

@

LE DROIT CHINOIS

[conception générale, aperçu historique]

par
Jean ESCARRA (1885-1955)

1936

Un document produit en version numérique par Pierre Palpant,
collaborateur bénévole
Courriel : ppalpant@uqac.ca

Dans le cadre de la collection : "Les classiques des sciences sociales"
dirigée et fondée par Jean-Marie Tremblay,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi
Site web : <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi
Site web : <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>

Un document produit en version numérique par Pierre Palpant, collaborateur bénévole,
Courriel : ppalpant@uqac.ca

à partir de :

LE DROIT CHINOIS, [conception générale, aperçu historique]

par Jean ESCARRA (1885-1955)

Une édition numérique partielle (presque le tiers) de l'ouvrage de Jean Escarra, Éditions Henri Vetch, Pékin, 1936. Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936. 466 pages de texte.

Police de caractères utilisée : Times New Roman, 10 et 12 points.
Mise en page sur papier format Lettre (US letter), 8.5'x11''

Édition complétée le 1^{er} mars 2006 à Chicoutimi, Québec.

NOTE CSS

Jean Escarra explique dans son avant-propos la genèse et le plan de son ouvrage : il s'agit de présenter un rapport sur l'état du fonctionnement des institutions législatives et judiciaires en Chine en 1933, ainsi que sur l'enseignement et la science du droit en Chine à la même date.

A l'évidence, un tel rapport ne peut entièrement entrer dans le cadre de la collection 'Chine ancienne' des *Classiques*, qui se limite à présenter des ouvrages concernant la Chine jusqu'à la chute de l'Empire.

Nous avons donc limité la numérisation de l'ouvrage d'une part aux parties traitant de la conception générale du droit en Chine, d'autre part aux aperçus historiques de l'évolution du droit chinois, jusqu'à la chute de l'Empire. Les chapitres non présentés concernent les réformes mises en place sous la République, et d'ailleurs supprimées ensuite par le régime communiste.

TABLE DES MATIÈRES

[Avant-propos](#)

PREMIÈRE PARTIE : LA CONCEPTION CHINOISE DU DROIT (pp. 1-84)

[Introduction](#)

Chapitre Premier. — [Les notions fondamentales.](#)

Chapitre II. — [L'école des Lois.](#)

Chapitre III. — [Science et technique en droit chinois.](#)

Chapitre IV. — [L'esprit du droit chinois.](#)

DEUXIÈME PARTIE : LES INSTITUTIONS LÉGISLATIVES

Chapitre Premier. — [Aperçu historique](#) (pp. 85-104)

TROISIÈME PARTIE : L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Chapitre Premier. — [Aperçu historique](#) (pp. 251-258)

Chapitre II. — [Les décisions judiciaires et l'interprétation](#) (pp. 267-282)

Chapitre III. — L'organisation actuelle. (p. 326 ; pp. 334-336)

Section IV. [Barreau.](#) — Section V. [Régime pénitentiaire.](#)

QUATRIÈME PARTIE : L'ENSEIGNEMENT ET LA SCIENCE DU DROIT

Chapitre Premier. — [Aperçu historique](#) (pp. 345-361)

Chapitre II. — Situation actuelle. S. II. [La recherche scientifique](#) (pp. 423-425)

CINQUIÈME PARTIE. CONCLUSIONS GÉNÉRALES.

Chapitre Premier. — [Conception du Droit.](#) (p. 435)

AVANT-PROPOS

@

Pendant un séjour en Chine, du 25 juin au 25 octobre 1933, j'ai eu, parallèlement à mes fonctions de conseiller du Gouvernement national, deux missions à remplir.

L'une, dont j'étais chargé par le ministère français de l'Éducation nationale, avait pour objet l'étude du fonctionnement des institutions législatives et judiciaires de la Chine (arrêté ministériel du 18 mai 1933).

L'autre, que m'avait confiée l'Institut international de Coopération intellectuelle de la Société des Nations, portait sur l'état actuel de l'enseignement et de la science du droit en Chine (lettre du directeur de l'Institut en date du 21 avril 1933).

D'accord avec les deux institutions ci-dessus mentionnées, j'ai consigné dans un rapport unique le résultat de mes recherches.

Le Gouvernement chinois m'ayant prié de procéder pour son compte à une étude sur les mêmes objets, ce rapport lui a été soumis. J'ai profité d'un nouveau séjour en Chine, du 4 septembre au 13 novembre 1934, pour une mise au point définitive.

C'est ce travail que je publie aujourd'hui. Voici un quart de siècle que la Chine a entrepris une œuvre de réorganisation législative et judiciaire dont l'importance est universelle. Le moment est venu de faire le point. Ce livre est un ouvrage d'information sommaire. Je n'ai d'ailleurs pas perdu de vue l'utilité qu'il pouvait offrir pour faire connaître, dans un domaine spécial, bien que fort vaste, la condition véritable de la Chine, condition qu'une propagande hostile représente souvent sous un aspect inexact.

Je souhaite aussi que ces études, élémentaires et dépourvues de caractère scientifique, suggèrent à quelques chercheurs l'idée de créer une véritable « sinologie juridique ». Il est superflu d'ajouter que mon travail ne saurait, à aucun titre, se réclamer de cette discipline.

J'ai conservé le plan du rapport, tel qu'il m'avait été tracé par les documents définissant ma mission et par les directives reçues du Gouvernement chinois. J'aurais pu me borner à l'exposé des institutions actuelles. Il ne pouvait d'ailleurs être question de les décrire toutes, même en s'en tenant à une analyse sommaire : des volumes n'y eussent pas suffi. Le tableau d'ensemble de la législation en vigueur, que je me propose de publier prochainement dans un volume séparé, donnera, rien que par les rubriques de ses quelque six mille textes, une idée assez complète de l'état du droit en Chine. J'ai simplement décrit avec quelques détails les institutions essentielles, m'efforçant surtout de dégager leurs caractères généraux.

Mais un travail limité au droit positif n'offrait qu'un intérêt insuffisant. Plus instructives sont les observations qu'il est possible de faire, tant sur la conception philosophique du droit qu'ont édifiée, au cours des siècles, les Chinois, que sur le développement de leurs institutions. La Première Partie du livre et les notions historiques très élémentaires figurant en tête des trois autres parties se rattachent à cette remarque.

Les conclusions générales, qui forment la Cinquième Partie, bien que rédigées spécialement pour le Gouvernement chinois, m'ont paru devoir être maintenues dans la présente édition. Elles sont suivies de sommaires indications bibliographiques.

Si, dans mes constatations comme dans mes conclusions, le souci d'une stricte objectivité a été ma seule règle, j'ai le devoir de dire, au seuil de ce livre, que l'œuvre immense accomplie en Chine, depuis vingt-cinq ans, en matière législative et judiciaire, commande le respect et, sur plus d'un point, l'admiration, en dépit de lacunes et d'imperfections inévitables, bien souvent grossies par des observateurs de mauvaise foi.

Dans l'accomplissement de ma tâche, j'ai rencontré l'appui de toutes les autorités auprès desquelles j'ai eu à me documenter. Je ne saurais me flatter de leur exprimer individuellement ma gratitude, craignant d'involontaires et injustes omissions. Je désire toutefois assurer le président du Conseil exécutif du Gouvernement national, S. Ex. M. Wang Ching-wei, de ma déférente reconnaissance pour l'intérêt personnel qu'il a bien voulu prendre à mes recherches et les suggestions dont il m'a fait part. Je ne puis oublier non plus tout ce que je dois à l'amitié dont m'honore depuis de longues années S. Ex. M. Lo Wen-kan, ancien ministre des Affaires étrangères et ancien ministre de la justice du Gouvernement national. Il retrouvera, dans les pages qui suivent, l'écho des spéculations juridiques et philosophiques qui occupèrent plus d'un de nos entretiens ; maintes remarques consignées dans ce livre peuvent s'autoriser de son expérience.

Je prie M. G. Padoux, ministre plénipotentiaire, conseiller du Gouvernement chinois, d'agréer l'hommage de ma respectueuse gratitude, car ce livre, à lui aussi, doit beaucoup. Non seulement il m'a libéralement dispensé, pendant nos années de commun séjour à Pékin, sa profonde connaissance des choses d'Asie, mais il n'a cessé d'encourager mes recherches avec une sympathie qui m'a été fort précieuse et a pris une part active à la mise au point de l'ouvrage.

Aux divers collaborateurs qui m'ont apporté leur concours, particulièrement à M. Hou Wen-ping, docteur en droit de l'Université de Paris, chef de section au ministère des Affaires étrangères, professeur à l'Université centrale de Nankin et à l'École centrale des sciences politiques, ainsi qu'à M. Hu Yan-mung, docteur en droit de l'Université de Paris, rédacteur au ministère de l'Administration judiciaire, j'adresse ici l'expression de mon amicale reconnaissance. Qu'elle aille aussi à tous ceux qui ont participé à la

présentation de ce livre : éditeur, imprimeur et dévoués lecteurs des épreuves,
MM. Henri Vetch, T. D. Davy, Jean Cochat, Stanislas King, bibliothécaire à
l'Université l'Aurore.

Paris, décembre 1935.

@

INTRODUCTION ¹

@

^{p.3} Dans la mesure où elle est autre chose qu'une fiction, l'opposition traditionnellement établie entre l'Orient et l'Occident ne se rencontre nulle part plus nette que dans le domaine du droit.

Les peuples dits de civilisation occidentale vivent tous, à des degrés variables, sur une conception gréco-romaine de la loi ². L'esprit méditerranéen, s'il est l'essentiel du patrimoine des races latines, inspire encore de larges portions du droit en vigueur dans les pays musulmans ³, anglo-saxons, germaniques, slaves même. Là, à un degré plus ou moins élevé, la loi est révéralée comme une chose sacro-sainte — « reine des dieux et des

¹ Ce travail n'étant pas destiné aux sinologues, le lecteur non spécialiste s'étonnera peut-être d'y rencontrer des faits, des ouvrages, des noms, etc., cités sans explication et comme s'ils étaient censés universellement connus. Il est cependant impossible, à propos d'un rapport administratif sur le droit chinois, d'aborder tous les problèmes de sinologie générale qu'il peut évoquer. Je me bornerai, le cas échéant, à des dates et à de très brèves indications en note ou, pour les livres, dans la Bibliographie. En ce qui concerne les ouvrages de la haute antiquité chinoise, entre autres ceux attribués à l'école confucéenne ou aux Légistes, je rappelle que l'authenticité de nombre d'entre eux est tenue pour douteuse par plus d'un savant moderne, en Chine ou à l'étranger. Le perfectionnement des méthodes de critique textuelle (philologie et stylistique) a permis de déceler des remaniements, des interpolations, voire des fabrications de toutes pièces. On trouvera sur ce point des informations dans les ouvrages suivants : J. LEGGE, *The Chinese Classics, Prolegomena* figurant en tête des divers volumes ; — Éd. CHAVANNES, *Les Mémoires historiques de Se-Ma Ts'ien, Introduction* ; — P. PELLLOT, *Le Chou king en caractères anciens et le Chang hou che men*, Mémoires concernant l'Asie orientale, publiés par l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres ; — B. KARLGREN, *On the Authenticity and Nature of the Tso Chuan*, Göteborg, 1926 ; — B. KARLGREN, *The Early History of the Chou li and Tso Chuan texts* (The Museum of Far Eastern Antiquities, Stockholm, Bulletin n°3, 1931, pp. 1-59) ; — J. J. L. DUYVENDAK, *The Book of Lord Shang*, Introduction, chap IV, § 2, p. 141 ; — KOU TSIE-KANG, préface du *Kou Che pien*, Pékin, 1926 (v. ARTHUR W. HUMMEL, *The Autobiography of a Chinese Historian*, traduction et notes, Leyden, 1931), etc.

Si les controverses portant sur l'authenticité d'un grand nombre de textes rendent pour l'instant fort difficile, sinon impossible, un exposé irréfutable de l'évolution des idées et des institutions juridiques de la Chine ancienne, on peut admettre — du moins en ce domaine — une thèse tendant à substituer à la critique des philologues une analyse sociologique (v. M. GRANET, *Danses et légendes de la Chine ancienne*, Introduction, pp. 24 et s.). Cette méthode me paraît féconde pour l'étude de la conception chinoise du droit.

Dans la romanisation des caractères, j'ai suivi le système officiel français, sous réserve de quelques exceptions (noms propres romanisés par leurs titulaires, transcriptions d'usage universel, etc.). Sur les problèmes relatifs à la transcription des sons chinois, v. B. KARLGREN, *The Romanization of Chinese*, London, 1928 ; — CHARLES S. GARDNER, *A Modern System for the Romanization of Chinese*, 1930, etc.

² Conception que le christianisme a renforcée dans une certaine mesure.

³ La législation de l'Islam est, d'autre part, très fortement imprégnée de la conception sémitique du droit. Pour une excellente comparaison avec la conception aryenne, v. Cte LÉON OSTROG, *The Angora Reform*, London, 1927, pp. 15 et s.

hommes » — , comme un impératif catégorique s'imposant à tous, définissant et réglant, d'une manière abstraite, les conditions et les effets de toute forme d'activité sociale. Là, des tribunaux^{p.4} fonctionnent, dont le rôle est, non seulement d'appliquer la loi, mais très souvent de l'interpréter et parfois de la « dire », au cours de débats contradictoires dans lesquels tous les intérêts sont représentés et normalement défendus. Là, enfin, des juristes édifient, au cours des âges, une œuvre d'analyse et de synthèse, un corps de « doctrine » tendant à épurer et à perfectionner sans cesse les éléments techniques du système juridique positif.

Ces caractères s'effacent à mesure que l'on s'avance vers l'est. Aux extrémités de l'Asie, la Chine, dans le puissant faisceau de valeurs spirituelles et morales qu'elle a créé et qu'elle a longtemps projeté sur tant de nations voisines : Corée, Japon, Annam, Siam, Birmanie, n'a fait à la loi et au droit qu'une place inférieure. A travers les institutions juridiques, elle n'a voulu reconnaître que l'ordre naturel, n'exalter que la « règle morale ». D'essence uniquement pénale, et très sévères, les sanctions ont eu surtout un rôle d'intimidation. L'État et son délégué, le juge, ont vu leur intervention amoindrie en face de l'omnipotence du chef de clan ou de guildes, du père de famille, de l'administrateur en général, traçant à chacun ses devoirs dans son domaine respectif, réglant les conflits d'après l'équité, les usages, la coutume locale. Relativement rares ont été les commentateurs et les théoriciens du droit chez ce peuple de lettrés, pourtant si positif : « On ne lit pas des codes », a dit un jour le poète Sou Che¹.

Si l'on songe qu'en dépit des apparences, l'influence, sur l'Extrême-Orient, de la civilisation occidentale demeure peu profonde et que, particulièrement en Chine, le tableau^{p.5} qui vient d'être tracé était, hier encore, intact, on admettra l'intérêt qui s'attache à cette conception chinoise du droit, si différente de nos idées méditerranéennes. Ne pouvant donner à cette étude que la valeur d'une esquisse, je me limiterai à l'examen des points ci-après :

- I. Les notions fondamentales ;
- II. L'école des Lois ;
- III. Science et technique en droit chinois.

Cet examen sera suivi d'une conclusion d'ensemble sur l'esprit du droit chinois (IV).

@

¹ Cité par M. PELLIDT, *Notes de bibliographie chinoise*, B.E.F.E.O., 1909, p. 27.

CHAPITRE PREMIER

LES NOTIONS FONDAMENTALES

@

p.7 L'un des plus anciens principes directeurs de l'âme chinoise est la croyance à l'existence d'un ordre de la nature et à l'efficacité d'une concordance entre celui-ci et l'ordre social. Cette croyance a conduit les Chinois à une conception du droit naturel qui leur est demeurée propre et qu'on ne peut saisir qu'en faisant à peu près table rase des théories occidentales sur le sujet ¹.

Avant d'être à la base d'un enseignement philosophique, la croyance à l'ordre naturel paraît avoir pris naissance à l'aube de la civilisation chinoise, au cours des fêtes saisonnières d'anciennes communautés paysannes. De ce fait essentiel, la démonstration semble avoir été donnée d'une manière décisive par M. Granet ².

¹ V. surtout M. GRANET, *La pensée chinoise*, Paris, 1934, et *Fêtes et chansons anciennes de la Chine*, Paris, 1919. On consulera également les travaux suivants :

— A. FORKE, *The World-Conception of the Chinese*, London, 1925 ;
 — L. S. HSU, *The Political Philosophy of Confucianism*, London, 1925 ;
 — HU YAN-MUNG, *Étude philosophique et juridique de la conception de « ming » et de « fen » dans le droit chinois*, préfacé par Jean Escarra Paris, 1932 ;
 — LEANG K'I-TCH'AO, *Sien Ts'in tcheng tche sseu siang che (Histoire des théories politiques à la veille des Ts'in)*, Chang-hai, 1923 ; — trad. angl. par L. T. CHEN, sous le titre : LEANG CHI-CHAO, *History of Chinese Political Thought during the Early Ts'in Period*, London, 1930. — trad. franc. du chap. VII de l'Introduction et des chap. XIII à XVI du corps de l'ouvrage par JEAN ESCARRA et ROBERT GERMAIN, sous le titre : LEANG K'I-TCH'AO, *La conception du droit et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, préface de M. GEORGES PADOUX, Pékin, 1926 ;
 — LO WEN-KAN, *Wo kouo hio fa lu tchö tche tchö jen (Le devoir des juristes de notre pays)*, article de *Kouo li tchong chan ta hio je pao (Journal de l'Université Tchong Chan, à Canton, n° du 23 mars 1934, pp. 2-4.*
 — H. MASPERO, *La Chine antique*, Paris, 1927 ;
 — SIE WOU-LEANG, *Kou tai tcheng tche sseu siang yen kieou (Recherches sur les conceptions politiques de l'antiquité)*, Chang-hai, 1924 ;
 — E. D. THOMAS, *Chinese Political Thought*, New-York, 1927 ;
 — TRAN VAN CHUONG, *Essai sur l'esprit du droit sino-annamite*, Paris, 1922 ;
 — TSENG YU-HAO, *Modern Chinese Legal and Political Philosophy*, Shanghai, 1930 ;
 — WU KUO-CHENG, *Ancient Chinese Political Theories*, Shanghai, 1928.

² V. *Fêtes et chansons anciennes de la Chine, passim*, et surtout Conclusion, p. 223 et s. — Dans la note 1, p. 29, de *La pensée chinoise*, M. GRANET se défend d'avoir voulu éclairer les faits chinois au moyen de théories sociologiques, comme on l'a souvent affirmé. Il observe cependant que le point de départ de ses recherches se trouve dans le mémoire de É. DURKHEIM et M. MAUSS, *De quelques formes primitives de classification*, *Année sociologique*, VI, 1901-1902, p. 17 : « Les quelques pages de ce mémoire qui ont trait à la

^{p.8} On conçoit qu'un groupe humain, ayant acquis, par des observations répétées, une certaine connaissance des phénomènes naturels, établisse ensuite, à l'imitation de ceux-ci, des règles d'organisation sociale. L'alternance du jour et de la nuit, par exemple, déterminera les périodes de travail et de repos. La succession des diverses saisons de l'année présidera aux tâches de l'agriculture. Il n'y a rien là de spécifiquement chinois et cette influence directe de l'ordre universel sur l'ordre social, commune à toutes les civilisations, est tellement inéluctable qu'elle opposera toujours une borne infranchissable à la transformation radicale de cet ordre par un excès d'apports artificiels.

L'originalité relative du fait chinois est qu'ici les hommes ne se sont pas contentés d'imiter la nature. Ils ont cru qu'en obéissant aux règles dont elle leur fournissait le modèle, ils exerceraient une influence favorable sur le cours des phénomènes, tandis que l'ordre naturel serait troublé s'il survenait un trouble dans l'ordre social. De là, l'intuition d'une concordance, d'une solidarité, d'une interaction, pour tout dire, entre l'univers et la société. « Les animaux hibernants, par exemple, s'enfermaient dans leurs retraites quand les hommes se retiraient dans leurs maisons ; la régularité de telles récurrences permit de concevoir à l'image des pratiques humaines les usages de la nature : on les perçut solidairement » ¹.

Si cette intuition a son principe, comme le pense M. Granet, dans les fêtes saisonnières qui représentent la plus primitive religion chinoise ², elle est demeurée ^{p.9} à la base de la vie quotidienne, depuis celle du chef suprême jusqu'à celle du plus humble artisan. Avant d'être utilisées par l'école confucéenne comme une sorte de code des règles sociales, les chansons du *Che king*, résidu d'un folklore beaucoup plus vaste, ont célébré « les

Chine devraient marquer une date dans l'histoire des études sinologiques ». A s'en tenir à la sinologie juridique où les travaux sont encore fort rares, je crois que les explications de M. GRANET sont d'une grande portée. Et s'il y a une « méthode sociologique », elle est, pour cette branche de la sinologie, le complément indispensable des disciplines traditionnelles.

¹ GRANET, *op. cit.*, p. 231 ; v. p. 185 et s., les exemples tirés du chap. *Yue ling du Li ki* et des poésies du *Che king*.

² Voici le passage essentiel où M. GRANET résume ses recherches (*op. cit.*, p. 244) : « Dans ces fêtes, qui tenaient lieu de tout culte, toutes les croyances premières se sont formées : et, d'abord, l'idée que les pratiques religieuses sont efficaces et d'une efficacité singulière et indéfinie, telle qu'elle dépasse les intérêts proprement humains. Dès que les Chinois pensèrent que leurs actes culturels déterminaient les événements naturels, ils se représentèrent le cours de la nature sur le modèle de l'activité déployée dans les fêtes ; comme, dans leurs assemblées, ils se haussaient à imaginer les bienfaits de l'ordre social, ils y concurent aussi l'idée de l'ordre naturel ; comme ils arrivaient à se représenter, d'après le dessin de leurs pratiques, les règles dont l'ordre devait sortir, ils imaginèrent que la nature, puisqu'elle obéissait à des usages, en suivait d'analogues aux règles sociales dont ils venaient de prendre conscience. En effet, *l'origine des principes qui, dans la pensée chinoise de tous les temps, dominent la marche du monde, se trouve dans la structure de la société des anciens âges ou, plus exactement, dans la représentation donnée de cette structure par les pratiques des anciennes fêtes* ». (Ces dernières lignes sont soulignées dans le texte).

correspondances qui existent de fait entre les événements de la nature et les observances des hommes »¹.

C'est ainsi que certaines règles techniques du mariage, passées dans les rituels, et, par leur intermédiaire, dans les codifications dynastiques, ont probablement leur lointaine origine dans la constatation de ces concordances et la croyance à leur efficacité. Porter des fourrures en été, des étoffes légères en hiver, risque de produire le froid ou le chaud hors de saison. Une union consommée en dehors de l'époque de la montée de la sève et du renouvellement de la nature risque d'être inféconde et malheureuse².

De même, la conduite de l'empereur aura sa répercussion dans le Ciel, c'est-à-dire dans l'ordre universel. Quand la nature est en bon ordre, c'est signe que l'empire est bien administré. Si elle est troublée, c'est que quelqu'un — c'est-à-dire le prince, responsable de l'ordre universel, — a commis quelque faute. La nature du désordre permet de déterminer celle de la faute. Un texte célèbre établit cette concordance : des pluies excessives annoncent l'injustice du souverain ; une sécheresse prolongée, ses erreurs ; la chaleur intense, sa négligence ; le froid extrême, son inconsideration ; un vent violent, son apathie³.

^{p.10} On n'insistera jamais trop sur cette notion fondamentale. Scientifiquement élaborée par le confucéisme, l'intuition des Chinois primitifs est devenue un principe directeur de la mentalité de leurs descendants. Assurer l'exacte conformité de l'ordre social à l'ordre de la nature a été de tous temps regardé comme la fonction essentielle du prince. Tout est rapporté au Ciel, tout procède du Ciel. Le Ciel enseigne qu'il y a des règles et des rites ; il incombe au prince, sur la base de cet enseignement, d'établir les « cinq relations », les « cinq rites »⁴.

Ce thème est répété à l'infini, tout au long d'une immense littérature. Il reviendra rituellement toutes les fois qu'il sera question de droit, dans les histoires dynastiques, dans les encyclopédies, dans les préfaces des codes.

*

* *

On vient de citer les cinq relations, *wou louen* (prince-sujet, père-fils, aîné-cadet, époux-épouse, amis). Il y a de même cinq châtiments, *wou hing*, dont la nature a varié au cours des temps, mais qui apparaissent aussi bien

¹ GRANET, *op. cit.*, p. 231.

² V., entre plusieurs autres, *La Chanson des prunes*, du *Che king*, dans GRANET, *op. cit.*, pp. 49-50.

³ V., dans le *Chou king*, le chap. *Hong fan*, trad. LEGGE, pp. 339-341, COUVREUR, p. 194. — Ce document capital contient à peu près toutes les conceptions primitives des Chinois, telles qu'elles s'intégreront dans la philosophie confucéenne.

⁴ *Chou king*, chap. *Kao yao mo* : LEGGE, p. 73. [COUVREUR, p. 44]

dans les plus anciens textes du *Chou king*¹, que dans les dernières éditions des codes impériaux. Le code pénal aujourd'hui en vigueur, et qui a été révisé en 1928-1935, contient lui-même cinq degrés de peines. Il serait téméraire de prétendre qu'il n'y a là qu'une simple coïncidence.

Il s'en faut, en effet, que la correspondance numérique soit limitée aux relations et aux châtiments. Elle s'étend à une multitude de sujets concrets et abstraits. C'est ainsi qu'il y a cinq vertus, cinq instructions, cinq influences atmosphériques, cinq félicités, cinq sortes de deuils, cinq éléments, cinq céréales, cinq métaux, cinq couleurs, cinq sons, cinq planètes. Et il y a de même les cinq souverains, les cinq ministres de Chouen, les cinq montagnes sacrées, les cinq divisions de l'empire de Yao, les cinq procédés de taxation des Song, les cinq lacs, les p.11 cinq livres canoniques, les cinq hégémons, les deux séries de cinq dynasties (avant et après les T'ang), etc². D'autres nombres : six, huit, neuf, douze, etc., servent à leur tour de base à d'autres séries de correspondances. Ainsi se révèle un nouveau trait fondamental de la mentalité chinoise, à savoir la recherche constante d'une symbolique des nombres, à tel point qu'on a pu écrire que « les classifications numériques commandent en Chine tout le détail de la pensée et de la vie »³.

Les Chinois n'ont pas manqué d'intégrer ces concordances dans leur conception de l'ordre universel.

A s'en tenir aux institutions juridiques, je rappellerai seulement quelques faits. C'est d'abord le rôle joué, en matière de mariage, par l'échange des huit caractères, *nien keng pa tseu*, ceux-ci répartis en quatre binômes cycliques, déterminant la naissance des futurs époux. C'est ensuite la concordance établie par les ouvrages chinois de l'antiquité entre l'ouest, l'automne, le *Yin* (élément femelle), le blanc, l'élément métal, le deuil, la pénalité, la mort, l'équité, le droit, etc. Dans les appellations des plus anciens juges criminels reviendront les mentions de l'ouest, du métal, du blanc, qui est la couleur de l'automne et du deuil⁴.

Sous les Han, de telles correspondances seront érigées en règles de droit. D'après le *Wen hien t'ong k'ao*⁵, l'empereur Tchang, à la première lune de la deuxième année *yuan ho* (85 ap. J-C.), ordonna aux juges de ne statuer, aux mois de printemps, que sur les cas de meurtre grave et de ne pas accepter de plaintes privées contre les fonctionnaires, parce qu'à cette époque la vie s'éveille et qu'il ne convient pas de détruire. Il vaut donc mieux aplanir les obstacles et chercher à concilier le peuple, afin de ne pas aller à l'encontre de

¹ Chap. *Chouen tien* : LEGGE, p. 44 [COUVREUR, p. 12] ; — chap. *Lu hing* : LEGGE p. 588 [COUVREUR, p. 375].

² V. W. F. MAYERS, *The Chinese Reader's Manual*, 2e éd., 1914, pp. 332-341.

³ GRANET, *op. cit.*, p. 291. Il faut lire en entier ce chapitre hors pair de *La pensée chinoise* (Chap. III, *Les nombres*, pp. 149-299).

⁴ V. CHEN KIA-PEN, *Li tai hing kouan k'ao*, livre I, pp. 1 et 2.

⁵ XXIV, livre 163, p. 9 b (éd. de Hang-tcheou, 1896).

la nature. Le régime normal sera rétabli en automne. Sous toutes les p.12 dynasties, les assises d'automne ont été décisives à l'égard des cas punis de mort : ne faut-il pas suivre l'exemple de la nature qui choisit cette saison pour le déclin et l'arrêt des forces de vie ? ¹

Une ordonnance de la septième lune de la même année *yuan ho* spécifiait que, lorsqu'après le solstice d'hiver le soleil remonte du sud vers le nord, époque à laquelle la vie reprend, le prince, tenu de se conformer à la nature, ne doit pas appliquer les châtiments. Durant les onzième et douzième lunes, les prisonniers ne peuvent être exécutés. C'est du reste cette considération qui est à l'origine du système des assises d'automne. On raconte qu'au cours de l'année *yuan ho* la famine et la peste ravageaient la Chine. Le peuple, croyant que ce fait était dû à la non exécution des criminels, réclamait le retour à l'ancien système (qui ne connaissait pas de distinction quant aux époques de l'exécution). Les ministres trouvèrent des raisons pour expliquer ces calamités et l'on ne revint plus aux anciens errements.

*

* *

En même temps que les idées directrices de la pensée chinoise qui viennent d'être indiquées, d'autres encore ont exercé, sur la conception du droit, une influence digne d'une étude spéciale. Je ne puis, à cette place, qu'énoncer le sujet. La représentation que les Chinois se sont fait, par exemple, du temps et de l'espace, leurs spéculations sur l'antithèse omniprésente du *Yin* (élément femelle) et du *Yang* (élément mâle), expliqueraient sans doute certains traits de leur mentalité juridique. De même, à la notion si complexe de *Tao*, envisagée, non comme le monopole d'une école philosophique, mais comme un courant très ancien et à peu près universel circulant dans la pensée chinoise, se rattachent, nous apprend-on, des « notions d'Ordre, de Totalité, de Responsabilité, p.13 d'Efficace » ² qui se substituent à la conception occidentale de la loi et du droit. Pareillement, la langue, l'écriture, la logique chinoises ont façonné ces notions d'une manière originale. Je reviendrai sur ce dernier point.

*

* *

Je veux me borner ici à dégager, sous son aspect classique, la conception chinoise du droit fondamentalement caractérisée par l'intuition d'une interaction de l'ordre moral sur l'ordre de la nature. Car cette intuition des anciens Chinois a trouvé son expression raisonnée et, en quelque sorte, scientifique, dans ce qu'on est convenu d'appeler la philosophie confucéenne.

¹ V. dans l'étude de CHEN KIA-PEN *Hong hing tche tche*, Règles de l'exécution des peines, p. 19 a, des détails sur les jours où l'on ne doit pas procéder aux exécutions capitales.

² GRANET, *op. cit.*, p. 301 ; — *La pensée chinoise* et, à un degré plus technique, les [Danses et légendes de la Chine ancienne](#), du même auteur, contiennent la plupart des éléments de recherche envisagés au texte.

Il va sans dire que je néglige ici toute controverse et toute recherche technique, et que je ne fais que résumer une série de données sur lesquelles on est généralement d'accord.

« C'est en considérant la voie du Ciel et en approfondissant les causes des événements humains que les Rois alors produisaient les choses sacrées et les offraient aux besoins du peuple..... »¹ Cette citation contient en substance ce qu'on a justement appelé l'« humanisme » de Confucius, fonds permanent de la doctrine de l'école, quelque variées qu'aient été les orientations que lui ont ultérieurement imprimées des hommes comme Mencius, comme Siun Tseu, comme Tong Tchong-chou. Confucius enseigne avant tout que l'homme doit être l'objet essentiel de l'étude du prince. Celui-ci doit, d'autre part, se pénétrer constamment de la « Voie du Ciel », c'est-à-dire reconnaître l'ordre naturel sur lequel se modèlera l'ordre humain, l'harmonie de l'ensemble — résultant de l'interaction que j'ai indiquée — étant alors le principe de la paix générale de l'empire. Ainsi, à la base de la conception confucéenne de la loi, se trouve en première ligne une théorie du gouvernement qui suppose un prince idéal, habile à connaître la « Voie du Ciel » et p.14 à approfondir les causes des événements humains. « L'école confucéenne, écrit Leang K'i-tch'ao, prenant comme point d'appui une conception de la vie animée, vivante et spiritualiste, sa doctrine du gouvernement se ramène obligatoirement à la doctrine du gouvernement par l'humanité, donc à celle du gouvernement par les hommes »².

La parfaite connaissance des hommes, de leurs comportements, la parfaite connaissance et la culture sans cesse accrue de soi-même, tel est le thème fondamental de la philosophie confucéenne. Telle est aussi la condition essentielle du bon gouvernement. Un texte célèbre du *Tai hio* illustre ces propositions³ :

« Les anciens Rois qui désiraient faire resplendir le *T'ö* (l'Efficace) dans l'empire commençaient par bien gouverner leur domaine ; désirant bien gouverner leur domaine, ils commençaient par mettre de l'ordre dans leur famille ; désirant mettre de l'ordre dans leur famille, ils commençaient par se cultiver eux-mêmes ; désirant se cultiver eux-mêmes, ils commençaient par rendre conforme aux règles (*tcheng*) leur vouloir (leur cœur) ; désirant rendre leur vouloir conforme à la règle, ils commençaient par rendre sincères (*tch'eng*) leurs sentiments ; désirant rendre sincères leurs sentiments, ils commençaient par pousser au plus haut degré leur sagesse (*tche*). — Pousser sa sagesse au plus haut degré, c'est scruter les êtres. — Quand ils avalent scruté les êtres, leur sagesse était poussée au plus haut degré ; quand leur

¹ *Yi king, Hi ts'eu* (append., chap. 10).

² *La conception du droit et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, pp. 66-67 de la traduction française.

³ Je suis la traduction de M. GRANET, *La pensée chinoise*, pp. 487-488, plus précise que les traductions classiques.

sagesse était poussée au plus haut degré, leurs sentiments étaient sincères ; quand leurs sentiments étaient sincères, leur vouloir était conforme aux règles ; quand leur vouloir était conforme aux règles, eux-mêmes étaient cultivés ; quand eux-mêmes étaient cultivés, leur famille était en ordre ; quand leur famille était en ordre, leur domaine était bien gouverné ; quand leur domaine était bien gouverné, l'empire jouissait de la Grande Paix. — p.15 Depuis le Fils du Ciel jusqu'aux gens du peuple, tout le monde doit avoir pour principe : cultiver sa personne (*sieou chen*) ».

La mise en œuvre des notions énoncées dans ce principe fondamental fait apparaître ce qu'est, en Chine, la conception « orthodoxe » de la loi et du droit. Le gouvernement étant supposé appartenir à un prince régulièrement investi du « mandat du Ciel », *t'ien ming*, capable de scruter son cœur et de découvrir la Voie, il y réussira d'autant mieux qu'il fera appel aux conseils des sages, c'est-à-dire des lettrés, — ce prince « qui gouverne par sa vertu personnelle, est semblable à l'Étoile Polaire, qui demeure immobile tandis que toutes les autres étoiles gravitent autour d'elle »¹. Il se borne ainsi à servir d'exemple au peuple et cherche à réaliser l'harmonie entre l'ordre de la nature et l'ordre humain à l'aide de certaines pratiques, de règles d'étiquette, qu'on appelle les rites (*li*). Il y ajoute la musique. Les idées de rythme et d'autorité sociale, observe M. Granet, dominent toutes les notions des Chinois. « D'où l'importance qu'ils accordent aux Rites et à la Musique : ils les opposent comme deux aspects complémentaires de l'Étiquette. Les Rites établissent parmi les hommes et tout ce qui dépend d'eux, les distinctions nécessaires. La Musique oblige tous les êtres à vivre en bonne harmonie »². Les rites ne sont pas une création artificielle. C'est la traduction par des individus qualifiés, par les ritualistes, qui constituaient de véritables écoles, des attitudes, des gestes, des comportements, assurant, dans la société humaine, le maximum d'ordre, de hiérarchie, d'autorité, propre à favoriser le jeu harmonieux des lois qui régissent l'ordre p.16 universel. Les rites ont leur origine dans le cœur de l'homme, dira Siun tseu : « C'est ce dont le prince fait le modèle et la mesure du peuple »³. Dans le traité des rites de Se-ma Ts'ien, il est dit : « Je me suis rendu auprès du *Ta hing* (le fonctionnaire préposé aux rites) et j'ai examiné ce que les Trois dynasties avaient retranché et ce qu'elles avaient ajouté. J'ai

¹ *Louen yu*, L. II, chap. 1.

² *Op. cit.*, pp. 408-409. — Il est remarquable que cette conception du « gouvernement par les rites et la musique », base de l'orthodoxie confucéenne, ait été remise en honneur, pour des fins purement politiques, du reste, par l'éphémère gouvernement établi à Pékin, durant l'automne de 1927, par Tchang Tso-lin, sous le nom de *Ta yuan chouai*. Un mandat du 21 septembre 1927 créait un *Li tche kouan*, ou Bureau des Rites, chargé de poursuivre l'œuvre de l'organe qui, à l'imitation des anciennes dynasties, avait existé de 1914 à 1915. L'exposé des motifs du mandat, rédigé selon les plus pures traditions littéraires chinoises, faisait ressortir l'importance des rites et de la musique pour préserver la pureté de la civilisation chinoise et faciliter les relations internationales (V. *Tcheng fou kong pao*, n°4101, 22 sept. 1927).

³ Chap. *Jou hiao*, éd. 1918, Chang-haï.

reconnu alors que c'était en prenant pour point de départ le sentiment humain qu'on avait déterminé les rites »¹.

Il convient d'insister sur cette notion de rite, qui a joué un si grand rôle dans la conception chinoise du droit. La signification exacte du caractère *li* est difficile à rendre d'une manière satisfaisante. D'après le dictionnaire *Chouo wen*², *li* a le sens primitif de sacrifices offerts aux esprits pour obtenir la prospérité. Les éléments du caractère renferment la notion de vases sacrificiels. M. Hou Che (Hu-Shih) estime que la meilleure traduction européenne est l'allemand : *Sittlichkeit*. En fait, le terme peut être rendu par le sens général de : ce qui est convenable, ce qui doit être moralement fait, ce qui est conforme au bon ordre social, à l'harmonie universelle, etc. Le caractère embrasse toutes les nuances, depuis les simples règles de politesse et d'étiquette mondaine, jusqu'à la recherche des nobles qualités qui sont l'apanage du *kiun tseu* confucéen, — nous dirions : de l'« honnête homme », du *gentleman* — . En cet état, le caractère *li* est en opposition nette avec la règle stricte, la loi, le droit, *fa*³.

^{p.17} Sans doute, originairement, le rite, le châtement, la musique sont tous des moyens d'assurer la conformité à l'ordre universel, suprême objet de la sollicitude du prince. « Les rites et la musique, les châtements et les lois ont un seul et même but ; c'est par eux que les cœurs du peuple sont unis et c'est d'eux que sort la méthode de leur gouvernement »⁴. Mais rites et musique sont les moyens essentiels, normaux, tandis que le châtement — la loi — n'est qu'un pis-aller destiné à réaliser ce qui n'a pu être obtenu autrement. C'est en ce sens qu'il faut interpréter un passage de la préface du code des T'ang (654 ap. J-C.), le *T'ang lu chou yi*⁵ : « A l'origine, les rites et les châtements sont une seule chose. La théorie [consistant à dire] : sortir des rites pour entrer dans les châtements, *tch'ou li jou hing*, a pour but de conduire le peuple vers la justice, *yi*, et non pas de lui montrer la sévérité ».

C'est donc le développement des rites et de la musique qui permet d'assurer l'ordre social en fonction d'une juste application des récompenses

¹ Trad. Chavannes, III, pp. 202-203 ;

² L'un des plus anciens dictionnaires chinois, composé par Hiu Chen, époque de Hien-ti, empereur Han de 189 à 220. Contenant environ dix mille caractères, son importance est capitale pour leur étymologie et leur exégèse.

³ D'après le *Chouo wen*, le caractère [a] *fa*, qui s'écrivait primitivement [b] *fa*, a le même sens que *hing*, modèle. *Fa* aplanit comme l'eau, d'où l'élément *chouei*, eau ; *tchai*, la licorne, frappe de sa corne ce qui n'est pas correct et le repousse, *kiu*, d'où les éléments *kiu* et *tchai* (A la licorne, animal légendaire, on attribuait la faculté de distinguer le juste de l'injuste et les bons des méchants). D'autre part, le caractère *hing*, bien qu'étymologiquement distinct du caractère [] peine, châtement, a en fait la même signification. Du caractère [b] *fa* primitif, le caractère [a] *fa* actuel n'a gardé que les deux éléments [] et [], qui symbolisent les notions d'égalisation, de redressement, de nivellement, d'élimination, finalement de modèle. La loi, c'est donc à la fois le modèle et le châtement.

⁴ *Mém. histor. de Se-ma Ts'ien*, chap. *Yo ki*, trad. Chavannes, III, pp. 239-240.

⁵ V. ci-après, IIe Partie, chap. I, p. 96.

chang et des châtiments *hing*, antithèse traditionnelle de la littérature philosophique chinoise. Dans cette conception, il n'y a pas de place pour la loi, au sens latin du terme. Il n'y a même pas, à proprement parler, de droits pour les individus, droits sanctionnés et garantis par la loi. Il n'y a que des devoirs, des prestations mutuelles, gouvernées par ces notions d'ordre, de responsabilité, de hiérarchie, d'harmonie, dont le prince, assisté des sages, assure, par son exemple, la prépondérance dans l'empire. L'idéal suprême du *kiun tseu* est, en toutes circonstances, de faire preuve d'une juste mesure, d'une « modération rituelle » qui se traduit par le goût du compromis, des concessions réciproques, de la cote plus ou moins mal taillée. Abuser de son avantage, invoquer son « droit » sont des choses mal vues en Chine. Le grand art est de *céder* sur certains points, afin de se réserver une monnaie d'échange pour obtenir des avantages par ailleurs. Toute la philosophie ^{p.18} confucéenne est incluse dans cette notion de *jang*, céder, faire preuve de modération. Et, quant à sa formation historique, les divers récits qui nous restent de la célèbre entrevue de Kia-kou, en 499 av. J-C., sont fertiles en suggestions ¹. En vérité, on touche ici aux racines profondes des principes directeurs de la mentalité juridique chinoise. Et rien ne peut mieux caractériser celle-ci que le passage du *Louen yu* dans lequel Confucius a défini toute la supériorité des rites sur la loi :

« Le Maître dit : Si l'on conduit le peuple au moyen des lois et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide des châtiments, le peuple cherchera à éviter les châtiments, mais il n'aura pas le sentiment de la honte. Si l'on conduit le peuple au moyen de la vertu et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide des rites, le peuple acquerra le sens de la honte et en outre deviendra meilleur » ².

L'emploi des châtiments, c'est-à-dire de la loi, ne doit être réservé qu'aux seuls cas où les gens résistent à l'autorité personnelle et à l'influence des enseignements du prince. Encore ce dernier, lorsqu'il se résout à appliquer les peines, doit-il avoir constamment en vue le grand principe : « Punir pour ne plus avoir à punir » ³.

¹ Cette entrevue eut lieu entre le duc Ting, de Lou, et le duc King, de Ts'i, deux seigneuries des temps de la féodalité chinoise, qui voulaient conclure un traité à la suite d'une guerre. Le conseiller du duc de Lou n'était autre que Confucius lui-même. La valeur juridique des rites de l'entrevue, le succès personnel de Confucius, dû à sa science rituelle, ignorée des gens de Ts'i, et à son esprit de modération, *jang*, le triomphe final, véritablement conforme à la justice, *yi*, donc au droit, de Lou, tout ceci renferme les plus précieux enseignements pour la compréhension de la conception chinoise du droit. V. la pénétrante étude de M. GRANET, *Dances et légendes*, Ire partie, chap. III, pp 170 et s. — Sur le sens de *Jang*, v. surtout, dans le même ouvrage, la note 1 de la p. 88, et les références de l'Index, p. 658.

² *Louen yu*, L. II, chap. III (LEGGE, p. 146).

³ *Chou king*, L. XXI, *Kiun Tch'en*, III, § 9 (LEGGE, *Chinese Classics*, vol. III, 2^e partie, pp. 541-542). — Les Légistes proclament le même principe, sans toutefois l'entendre de la même manière (v. chap. II, ci-après).

Il faut ajouter que, d'après une conception traditionnelle, dont M. Leang K'i-tch'ao se fait l'écho¹, les rites ne s'abaissent pas jusqu'aux gens du commun, aux *chou jen*. Ceux-ci, ainsi que les Barbares, c'est-à-dire^{p.19} tous les gens incapables d'entrevoir et de saisir la loi naturelle, ne peuvent être gouvernés que par les peines, c'est-à-dire les lois écrites, lesquelles n'atteignent pas les nobles, *ta fou*². Cette opposition ne me paraît être en réalité qu'un des aspects de celle, plus large, qui a longtemps existé en Chine entre la famille paysanne ou plébéienne et la famille urbaine ou noble³. Il en est demeuré des manifestations dans le droit positif des plus récentes périodes dynastiques. La notion d'égalité devant la loi, cependant assez sensible dans un pays démocratique comme la Chine, était encore, sous l'empire du *Ta Ts'ing lu li*, ou code des Ts'ing (1643-1912), mise en échec par l'institution des « huit délibérations », *pa yi*, en vertu de laquelle certaines catégories de personnes, au nombre de huit — la septième correspondant aux *ta fou* de l'antiquité — avaient le privilège de n'être mises en jugement qu'en vertu d'une délibération, *ji*, spéciale de l'empereur⁴.

Quoi qu'il en soit, cet enseignement confucéen de la suprématie des rites sur la loi, traduisant des notions longuement élaborées, depuis les origines, dans la conscience du peuple chinois, demeure vivace. Je suis en mesure d'en fournir un exemple tout récent. On sait que, traditionnellement, la succession, en Chine, est avant tout une succession au culte. L'héritier, c'est-à-dire en principe le fils aîné de la femme légitime, est seul habile à continuer le culte de son père décédé et des ancêtres de celui-ci. Aussi la succession au patrimoine est-elle considérée comme une suite normale de la succession au culte, une part importante des revenus de ces biens étant affectée aux dépenses cultuelles. Par voie de conséquence, les personnes qui ne succèdent pas au culte (fils autres que l'aîné, filles, filles mariées, etc.) n'ont pas droit à la succession au patrimoine, encore que le défunt ou l'héritier soit libre, de par la loi et la^{p.20} coutume, d'abandonner une part des biens héréditaires à ses frères et sœurs⁵.

D'après le Code civil en vigueur, l'égalité des sexes étant un dogme politique, il n'y a plus de succession au culte et tous les enfants du défunt, fils et filles, sont appelés sans distinction au partage égal des biens. Croit-on que cette règle soit nécessairement suivie ? Je tiens d'un haut fonctionnaire du Gouvernement, inscrit au parti *Kouo-min*, une remarque significative : « D'après la loi, me dit en substance mon interlocuteur, ma femme aurait le droit, au décès de son père, de réclamer une part de biens égale à celle de ses

¹ *Op. cit.*, traduction française, p. 4.

² V. *Li ki*, chap. *K'iu li*.

³ V. une interprétation un peu différente dans GRANET, *op. cit.*, pp. 462-463 ; texte et note 4.

⁴ V. sur ce point G. BOULAIS, *Manuel de Code Chinois*, p. 32 ; — E. ALABASTER, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law*, p. 108.

⁵ Sur tous ces points, v. *Recueil des Sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de Chine*, par JEAN ESCARRA et autres, pp. 356 et s.

frères. Peut-être, selon les circonstances, s'entendra-t-elle avec ceux-ci pour obtenir une part. Mais un fait est certain. C'est qu'elle n'invoquera jamais son droit (pourtant inscrit dans le Code), et que je ne lui permettrai jamais de plaider sur ce point. Car, ce faisant, j'agis contrairement aux rites et j'aurais contre moi, ainsi que ma femme, la réprobation unanime de l'opinion publique ». — Cet exemple montre d'une façon saisissante combien est profonde, en Chine, cette conception du devoir, de l'ordre, de ce qui est convenable, du *li*, en un mot, en face de la notion beaucoup plus artificielle du *fa*, c'est-à-dire du droit, de la loi.

*

* *

Le développement des rites et de la musique est lui-même commandé par cette parfaite connaissance des comportements humains à laquelle, nous le savons, le prince doit apporter tous ses soins. Mais cette connaissance, à son tour, dépend d'une méthode logique, et celle-ci consiste avant tout dans la « rectification des noms ». C'est cette méthode qui rend possible l'établissement des différenciations, des lots, des propriétés, des répartitions entre les individus ; toutes notions exprimées par le caractère *fen*. Nous touchons, ici encore, à des principes essentiels de la mentalité juridique chinoise.

^{p.21} D'origine confucéenne¹, bien que fort probablement étrangère à Confucius lui-même, la théorie de la rectification des noms, *tcheng ming* (rendre les désignations correctes)² se présente d'abord « sous l'aspect d'une doctrine morale et politique. *Le bon ordre dépend entièrement de la correction du langage* »³. Doctrine qui a été, à diverses époques, professée par plusieurs philosophes rangés sous l'appellation commune de *Ming kia*,

¹ *Louen yu*, L. XIII, chap. III (LEGGE, p. 263-264).

² Sur une interprétation d'après laquelle l'expression *tcheng ming* aurait d'abord signifié : corriger les caractères d'écriture, v. CHAVANNES, *Se-ma Ts'ien*, V, p. 378, note 2, [note 47.439] et 440. — *Contra* : GRANET, *Pensée chinoise*, p. 457, note 1 ; — O. FRANKE, *Ueber die chinesische Lehre von den Bezeichnungen, T'oung pao*, VII, 1906, p. 315 ; — H. MASPERO, *op. cit.*, p. 519, note 1.

³ GRANET, *op. cit.*, p. 446 (souligné dans le texte). — Sur la langue, la pensée et la logique chinoises, on consultera, outre l'ouvrage précité, pp 32 et s. ; H. H. DUBS, *Hsüntze, the Moulder of Ancient Confucianism*, London, 1927, chap. XIII, pp. 198 et s. ; — Id., *The Works of Hsüntze*, London, 1928, pp. 281 et s. (sur cette trad., v. les remarques de J.J.L. DUYVENDAK, *T'oung Pao*, 1932) ; — J.J.L. DUYVENDAK, *Hsün-tzu on the Rectification of Names, T'oung Pao*, XXIII, 1924, p. 222 ; — GRANET, *Quelques particularités de la langue et de la pensée chinoises, Rev. Philos.*, XLV, 1920, pp. 98 et 181 ; — HOU CHE, *op. cit.*, pp 46 et s. ; — les travaux de B. KARLGRÉN : *Études sur la phonologie chinoise*, Leyde et Stockholm, 1913 ; *Analytic Dictionary of Chinese and Sino-Japanese*, Paris, 1923 ; *Sound and Symbol in Chinese*, London, 1923 ; *Le protochinois, langue flexionnelle, J. As.*, 1920 ; *Philology and Ancient China*, Oslo, 1926 ; *Problems in archaic Chinese, J. of the R.A.S.*, 1928 ; — les études de P. MASSON-OURSSEL sur la logique chinoise dans *Rev. de métaph. et de mor.*, [1912, p. 810](#) ; [1916, p. 343](#) ; *Rev. philos.*, [1917, p. 59](#) ; [1918, p. 148](#) ; [1920, p. 123](#) ; *Rev. d'hist. des relig.*, 1913, p. 49 ; 1916 ; *La philosophie comparée*, 1923, chap. II, pp. 105 et suiv.

école des Noms, et parmi lesquels l'auteur du *Louen yu*, Tchouang tseu, Siun tseu et Yin Wen tseu sont les personnalités les plus notables. En bref, cette théorie consiste à soutenir que si chaque chose, chaque condition, chaque relation reçoit le nom qui lui convient exactement, le dynamisme inclus dans cette chose, cette condition, cette relation, opérera conformément à l'orientation dérivant de l'ordre naturel. Prononcer un nom, c'est évoquer ce dynamisme. C'est pourquoi, — conséquence des origines magiques du « nominalisme », — certains noms ne doivent être ni prononcés, ni écrits ¹. Mais le prince sage qui p.22 sait les noms qui conviennent à chacun, fait régner l'ordre dans l'empire, puisque les hommes se conduisent conformément aux noms qui représentent leur condition. Donner des noms, c'est donc établir une juste base pour la spécification des activités (*fen*). Les rituels nous enseignent que, dans la famille, quand les appellations sont manifestes, les règles de la séparation des sexes sont respectées. « Les désignations commandent les mœurs parce que les appellations suscitent le réel : il est donc nécessaire qu'elles correspondent exactement aux distinctions de sexe et de générations, d'attributions et de rangs, qui fondent l'ordre domestique » ². La juste répartition des récompenses et des châtiments est elle-même fondée sur une sage politique des noms : « Quand est clair le principe des récompenses et des châtiments, dit Tchouang tseu, les plus stupides savent ce qu'on attend d'eux, les nobles et les vilains gardent leur rang (*wei*), les bons et les mauvais font pour le mieux, car on n'a pas manqué de répartir (*fen*) les talents en tenant compte des noms (*ming*), si bien que les supérieurs sont servis, les inférieurs nourris, l'ensemble des êtres gouvernés et chaque personnalité cultivée (*sieou chen*)..... et c'est là ce qu'on appelle la Grande Paix, la perfection du gouvernement ». M. Granet, à qui j'emprunte la traduction de ce passage ³, ne manque pas de souligner sa parenté avec celui du *Tai hio* cité précédemment.

Chez Yin Wen tseu, la doctrine de la rectification des noms se présentera en relation avec les conceptions de l'école des Lois ⁴. Pour cette école, en effet, la rectification des noms a pour but de donner une valeur infaillible aux termes de la loi ; tandis que, d'après la notion confucéenne, elle a pour but de dégager le dynamisme concret des choses, des conditions, des relations. Aussi les différenciations (*fen*) qui, d'après les Confucéens, sont fondées sur la tradition des Sages ⁵, ou sur les connaissances p.23 personnelles d'un prince

¹ On sait l'importance de la règle en Chine et ses manifestations, qui n'ont pas entièrement disparu : interdiction de prononcer le nom personnel de l'empereur, obligation de modifier l'écriture d'un caractère ayant appartenu au nom d'un empereur défunt, etc. Même aujourd'hui, les changements apportés dans diverses circonstances aux noms de lieux, d'institutions, etc., s'expliquent souvent par l'idée que le nom nouveau déclenchera à lui seul la réalisation de ce qu'il exprime.

² GRANET, *op. cit.*, p. 448.

³ *Op. cit.*, p. 451, texte et note 6.

⁴ V. chapitre suivant.

⁵ Confucius est regardé traditionnellement comme ayant récrit le *Tch'ouen ts'ieou* dans la vue d'expliquer les *ming* et les *fen*, c'est-à-dire d'apprendre à qualifier et à répartir, à distribuer et

éclairé, sont-elles, pour les Légistes, exclusivement fondées sur la loi et, d'ordre tout objectif, servent-elles à délimiter la liberté d'action de chacun en soumettant tous les individus à une mesure invariable et impersonnelle ¹.

« Le nom, dit Yin Wen tseu ², c'est ce qui nomme une forme corporelle ; la forme corporelle, c'est ce qui correspond à un nom..... Les dix mille êtres, tant qu'ils sont, si on ne les rend pas corrects au moyen des noms, alors ils se confondent ; les dix mille noms, sous autant de rubriques qu'ils se classent, si on ne les fait pas correspondre avec les formes corporelles, alors ils deviennent erronés..... Les noms bons déterminent ce qui est bon, les noms mauvais déterminent ce qui est mauvais..... Le nom doit appartenir à l'objet, la propriété (*fen* : spécificité, différenciation) au sujet. Quand j'aime le blanc et déteste le noir, quand je trouve la note *chang* harmonieuse et la note *tche* déplaisante, quand je trouve bonne l'odeur *hing* et mauvaise l'odeur *tsiao*, quand j'apprécie la saveur sucrée et répugne à l'amertume, — blanc, noir, *chang*, *tche*, *hing*, *tsiao*, sucré, amer, voilà des noms de ce qui est objectif ; aimer, détester, trouver harmonieux ou déplaisant, trouver bon ou mauvais, apprécier, avoir répugnance, voilà des propriétés du sujet. Quand on détermine ces propriétés des noms, alors les dix mille êtres ne se confondent pas. C'est pourquoi l'homme, avec les mesures [de longueur] évalue les dimensions, avec les mesures de capacité apprécie les quantités, avec la balance estime les poids, avec les ^{p.24} proportions musicales accorde les notes hautes et graves, avec les noms délimite le non-être du réel, avec la loi définit le bon gouvernement et l'anarchie, avec la simplicité fait rentrer dans l'ordre ennuis et doutes, avec la facilité maîtrise dangers et difficultés. Les dix mille êtres se ramènent tous à l'unité, les cent mesures se conforment toutes à la loi ; se ramener à l'unité, se conformer à la loi, c'est l'extrême de la facilité. C'est ainsi que les obtus, les rebelles, les sourds, les aveugles, peuvent

à juger. Nous verrons plus tard le rôle important joué par une école de commentateurs du *Tch'ouen ts'ieou*, celle de Kong yang, avec Tong Tchong-chou, dans la formation d'une technique particulière à la jurisprudence chinoise, celle des décisions d'interprétation, *kiai che li*. (V. infra, IVe Partie, chap. II § II).

¹ V. dans HU YAN-MUNG, *Étude philosophique et juridique de la conception de « ming » et de « fen » dans le droit chinois*, pp. 82 et 93-97, les deux schémas, confucéen et légiste, de la théorie ; v. également préface de Jean Escarra. — Des rapports ont été établis fréquemment entre les noms et les châtements, c'est-à-dire entre l'école des Noms et l'école des Lois (v. GRANET, *op. cit.*, p. 451, note 6). LEANG K'I-TCH'AO (*op. cit.*, p. 25) estime impossible de séparer les noms de la loi (*fa*, c'est-à-dire la loi pénale). Il rappelle que les codes de Li K'ouei et de Siao Ho comportaient des chapitres sur les noms, c'est-à-dire les définitions, et que, plus tard, tous ceux qui ont traité de la loi ont été rattachés à l'école *Hing ming* (châtiments et noms).

² D'après la traduction (révisée) de MM. Masson-Oursel et Tchou Kia-kien, sous les réserves énoncées par M. GRANET, *op. cit.*, p. 455, note 1.

être gouvernés en même temps que les gens doués de discernement, d'intelligence, d'ouïe, de vision. »

Le *fen*, c'est la différenciation, la hiérarchie résultant des propriétés spécifiques des choses, de la condition propre des êtres. Il y a une conception orthodoxe et une conception « légiste » du *fen*. Mais la notion générale qu'exprime ce terme est la même. Un passage reproduit par maints lettrés permet de percevoir cette signification :

« Le fait que cent hommes vont poursuivre un unique lièvre qui défile ne veut pas dire que c'est le lièvre en soi qu'ils désirent, car lorsque des lièvres sont vendus partout sur le marché, même un voleur n'ose pas en dérober un, parce que leur nom et leur appartenance, *ming fen*¹, sont définis ; par suite, si le nom et l'appartenance ne sont pas définis, alors même des hommes comme Yao, Chouen, Yu ou T'ang², se précipiteraient tous pour poursuivre le lièvre ; mais si le nom et l'appartenance sont définis, même un pauvre voleur ne le prendrait pas »³.

J'aurai encore à revenir (ch. III) sur le rôle spécial joué par la conception du *ming* et du *fen* dans la logique juridique chinoise. L'influence de cette conception sur les institutions est très grande, et l'on peut dire que tout le statut familial et successoral traditionnel de la Chine, tel qu'il est p.25 passé des rituels dans les codes impériaux, est dérivé de ces notions fondamentales.

*

**

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher les conceptions juridiques chinoises de celles qu'ont développées les philosophes grecs des Ve et IVe siècles. Il faut cependant remarquer que, bien que Confucius ait été le contemporain de ces philosophes, les notions auxquelles il a donné son estampille et son nom sont sans doute plus anciennes que lui-même, ainsi qu'il l'a proclamé à maintes reprises.

On peut dire que les anciens Chinois, non seulement ont eu l'intuition d'un droit naturel, envisagé comme traduisant l'harmonie entre l'ordre social et l'ordre de l'univers, mais qu'ils ont mis, pour ainsi dire, ce droit naturel en action. Ils en ont tiré — et en tirent encore — des solutions techniques de droit positif. Pour ce qui concerne les philosophes grecs, Sir Paul Vinogradoff⁴

¹ M. DUYVENDAK, *The Book of Lord Shang*, traduit ces mots (p. 332) par : *their legal title*.

² C'est-à-dire des hommes parfaits, des sages, les noms cités au texte étant ceux d'empereurs semi-légendaires constamment pris comme modèles par les confucéens.

³ Chang tseu, chap. *Ting fen*, dans la trad. de M. DUYVENDAK, *cit.* Même passage, avec des variantes, dans le *Chen tseu*, dans le *Yin Wen tseu*, etc. (DUYVENDAK, *loc. cit.*, note 2).

⁴ *Outlines of Historical Jurisprudence*, 1922, vol. II, chap. II, pp. 41-42. — V. également ROBIN, *Pensée grecque*, p. 27 ; — TH. GOMPERZ, *Les penseurs de la Grèce*, trad. RAYMOND, Paris, 1928 (v. surtout ce qui est dit sur les nominalistes et les sophistes tels que

remarque justement qu'il est caractéristique du développement des idées juridiques grecques que le droit naturel (*the law of nature*), bien qu'invocé au titre d'explication philosophique des faits concrets, n'est pas utilisé comme procédé de déductions juridiques concrètes. C'est à un stade ultérieur — avec l'avènement du stoïcisme, spécialement sous sa forme romaine — que le droit naturel commença d'être regardé comme une source du droit *stricto sensu*. D'après Sir Paul, cette attitude des anciennes écoles grecques de philosophie aurait été la conséquence d'un sentiment puissant de l'équité dans la juridiction des tribunaux démocratiques de la période classique, les jurys populaires jouissant ainsi d'une grande latitude dans l'interprétation et l'application de la loi primitive.

D'autre part, si l'on établit la comparaison dans le domaine de la logique juridique, on constate, en Grèce, ^{p.26} un mouvement qui ne s'est pas produit, qui ne pouvait pas se produire en Chine. Ce mouvement, mis en lumière par M. Gernet ¹, a consisté dans le changement de sens des termes juridiques et moraux. Les représentations morales primitives ont acquis des formes positives et rationnelles. C'est là tout le problème du passage du concret à l'abstrait. Or, ce passage, il ne s'est jamais opéré en Chine qu'avec de grandes difficultés et d'une manière imparfaite, du moins tant qu'il n'a mis en œuvre que les ressources de la logique strictement nationale.

On s'étonnerait sans doute que, pour aussi sommaire que soit cet exposé de la conception chinoise du droit, il ne fût pas question de l'influence possible du bouddhisme. On sait pourtant combien a été profonde l'empreinte de cette doctrine sur la vie morale et spirituelle de la Chine et de tout l'Extrême-Orient.

« En Chine, écrit Sylvain Lévi ², depuis les seconds Han (25-220 ap J-C.), en Corée, depuis le VI^e siècle, au Japon, depuis Shotoku (593), le bouddhisme est partout : doctrines, systèmes, croyances, institutions politiques ; architecture, sculpture, peinture, sur tous les domaines il est un facteur capital ; sans lui, rien ne s'explique ; autour de lui, tout s'éclaire et s'ordonne ».

Bien que les aspects philosophiques et religieux du bouddhisme aient engendré une immense littérature, il ne semble pas que son influence sur la conception chinoise du droit ou sur les institutions juridiques de la Chine ait été spécialement étudiée. Le problème étant peu connu, je crois devoir indiquer ici quelques éléments de recherches.

On doit tout d'abord relever, comme résultat direct de l'introduction du bouddhisme en Chine, l'apparition de règles spéciales pour les bonzes, les

Protagoras et Gorgias, pp. 477, 481, 518 ; sur un essai de comparaison entre certaines notions du *Tchouang tseu* et les sophismes des Eléates, p. 237, note I, etc.).

¹ Louis GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce (étude sémantique)*, Paris, 1917, p. 425-432.

² *L'Inde et le monde*, 1, [Rev. de Paris, 1^{er} février 1925](#), p. 552.

monastères et les propriétés qui en dépendaient. Il est probable qu'un régime d'exception s'est ainsi édifié en marge du droit commun, par exemple en matière de droits réels et ^{p.27} d'impôts. Il ne faut pas oublier que, sous les seconds Wei (386-556 ap. J-C.), les T'ang (618-936 ap. J-C.), les Song (960-1279 ap. J-C.), les monastères bouddhiques ont été très puissants. Ils jouissaient d'une véritable exterritorialité juridictionnelle, les moines relevant directement de leurs supérieurs. Des conflits se sont produits, sans aucun doute, avec les autorités administratives.

Dès l'époque des Six dynasties (222-589 ap- J-C.), ce droit spécial des bonzes semble se constituer. Il durera tout au long de l'histoire de la Chine et, actuellement encore, les monastères font l'objet d'une réglementation particulière. Sous les Ming (1368-1644 ap. J-C.) et les Ts'ing, il existait des fonctionnaires administratifs spéciaux pour les bonzes, ne recevant pas de traitement et appelés, à Pékin, *Seng lou sseu*, dans les préfectures (*fou*) *Seng kang sseu*, et dans les sous-préfectures (*hien*) *Seng houei sseu*. Ces fonctionnaires se sont maintenus sous d'autres noms après la chute de l'Empire.

Sous les Souei (590-618 ap. J-C.) et les T'ang, les bonzes furent soumis à des examens spéciaux qui ne disparurent qu'au début des Ts'ing. Par ailleurs, les règles de la vie monastique furent renforcées pour la secte *lu*, surtout, sous les T'ang, par le moine Tao Siuan. Ces règles sont encore suivies par les moines actuels. La célèbre secte *tch'an*, vouée à la méditation, dont on a noté les emprunts qu'elle a faits au taoïsme ¹, et le caractère de réaction positiviste chinoise contre le mysticisme indien ², fut officiellement reconnue sous les Song. On doit, semble-t-il, attribuer à l'influence du bouddhisme l'interdiction de tuer les êtres vivants et l'adoucissement périodique des peines, coïncidant avec l'accession au trône de souverains adeptes du Bouddha ou favorables à sa doctrine, souvent même conseillés par des bonzes ³. C'est ainsi que l'empereur Wou, des Leang ^{p.28} (502-557 ap. J-C.), rendit obligatoire le régime végétarien. Il se peut enfin que certaines formes de parenté non agnatiques aient été introduites par le bouddhisme.

Dans les temps modernes et depuis la chute de l'Empire, le bouddhisme a été considéré, à diverses reprises, par les gouvernements successifs, comme un élément de vitalité susceptible de développer l'esprit nationaliste. Spirituellement, il est devenu plus libéral et s'oriente surtout vers un large humanisme.

¹ V. PELLISOT, *Meou tseu on les doutes levés, T'oung pao*, 1918-1919 ; — GRANET, *op. cit.*, p. 581.

² V. Hu SHIH, *Development of Zen (tchan) Buddhism in China, The Chin. Soc. and Politilral Science Rev.*, XV, 1932, pp. 475-505.

³ Sous les Tsin de l'est (317-420 ap. J-C.), l'aventurier Che Lei eut comme conseillers le moine indien Fou t'ou teng et le moine chinois Tao Ngan.

Voici une liste de quelques prescriptions de caractère juridique relevées dans divers ouvrages concernant le bouddhisme ¹ :

- a) interdiction aux bonzes qui prêtent de l'argent de toucher des intérêts dépassant le capital (*Hist. des Wei*, chap. 114, p. 5a) ;
- b) interdiction de mariage aux bonzes (*eod. loc.*, p. 3a) ;
- c) un texte important règle le statut des biens des monastères et décide que ceux-ci ne peuvent acquérir de terres sans une autorisation préalable (*eod. loc.*, p. 6b) ;
- d) interdiction de devenir bonze en vue d'éviter la corvée (*eod. loc.*, p. 7a) ;
- e) de nombreuses et significatives discussions au sujet de la dispense faite aux bonzes de saluer leurs père et mère et l'empereur (*Hong ming tsi*, t. 2, L. 5, p. 9b ; t. 5, L. 12, pp. 11b, 14b ; — *Kouang hong ming tsi*, t. 9, L. 24, p. 1a ; L. 25, pp. 12b, 33a) ;
- f) cessation de l'immolation de victimes vivantes aux temples impériaux et remplacement par des sacrifices en légumes et en céréales ; discussions des juristes bouddhistes ^{p.29} sur l'abstention de viande (*Kouang hong ming tsi*, t. 10, L. 26, pp. 5b, 24b) ;
- g) certaines dispositions des lois des Han (repas gratuits aux bonzes ; distribution de riz aux femmes enceintes) sont rapportées à l'influence naissante du bouddhisme (*Che che ki kou lio*, t. I, L. I, pp. 46a et b) ;
- h) en 466 ap. J-C., l'empereur T'ien ngan, des Wei, déclare préférer la détention provisoire prolongée au jugement précipité, afin de permettre aux accusés de se repentir (*eod. loc.*, L. 2, p. 29b) ;
- i) on cite une ordonnance des Souei édictant, en vertu des principes de la douceur bouddhique, la libération des prisonniers passibles des peines au-dessous de l'exil (*eod. loc.*, L. 2, p. 57b) ;
- j) la 3^e lune de l'an 607, l'empereur Yang, des Souei, ordonne la révision des lois pénales dans le sens de la diminution des peines (*eod. loc.*, p. 62b) ;

¹ Entre autres : *Hong ming tsi*, du moine SENG YEOU, sous les Leang (502-557 ap. J-C.) ; — *Kouang hong ming tsi*, continuation de l'ouvrage précédent, en 664, par le bonze TAO SIUAN, des T'ang ; — *Che che ki kou lio* et son supplément, par le moine HOUAN LOUEN, rééd par Yen Eul-kio (éd. de la 11^e année Tch'ong-tcheng, 1638) ; — le chap 114, Che lao, de l'Histoire des Wei, dans la collection des 24 Histoires, éd. 1888 ; informations plus objectives que celles des ouvrages précédents qui sont écrits par des bonzes. — Il existe à la Bibliothèque nationale de Pékin un catalogue de thèses et revues intéressant le bouddhisme. Je n'y ai trouvé aucun travail consacré spécialement au sujet traité au texte.

k) en 635, T'ai-tsong, des T'ang, prescrit d'élaborer des lois spéciales, à titre de supplément aux lois ordinaires, pour punir les mauvais bonzes (*eod. loc.*, L. 3, p. 5*b*) et, en 650, Kao-tsong décide que les religieux bouddhistes ne peuvent être soumis au droit commun et relèvent uniquement des règlements de leur religion (*eod. loc.*, L. 3, p. 9*a*) ;

l) en 778, Tai-tsong ordonne aux juristes bouddhiques de codifier et d'appliquer les lois bouddhiques (*eod. loc.*, L. 3, p. 30*b*) ;

m) enfin, en 955, on signale, à l'instigation de l'empereur Che-tsong, des Tcheou, la création d'un état civil spécial, dit *seng tchang*, réservé au décès des bonzes (*eod. loc.*, L. 3, p. 81*a*).

En conclusion, il semble que le bouddhisme ait influencé le droit chinois, non seulement pour le rendre plus humain, mais, ce qui est remarquable, pour l'éloigner de la conception confucéenne de l'ordre naturel. On constate, en effet, que la législation des Han, par exemple, qui a subi l'influence de Tong Tchong-chou et de l'école du « gouvernement par l'Histoire » (c'est-à-dire par p.³⁰ l'interprétation du *Tch'ouen ts'ieou*)¹ a été, dans son ensemble, d'une extrême sévérité ; elle se ressent du reste de l'esprit des Légistes. Tandis que la législation des dynasties suivantes, à savoir les Wei (220-264), les Tsin (265-419), les Song (420-478), les Ts'i (479-501) et les Leang (502-556), très imprégnée de bouddhisme, atteste un recul des idées traditionnelles qui ne reprendront de la force que sous les T'ang². L'égalité devant la loi — qui est également une notion chrétienne — l'abandon volontaire du principe d'autorité (dans le cas, par exemple, du refus légal des bonzes de saluer l'empereur ou leurs parents), sont des notions bouddhiques, non pas des conceptions confucéennes.

@

¹ V. IIIe Partie, chap. II.

² A l'appui de ce qui est dit au texte, *T'ai yen men lou*, Recueil des œuvres littéraires de TCHANG T'AI-YEN (Ping lin), éd. 1917-1919, surtout, dans le livre I, le chap. 32 intitulé : *Wou tch'ao fa lu sou yin*, Recherches sur le droit de cinq dynasties, pp. 70-80. — Mêmes remarques dans LEANG K'I-TCHAO, *Yin ping che wen tsi*, 1926, L. VI, pp. 5-7.

CHAPITRE II

L'ÉCOLE DES LOIS

@

^{p.31} Pour édifier sa théorie du gouvernement et de la loi, l'école confucéenne, donnant la valeur d'un système aux intuitions et aux perceptions les plus primitives de la conscience de la race, partait d'un postulat : la bonté originelle de la nature humaine. Le Ciel ayant mis la loi naturelle dans le cœur de l'homme, le rôle du prince se limite à découvrir et à exalter cette loi en lui-même pour l'imposer à tous par son seul exemple, en suivant les enseignements des anciens. Ce qui suppose que le prince, grâce à ses vertus exceptionnelles, justifie la confiance que le Ciel a placée en lui en l'investissant de son mandat. La préservation de l'ordre universel est essentiellement le fait personnel du prince et ne doit rien à des règles abstraites. C'est là la conception du « gouvernement par les hommes », *jen tche tchou yi*.

A cette conception s'oppose celle du « gouvernement par la loi », *fa tche tchou yi*, défendue avec éclat par plusieurs penseurs qui ont été réunis sous le nom de Légistes ou d'école des Lois, *Fa kia* ¹.

¹ Aux ouvrages de GRANET (*La pensée chinoise*, 1934 ; [La civilisation chinoise](#), 1929) ; de LEANG K'I-TCH'AO (*Conception de droit et théories des Légistes*, 1926) ; de MASPERO (*La Chine antique*, 1927), déjà cités, on ajoutera, entre autres :

— CHEN KIA-I, *Les doctrines juridiques et économiques de Kouan-tse*, Chang-haï, 1928 ;
 — J. J. L. DUYVENDAK, [The Book of Lord Shang](#), London, 1928 ;
 — FONG YEOU-LAN, *Tchong kouo tchö hio che* (Histoire de la philosophie chinoise), Chang-haï, 1934 ;
 — A. FORKE, *The Chinese Sophists*, *Journal of the N. C. Branch of the R.A.S.*, XXXIV, 1902, p. I ; — ID., *Geschichte der alten chinesischen Philosophie*, Hambourg, 1927 ;
 — G. VON DER GABELENTZ, *L'œuvre du philosophe Kuan-tsi, specimen du texte, traduction et notes*, *Mém. Soc. Et. jap.*, V, avril 1886 ;
 — HOU CHE (HU SHIH), *Tchong kouo tchö hio che ta kang* (Principes généraux de l'histoire de la philosophie chinoise), vol. I, IIe éd., Chang-haï, 1928 ; — ID., *The Development of the Logical Method in Ancient China*, Shanghai, 1922 ;
 — A. IVANOV, *Materialy po Kitaiskoi filosofii. Vvedenie. Chkola pha. Khan Phei-iz y. Perevod* (Izdaniia Fakoulteta Vost. Jazykov Imper. S. Peterb. Omniversiteta, n° 39), trad. de Han Fei-tseu, 1912 ; sur ce travail, v. P. PELLIoT, *J. As.*, 1913, p. 401-423 ;
 — LIN YU-T'ANG, *Han Fei as a cure for modern China*, dans *China's Own Critics*, 1931, p. 86 ;
 — P. MASSON-OURSEL et TCHOU KIA-KIEN, trad. de Yin Wen tseu (*T'oung pao*, 2e série, vol. XV, 1914, p. 557) ;
 — TCH'EN LIE, *Fa kia tcheng tche tchö hio* (Philosophie politique de l'école des lois), Chang-haï, 1929 ;
 — G. TUCCI, *Storia della filosofia Cinese antica*, Bologne, 1921.

^{p.32} Ces Légistes ont été avant tout des hommes d'action. Ceux sur lesquels on possède quelques informations sûres ont joué un rôle d'envergure dans les luttes des royaumes féodaux qui s'achevèrent par l'hégémonie de Ts'in et la première unification de l'empire chinois. Sans illusions sur les hommes, qu'ils croyaient naturellement mauvais, ils reconnurent, par expérience, les bienfaits d'un gouvernement fort, de lois sévères, d'une rigoureuse discipline militaire et administrative. Kong-souen Yang édicta des lois si dures, à Ts'in, que le prince héritier fit entendre des critiques : il fut puni par le ministre. Plus tard, des gens s'extasièrent sur tant de fermeté : ils furent punis pour avoir parlé de ce qui ne les regardait pas ! Li K'ouei, ministre de Wei et l'auteur de la première codification scientifique, voulait que tous les citoyens fussent habiles à tirer de l'arc : il concilia élégamment ses préoccupations juridiques et militaires en décidant que les plaideurs dont les cas étaient douteux seraient départagés dans une séance de tir. Ceux qui mettraient leur flèche au centre de la cible gagneraient, les autres perdraient. De cette façon, lors d'une rencontre avec les gens de Ts'in, les plaideurs de Wei devenus indirectement d'excellents soldats, mirent les ennemis en déroute. Nous voilà loin du gouvernement patriarcal par la vertu du prince, « immobile comme l'Étoile Polaire » et écoutant les sages lui vanter l'exemple des anciens souverains. Aussi bien est-ce un Légiste, Li Sseu, ministre de l'empereur Ts'in Che-houang-ti, qui, en 213 av. J-C., conseillera à son maître la persécution des Lettrés et la destruction des Classiques.

Ces faits sont bien connus et l'école des Lois a été l'objet, au cours de ces dernières années, d'études approfondies ¹. Je me bornerai à quelques remarques sur les hommes, les œuvres et la doctrine.

En ce qui concerne les hommes, Kouan Tchong, conseiller du duc Houan, de Ts'i, est sans doute le plus ^{p.33} ancien nom que l'on puisse rattacher à l'école des Lois. Bien que la date de sa mort (643 av. J-C.) soit généralement acceptée, on ne le connaît guère qu'à travers des légendes ². De Tseu Tch'an, le *Tso tchouan* nous apprend qu'il fit, en 536, le code pénal de Tcheng, tandis que Teng Si en composait un pour son compte ³. Li K'ouei, conseiller du marquis Wen, de Wei, entre 424 et 387, est l'auteur d'un code important, base première de toute la législation impériale chinoise et que j'analyserai plus loin ⁴.

— P. LÉON WIEGER, *Histoire des croyances religieuses et des opinions philosophiques en Chine*, 1917, pp. 235-256 ;

— E. V. ZENKER, *Histoire de la philosophie chinoise*, trad. G. Lepage et Y. Le Lay, Paris, 1932.

¹ Le travail le plus complet est actuellement celui de M. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 66-130.

² V. GRANET, *Danses et légendes*, p. 282 ; — ESCARRA et GERMAIN, trad. franç. de Leang K'i-tch'ao, note 33, p. 18.

³ ESCARRA et GERMAIN, *op. cit.*, notes 27 et 29, pp. 15-16.

⁴ V. IIe partie, chap. I, pp. 91 et s.

Vers le milieu du IV^e siècle apparaissent simultanément quelques-uns des grands noms de l'école : Che Kiao, qui fut conseiller de Kong-souen Yang et lui survécut de quelques années ; Chen Pou-hai, de Han, mort en 337 ; Kong-souen Yang, mort en 338, le célèbre ministre du duc Hiao, de Ts'in, et dont l'influence sur l'évolution du droit chinois paraît avoir été notable¹ ; Yin Wen tseu, contemporain du roi Siuan, de Ts'i (342-324) ; Chen Tao, de Tchao. Les derniers Légistes se placent au début du III^e siècle, avec Li Sseu, ministre de Ts'in Che-houang-ti (mort en 208), et enfin Han Fei tseu, le plus illustre de tous et dont le nom a, dans la philosophie chinoise, une signification comparable à celle des noms de Confucius, de Lao tseu, de Mo Ti².

Leang K'i-tch'ao a précisément démontré les emprunts faits par les Légistes aux écoles de Confucius, du Tao et de Mo Ti. Mais ils ont été mêlés plus ou moins directement à des mouvements d'idées proches de leurs théories. Plusieurs ont pu être rangés parmi les logiciens ou nominalistes, *Ming kia*, notamment Yin Wen tseu ;³ d'autres, par exemple Teng Si, parmi les dialecticiens ou sophistes, *Pien che*. En fait, chez les lettrés de la porte Tsi, à Lin-tsö, la capitale de Ts'i, dans cette sorte d'académie patronnée par le roi Siuan³, on rencontre des Légistes, des taoïstes, des dialecticiens, des sophistes. Et si la plupart des Légistes furent avant tout des taoïstes convaincus, l'armature logique de leurs théories doit beaucoup à ces brillants raisonneurs que furent, à diverses époques et sous des étiquettes variées, Song Kien, P'ong Mong, T'ien Pien, Houei Che, Kong-souen Long, etc. Nominalistes et Légistes réagirent à leur tour sur les autres systèmes. Ce qu'on a appelé le confucéisme pragmatique de Siuan tseu en est le plus marquant exemple.

Il s'en faut de beaucoup que les œuvres de tous ces penseurs aient été conservées. On admet généralement que les livres qui circulent aujourd'hui sous les titres de *Kouan tseu*, de *Teng Si tseu*, de *Chen tseu*, etc., sont des reconstitutions dont la plupart remontent à l'époque des Six dynasties (III^e-VI^e siècles ap. J-C.)⁴. Il est d'autre part vraisemblable que l'ouvrage, apparemment mieux conservé, mis sous le nom de Kong-souen Yang, le *Chang tseu*, contient des morceaux dont la date se rapproche de l'époque à

¹ V. ci-après II^e Partie, chap. I, p. 92, où je dirai ce que l'on sait du personnage.

² Vers 140 ap. J-C., les vues des Légistes se reflètent encore dans le *Houai-nan tseu*. Plus tard encore, sur le déclin des Han. Tchou-ko Leang, le héros de l'histoire des Trois Royaumes (181-234 ap. J-C.), mettra heureusement en pratique les idées des Légistes, à la suite d'une longue lignée de politiciens (v. ESCARRA et GERMAIN, *op. cit.*, p. 52, texte et note 59, et p. 55).

³ V. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁴ Un travail comme celui de M. Chen Kia-i sur le *Kouan tseu* ne doit donc pas être lu comme donnant sans conteste les idées du personnage semi-légitime de Kouan Tchong, bien que M. Chen Kia-i n'ait fait aucune allusion aux difficultés du texte.

laquelle vécut le ministre du duc Hiao ¹. Seul, le Han Fei tseu semble présenter un peu plus d'unité ².

Sans s'attarder ici à la discussion des diverses classifications proposées sous le nom d'école des Lois ³, non plus qu'aux difficultés provenant de l'absence d'authenticité de la plupart des œuvres, il est possible de résumer les notions essentielles mises en circulation par les Légistes ou placées sous leur patronage.

^{p.35} L'époque à laquelle ils vécurent — celle des Royaumes Combattants — était propre à enlever toute illusion sur l'âge d'or prôné par les Confucéens et l'efficacité du « gouvernement par les hommes ». Prenant comme postulat la nature mauvaise de l'humanité, professant une vue très réaliste de l'évolution sociale ⁴, ils estimaient que, puisque ces dernières sont sujettes à des changements, les méthodes de gouvernement doivent être également diversifiées. Il ne s'agit plus, pour le prince, d'agir selon son impulsion personnelle et arbitraire, mais d'assurer le bon ordre en établissant des lois abstraites et obligatoires et en proportionnant les récompenses et les châtiments aux mérites et aux fautes. La loi seule a le pouvoir de s'imposer à tous, d'échapper à la discussion, à condition qu'elle soit connue de tous, aussi bien du peuple que des fonctionnaires. Sur ce dernier point, les Légistes ont énoncé des notions fort originales et que le livre de Kong-souen Yang (le *Chang tseu*) expose de la manière suivante ⁵ :

« Le duc [le duc Hiao, de Ts'in], interrogeant Kong-souen Yang, dit :

— Si l'on établissait aujourd'hui des lois et des ordonnances et que l'on désirât que, demain, tous les fonctionnaires et le peuple les connussent clairement et les appliquassent, et ce d'une manière uniforme et sans intérêt personnel, comment s'y prendrait-on ?

Kong-souen Yang répondit :

— On devrait instituer, pour les lois, des fonctionnaires [spéciaux] capables d'en comprendre la signification et qui seraient les régulateurs de l'empire... Toutes les fois que les fonctionnaires [ordinaires] ou le peuple, ayant à demander le sens d'une loi ou d'une ordonnance, s'adresseraient aux fonctionnaires [spéciaux]

¹ V. sur ce point l'étude de M. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp, 141 et s., et qui est un modèle d'exégèse stylistique.

² V. plus loin.

³ V. sur ce point le chap. 130 du *Che ki* de SE-MA TS'IEN, dans lequel le père de l'historien, Se-ma T'an, apprécie l'école et la situe au milieu des écoles rivales (résumé par CHAVANNES, *Mém. histor.*, Introduction), et le chap. 30 du *Ts'ien Han chou*. Discussion dans DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 66 et s.

⁴ V. plus loin le passage du chap. Wou tou, du Han Fei tseu, sur la lutte pour la vie.

⁵ Chap. *Ting fen*. V. la trad. de M. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 327 et s. — ESCARRA et GERMAIN, *op. cit.*, pp. 53-54.

compétents, ces derniers seraient tenus, dans chaque cas, de répondre clairement d'après la disposition sur laquelle ils auraient été primitivement interrogés. Ils devraient, dans chaque cas, préparer une tablette d'un pied six pouces, sur laquelle seraient inscrits clairement l'année, le mois, le jour et l'heure, ainsi que les dispositions de la loi, objet ^{p.36} de la consultation, pour l'information des fonctionnaires [ordinaires] et du peuple. Si les fonctionnaires [spéciaux] compétents en matière de lois négligeaient de donner le renseignement, ils seraient punis conformément aux dispositions du texte ¹, c'est-à-dire conformément à la loi sur laquelle les fonctionnaires [ordinaires] ou le peuple ont demandé des renseignements. Les fonctionnaires [spéciaux] compétents remettraient aux fonctionnaires [ordinaires] qui les ont consultés sur la loi, la moitié gauche du document [de la tablette] et conserveraient eux-mêmes soigneusement la reliure de bois avec la moitié droite du document, les gardant dans une chambre sous le sceau du directeur du bureau des lois et ordonnances. Toutes les lois et ordonnances seraient réunies en une collection, dont un exemplaire serait conservé dans le palais du Fils du Ciel. Un local interdit serait construit pour les lois, qui y seraient renfermées avec une serrure et une clef afin d'empêcher l'entrée, et scellées ; on y conserverait une collection des lois et ordonnances. A l'intérieur du local interdit, la collection serait scellée sous un sceau interdisant l'ouverture. Quiconque oserait sans autorisation briser les sceaux du local interdit, ou y pénétrer, pour examiner la collection interdite, ou modifier un ou plusieurs caractères des lois interdites serait, dans tous ces cas, coupable de mort sans rémission.... ».

Le texte poursuit en décrivant une organisation de bureaux de consultations juridiques dans les provinces.

« De cette manière parmi les fonctionnaires et le peuple de l'empire, il n'y aura personne qui ne connaisse la loi, et comme les fonctionnaires savent clairement que le peuple connaît les lois et ordonnances, ils n'oseront pas traiter le peuple contrairement à la loi, et le peuple n'osera pas transgresser la loi, car il se mettrait en conflit avec les fonctionnaires [spéciaux] compétents en matière de lois..... De cette manière, les fonctionnaires et le peuple de l'empire, si vertueux ou bons, si raisonneurs ou sagaces soient-ils, ne peuvent ajouter un mot à la loi ou la tourner ni, eussent-ils un millier de pièces d'or, employer pour ce ^{p.37} faire un vingt-quatrième d'once de cette somme. Ainsi les gens habiles et

¹ Le passage est altéré. DUYVENDAK, *op. cit.*, note I, p. 329 ; — LEANG K'I-TCH'AO, *op. cit.*, trad. franç., p. 54.

rusés, aussi bien que les gens vertueux et capables, se contraindront tous à se conduire régulièrement et feront de leur mieux pour se discipliner eux-mêmes et servir le bien public..... Tout ceci vient de ce que la loi est claire, facile à connaître et strictement appliquée ».

Voilà, certes, un langage bien différent de celui qu'on attribue aux partisans du « gouvernement par les hommes » ! ¹

Ainsi, les Légistes ont défendu avec une grande force la conception de la loi rédigée par écrit, promulguée et rendue publique pour l'information de tous. Par ailleurs, en vue de donner une valeur infaillible aux termes de la loi, ils ont fait appel aux notions de rectification des noms et de détermination des spécificités, mais en leur donnant une signification et une portée fort différentes de ce qu'elles sont pour l'école confucéenne ². Ils sont parvenus de la sorte à exalter ces attributs essentiels de toute loi, qui sont l'universalité et l'objectivité. C'est par ces caractères que Leang K'i-tch'ao distingue finement les conceptions des Légistes des méthodes de gouvernement préconisées par les Politiciens à l'aide des *chou*, recettes, méthodes, artifices, et des *che*, conditions, situations, circonstances, forces, influences ³, procédés qui relèvent du concret, de l'improvisé, du secret, donc de l'arbitraire du prince, finalement du « gouvernement par les hommes ».

« L'autorité gouvernementale, écrit Leang K'i-tch'ao ⁴, à n'importe quelle époque, il y a toujours eu des hommes qui l'ont détenue ; si l'on aspire au gouvernement des sages, et qu'on ne trouve pas de sages, l'autorité gouvernementale tombe alors aux mains des insensés, et les affaires de l'empire périclitent. Le gouvernement par les lois, des _{p.38} hommes d'un talent moyen peuvent le pratiquer..... »

Yin Wen tseu rapporte à ce sujet un fait qui illustre avec une précision parfaite la divergence essentielle entre les deux conceptions du « gouvernement par les hommes » et du « gouvernement par la loi » ⁵ :

« T'ien tseu (Tien Pien) lisant le *Chou king*, dit :

— Au temps de Yao, il régnait une grande paix.

¹ V. le fragment du *Tso tchouan* cité *infra*, pp 71-72. — Le *Tcheou li* décrit également un système de publication des lois. V. sur ce point ESCARRA et GERMAIN, *op. cit.*, note 26, pp. 14-15. — Cf. encore HAN FEI TSEU, chap. *Ting fa* (v. ci-après). — M. DUYVENDAK a justement insisté sur la grande importance de ce texte du *Chang tseu* et sur l'influence qu'il a pu avoir sur les institutions chinoises (*op. cit.*, pp. 122-124).

² Sur ce point, v. HU YAN-MUNG, *op. cit.*, pp. 82 et 93-97, et préface de J. ESCARRA, p. IX.

³ Trad. franç., pp. 27 et s. — Cf. GRANET, *op. cit.*, pp. 427 et s ; — DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 94 et s.

⁴ *Loc. cit.*, p. 37.

⁵ V. MASSON-OURSSEL, *op. cit.*, p. 592.

Song tseu (Song Kien) demanda :

— Est-ce le gouvernement de l'homme saint qui produisit cela ?

P'ong Mong, qui se tenait à côté, quittant le rang, répondit :

— C'est le gouvernement de la loi sainte qui a produit cela, non pas le gouvernement de l'homme saint.

Song tseu répliqua :

— Entre l'homme saint et la loi sainte, quelle est la différence ?

P'ong Mong répondit :

— La confusion que le Maître apporte dans les noms est extrême ; sa sainteté à lui, l'homme la tient de lui-même ; sa sainteté à elle, la loi la tient de sa raison propre ; le soi peut engendrer la raison, mais la raison n'est pas le soi. C'est pourquoi le gouvernement de l'homme saint, c'est le gouvernement d'un seul ; dans le gouvernement de la loi sainte, alors il n'est personne qui ne gouverne ».

Accentuant ces notions les Légistes nient l'habileté qui n'est qu'accidentelle et veulent qu'en toutes choses on considère avant tout le rendement, *kong yong*. D'où leurs comparaisons constantes entre la loi, la règle, le modèle et le compas, le poids, la balance. Ainsi la loi est-elle opposée aux rites et l'arbitraire du prince limité par la mesure du bon rendement des réglementations qu'il édicte. C'est dans ce rendement que la loi souveraine trouve essentiellement et son fondement et sa justification. Quant à sa finalité, elle est de devenir de moins en moins nécessaire. Et ici les Légistes rejoignent, par d'autres voies, l'idéal cher aux Confucéens. Le thème : « Punir pour ne plus avoir à punir », *P'i yi tche p'i*, noté dans le chap. *Kiun Tch'en* du *Chou king*, se retrouve dans le *Chang tseu*¹.

^{p.39} On peut admettre que l'œuvre de Han Fei tseu constitue la somme des conceptions de l'école des Lois. Comme elle est très en faveur auprès du législateur chinois moderne et que la Chine a même été invitée expressément à faire une « cure » de Han Fei tseu, il m'a paru intéressant d'en donner ici quelques résumés ou extraits. Leur lecture facilitera mieux qu'un commentaire la compréhension, sous ses divers aspects, de cette complexe représentation que se font les Chinois de la notion de loi et de droit.

¹ Chap. III, § 13, p. 259 de la traduction de M. DUYVENDAK — Le caractère *p'i*, châtement, peine, a aussi le sens de loi, de code (prononcé alors : *pi*), de même que *fa*, a le même sens que *hing*. Punir pour ne plus avoir à punir, c'est aussi bien légiférer pour ne plus avoir à légiférer. V. au surplus la trad. citée, p. 198, texte et note 2 ; 239, texte et note 4 ; et supra, note 25, p. 16.

On ignore la date de naissance de Han Fei ¹. On sait seulement que de Han, sa patrie, il se rendit à Tch'ou où, avec Li Sseu, il suivit les leçons de Siun tseu. — Revenu ensuite à Han, il n'y joua pas de rôle actif. Bègue, il écrivit beaucoup. Ses essais furent lus par le roi de Ts'in qui souhaita se l'attacher. En 233, les gens de Ts'in ayant envahi Han, Han Fei tseu fut envoyé en négociateur et accepta de servir le roi de Ts'in. Mais son ancien condisciple Li Sseu, alors premier ministre de Ts'in, persuada à son maître que Han Fei, transfuge de Han, était dangereux. Han Fei, mis en prison, fut contraint de se suicider (233 av. J-C). On dit qu'un ordre de clémence envoyé par le roi parvint trop tard, peut-être intentionnellement.

Les *Mémoires Historiques* de Se-ma Ts'ien (chap. 63) citent de nombreux titres de chapitres et de fragments de l'œuvre de Han Fei. Ils disent qu'elle était divisée en vingt chapitres et cinquante-cinq sections, comprenant en tout cent mille mots. Aucun commentateur n'en est connu, même de nom, avant les T'ang. Il existe de nombreuses éditions, sur lesquelles la notice précitée de M. Pelliot donne tous les détails utiles.

Le texte de Han Fei qui nous est parvenu ne représente pas l'œuvre originale dans son intégrité. M. Hou Che n'admet comme authentiques que les chapitres 40 *Nan che* ; — 41 *Wen Pien* ; — 43 *Ting fa* ; — 45 *Kouei che* ; — 46 *Lieou fan* ; — 49 *Wou tou* ; — 50 *Hien hio* ; — soit sept chapitres sur ^{p.40} cinquante ². Quelle que puisse être la valeur des arguments avancés, — M. Hou Che, au surplus, n'hésite pas à utiliser des fragments de Han Fei pris dans des chapitres qu'il déclare non authentiques, — elle n'empêche pas l'ensemble du texte, auquel ont été sans doute jointes des œuvres de disciples, surtout dans les chapitres reconstitués, de dater du III^e siècle environ et d'offrir une unité, une cohésion, relatives, sans doute, mais que ne présentent pas les ouvrages de Légistes plus anciens ³.

¹ V. les observations de M. PELLIOT, *loc. cit.*, tendant à placer cette date aux environs de 280 av. J-C.

² *Tchong kouo tchö hio che ta kang*, p. 365. — M. Hou Che s'appuie surtout sur des considérations stylistiques dont il ne donne pas le détail. Il tire également parti de certaines remarques matérielles, telles que les suivantes. Le premier chapitre de l'ouvrage (*Tch'ou kien Ts'in*) relate une entrevue que Han Fei aurait eue, pour la première fois, avec le roi de Ts'in et contient un discours intégralement reproduit d'un discours analogue attribué à Tchang Yi par le *Tchan kouo ts'ö*. De même, dans le chapitre 6 (*Yeou tou*), il est question des quatre royaumes de Ts'i, Yen, Tchou, Wei, comme déjà détruits. Or, cette destruction est postérieure à la mort de Han Fei, survenue en 233.

³ En ce sens, PELLIOT, *op. cit.*, p. 423. — Les fragments qui suivent sont résumés ou traduits — cursivement et allégés des commentaires — d'après l'édition de Wang Sien-chen, de 1896 (v. PELLIOT, *op. cit.*, p. 416, 32°). Je n'ai fait état que des chapitres dits « authentiques ». J'ai bénéficié pour ce travail de la collaboration de M. Siu Siang-tch'ou, du ministère des Affaires étrangères, à Nankin, et le prie de trouver ici l'expression de ma gratitude.

I. — Chap. 40 (*Nan che* : Objections sur les conditions). Han Fei y discute la théorie du gouvernement par les conditions circonstanciennes du succès, *che*, qui a été indiquée plus haut.

« Chen tseu [Chen Tao] dit :

— Le dragon volant chevauche les nuages, le serpent ailé se promène sur le brouillard. Mais lorsque les nuages se sont dispersés, et que le brouillard est tombé, le dragon et le serpent se trouvent dans la même situation qu'un grillon ou une fourmi, parce qu'ils ont perdu leur appui. Si un homme sage s'incline devant un homme pervers, c'est que son pouvoir est petit et sa situation basse ; si un homme pervers peut se soumettre à un sage, c'est que ce dernier a un grand pouvoir et une situation honorée. Yao ¹, quand il n'était qu'un simple particulier, ne pouvait pas même gouverner trois hommes, tandis que Kie, étant empereur, put porter le désordre dans l'empire. Je comprends par là que les conditions circonstanciennes *che*, p.41 et la situation sont dignes d'être prises en considération, tandis que la sagesse et l'intelligence ne sont pas dignes d'être respectées. Si l'arc est faible, mais que la flèche monte haut, c'est qu'elle est poussée par le vent. Si une personne est indigne, mais que ses ordres soient exécutés, c'est qu'elle a obtenu l'appui de la foule. Tant que Yao n'instruisit que les gens de sa maison, le peuple ne l'écouta pas. Mais lorsqu'il se tint le visage tourné vers le sud, (c'est-à-dire lorsqu'il devint empereur) et régna sur l'empire, ses ordres furent exécutés, ses défenses observées. Je vois par là que la sagesse et l'influence ne sont pas aptes à contraindre les masses, tandis que les conditions et la situation sont capables de soumettre même les sages ».

Je réponds à Chen tseu : « Le dragon volant chevauche les nuages, le serpent ailé se promène sur le brouillard. Je ne dis pas que le dragon et le serpent ne tirent pas parti des conditions circonstanciennes résultant des nuages et du brouillard. Cependant, si l'on abandonne la sagesse et que l'on s'appuie uniquement sur les conditions, peut-on bien gouverner ? Je ne le crois pas ». Certes, il y a les conditions résultant des nuages et du brouillard, mais ce qui permet de chevaucher les uns et de se promener sur l'autre, c'est que l'habileté du dragon et du serpent est grande. Or, bien que les nuages soient épais, le grillon ne peut cependant pas les chevaucher ; bien que le brouillard soit dense, la fourmi ne peut cependant pas se promener sur lui. Il y a donc bien les conditions des nuages épais et du brouillard dense ; mais ce qui fait que le grillon ne peut chevaucher et que la fourmi ne peut se promener,

¹ Yao et Chouen, les deux empereurs-modèles, sont constamment opposés à Kie et à Tcheou, souverains cruels et débauchés qui consommèrent la ruine de leurs dynasties respectives.

c'est que l'habileté du grillon et de la fourmi est inférieure. Kie et Tcheou se tinrent le visage tourné vers le sud et régnèrent sur l'empire. Ils se servirent de l'autorité impériale comme de leurs nuages et de leur brouillard. Cependant, l'empire n'évita pas l'anarchie ; c'est donc que l'habileté de Kie et de Tcheou était inférieure. D'ailleurs, si l'on admet que les conditions de Yao permettaient à celui-ci de bien gouverner l'empire, en quoi ces conditions différaient-elles de celles de Kie, qui portait l'anarchie dans l'empire ? Les conditions, on ne peut faire nécessairement que les sages les utilisent et que les hommes pervers^{p.42} ne les utilisent pas. Si ce sont des sages qui les utilisent, l'empire sera bien gouverné ; si ce sont des hommes pervers qui les utilisent, l'empire sera dans l'anarchie. Par le fait de la nature humaine, il y a peu de sages et beaucoup d'hommes pervers. Si l'on donne aux hommes pervers, qui mettent le monde en désordre, l'avantage des conditions de l'autorité, alors, avec les conditions, l'empire sera maintes fois dans l'anarchie. Mais combien rarement, avec les conditions, l'empire sera bien gouverné ! Les conditions facilitent le gouvernement, mais favorisent aussi l'anarchie. C'est pourquoi il est dit dans le *Tcheou chou* : « Il ne faut pas attacher des ailes au tigre, car il entrerait dans la cité en volant, choisirait des hommes et les mangerait ». Permettre à l'homme pervers d'utiliser les conditions, c'est attacher des ailes au tigre..... »

La discussion se poursuit entre Han Fei et son contradicteur sur la différence entre les conditions naturelles et celles qui sont établies par les hommes eux-mêmes, et sur la nécessité d'attendre un souverain d'exception pour être assuré d'un bon gouvernement. Han Fei observe que des hommes extraordinaires quant à leur sagesse — des Yao et des Chouen — ou quant à leur perversité — des Kie et des Tcheou — il s'en rencontre un dans mille générations. Le bon gouvernement s'obtient donc par des gens moyens, qui observent la loi tout en profitant des conditions.

« Cependant l'on dit : « Un bon cheval, un char solide, s'ils sont conduits par des *tsang houo* (esclaves), cela prêtera à rire ; s'ils sont conduits par Wang Leang¹, alors ils pourront parcourir mille *li* par jour ». — Je ne trouve pas cela exact. Si l'on attend un homme de Yue, qui excelle à nager en mer, pour sauver quelqu'un qui se noie dans l'Empire du Milieu, l'homme de Yue aura beau savoir nager parfaitement, l'homme qui se noie ne sera pas sauvé. Si l'on attend le cocher Wang Leang, des temps anciens, pour conduire les chevaux d'aujourd'hui, ce sera encore la même chose que le récit de l'homme de Yue qu'on appellerait au secours de celui qui est en train^{p.43} de se noyer : c'est une chose également

¹ Un célèbre cocher de Tsin.

incompréhensible. Mais si un bon cheval et un char solide sont disposés en relais tous les cinquante *li*, en employant un cocher d'habileté moyenne, on pourra obtenir d'aller vite et loin et même mille *li* pourront être couverts en peu de jours. A quoi bon attendre le Wang Leang de l'antiquité ? Car sans cela, si, pour conduire, l'on n'emploie pas un Wang Leang, il s'ensuivra certainement que les *tsang houo* gêteront l'attelage ; si, pour gouverner, l'on n'emploie pas un Yao ou un Chouen, il s'ensuivra certainement qu'un Kie ou un Tcheou porteront l'anarchie dans l'empire.... »

II. — Chap. 41 (*Wen pien* : Questions sur les discussions). Han Fei, poursuivant la démonstration faite au chapitre précédent, observe que les discussions, les controverses, les sophismes — tels que ceux de Teng Si ou de Kong-souen Long ¹, naissent du fait que le prince n'est pas éclairé. Dans un pays gouverné par un prince éclairé, la loi est la chose la plus convenable, l'ordonnance, la parole la plus noble. Les paroles du prince n'offrent pas d'équivoque, ses lois n'autorisent pas deux interprétations différentes. C'est pourquoi les paroles et les actes du peuple qui ne sont pas conformes aux lois et aux ordonnances doivent être formellement interdits. L'école des Lois prend en considération le rendement, *kong yong*, des paroles et des actes. Le défaut de la doctrine du « gouvernement par les hommes » est que, si l'on n'obtient pas l'homme qu'il faut, la doctrine est ruinée dans sa base. Il n'est même pas sûr qu'avec un tel homme le pays soit bien gouverné, parce que cet homme peut gouverner par le sentiment, la fantaisie, l'arbitraire, au lieu de s'en remettre à la loi et aux recettes, *chou*.

« Des paroles et des actes, c'est le rendement que l'on prend pour but. Si l'on aiguise une flèche et qu'on la lance au hasard, il se peut que sa pointe atteigne ^{p.44} un duvet d'automne ². On ne peut cependant dire que c'est le fait d'un bon tireur, car ce [coup] n'est point [l'effet] d'une règle constante. Si l'on établit une cible de cinq pouces et que l'on tire à la distance de dix pas, à moins que l'on ne soit un Yi ou un P'ong Mong ³, il n'est pas sûr qu'on atteindra le but : c'est là une règle constante. Par suite, s'il y a une règle constante, le fait pour un Yi ou un P'ong Mong d'atteindre une cible de cinq pouces est un acte d'adresse. S'il n'y a pas de règle constante, le fait qu'un coup tiré au hasard atteint un duvet d'automne doit être regardé comme une maladresse. Si maintenant

¹ Il y est fait allusion à la fin du chapitre. V. KONG-SOUEN LONG, Discussion sur *kien po* « Solide et Blanc », trad. Tucci, *op. cit.*, p. 148 (MASPERO, *op. cit.*, p. 536) ; — Teng Si tseu, Dissertation sur *wou heou*, « Sans bienveillance » (le Ciel, n'étant pas bon pour les êtres, qu'il fait mourir à l'heure de leur destin, sans distinguer les bons des méchants, le prince doit de même appliquer inexorablement la loi qu'il a fixée).

² A l'automne, le poil des animaux est censé être long et très fin.

³ Célèbres archers de l'antiquité.

l'on écoute les paroles et que l'on examine les actes sans prendre leur rendement pour critérium, bien que les paroles soient les plus clairvoyantes et les actes les plus sages, on ne fait que tenir des discours sans consistance.... ».

— Tel est le cas dans les périodes d'anarchie.

III. — Chap. 43 (*Ting fa* : Établir la loi). Han Fei compare ici les conceptions de Chen Pou-hai sur l'emploi des recettes, chocs, et de Kong-souen Yang sur l'emploi des lois. Il ne trouve satisfaisantes ni les unes, ni les autres, et discute, à l'aide d'exemples historiques, le point de savoir si l'on peut gouverner avec la loi seule sans les recettes, ou avec les recettes seules sans la loi. Il indique que les recettes appartiennent au prince et doivent rester secrètes, tandis que les fonctionnaires, eux, doivent se conformer rigoureusement à la loi, laquelle est rendue publique.

« Il y a loi lorsque les décrets et les ordonnances ont été affichés dans les bureaux des administrations et que les châtimens et les peines paraissent inévitables à tous les esprits. Les récompenses sont attachées à l'observation respectueuse de la loi, tandis que les peines sont encourues pour les violations de la loi ».

— Le passage du chapitre relatif aux lois de Kong-souen Yang, à Ts'in, vaut d'être transcrit.

« ... La loi de Chang Kiun (Kong-souen Yang) dit : — Celui qui aura coupé une tête [d'ennemi] recevra un degré de dignité. ^{p.45} S'il désire être fonctionnaire, il sera nommé fonctionnaire de cinquante piculs ¹ ; celui qui aura coupé deux têtes, recevra deux degrés de dignité. S'il désire être fonctionnaire, il sera nommé fonctionnaire de cent piculs ». Le changement [de degré] des fonctionnaires et leur rang sont proportionnés à leur mérite de couper des têtes. Si maintenant il y avait une loi disant : « Celui qui aura coupé une tête sera nommé médecin ou charpentier », alors la maison ne serait jamais construite et la maladie jamais guérie. Car le charpentier est celui qui a les mains habiles et le médecin celui qui assortit les remèdes. Mais si on les nomme d'après leur mérite de couper les têtes, cela ne conviendra plus à leur capacité. Aujourd'hui, pour être un fonctionnaire qui administre, il faut du savoir et de la capacité ; pour couper des têtes, il faut faire preuve de bravoure et de force. Donner une charge de fonctionnaire à ceux qui sont braves et forts pour administrer ce qui exige du savoir et de la capacité, c'est comme si l'on nommait un médecin et un charpentier d'après leur mérite de couper des têtes.... »

¹ C'est-à-dire son traitement sera fixé à cinquante piculs de riz.

IV. — Chap. 45 (*Kouei che* : Emploi inverse).

« Les moyens par lesquels l'homme saint gouverne sont au nombre de trois, savoir : *li*, l'intérêt ; *wei*, l'autorité ; *ming*, les distinctions hiérarchiques. L'intérêt, c'est ce par quoi l'on gagne le peuple ; l'autorité, c'est ce par quoi l'on fait exécuter les ordres ; les distinctions hiérarchiques, c'est ce par quoi supérieurs et inférieurs sont amenés à suivre la même voie ».

— Ayant énoncé ce triple élément de tout bon gouvernement, Han Fei indique pourquoi, bien qu'ils existent, le monde est tantôt en ordre, tantôt en désordre : c'est parce que les supérieurs tiennent pour honorable ce qui est contraire au bon gouvernement et, par suite, se trompent dans l'application des méthodes. C'est ainsi qu'on estime comme des sages ceux qui n'observent pas les distinctions hiérarchiques ; qu'on appelle hommes sincères ceux qui n'observent pas la loi et les ordres et suivent leur intérêt personnel ; qu'on appelle héros ceux qui violent la loi et n'hésitent pas à ^{p.46} encourir la peine de mort en commettant des crimes, etc. Autant de « contradictions » qui annoncent les développements du chapitre suivant.

« Les supérieurs établissent les lois et les ordonnances pour supprimer ce qui est personnel (égoïste) ; lorsque les lois et les ordonnances sont exécutées, la voie personnelle (égoïste) disparaît. L'égoïsme, c'est ce par quoi l'on trouble la loi. Mais les lettrés qui ont deux opinions, *eul sin*, et des théories égoïstes, se retirant dans une grotte lointaine, observent avec profondeur le monde. Les grands critiquent le siècle, les petits trompent le peuple. Le gouvernement ne les contraint pas, mais au contraire les honore et leur donne des avantages. Ils deviennent célèbres sans mérite et riches sans peine. Ils maudissent les lois et les ordonnances ».

C'est pourquoi, dit Han Fei, c'est par la loi que l'on gouverne, c'est par l'intérêt personnel que l'on crée le désordre. La loi une fois établie, on ne peut plus agir avec égoïsme, etc. — Han Fei amasse ainsi ses arguments contre les lettrés, qu'il attaquera ouvertement dans le chap. *Wou tou*.

V. — Chap. 46 (*Lieou fan* : Six contradictions). Han Fei remarque que le peuple méprise et hait des hommes qu'il devrait respecter et aimer, ou inversement. Par exemple, on estime pour sa prudence un individu qui craint la mort et fuit le danger, mais l'on dédaigne pour son imprudence un individu qui sait braver la mort quand c'est nécessaire. On loue l'intelligence et l'éloquence d'un homme rusé et beau parleur, on raille comme stupide celui qui se contente d'être sincère et sage. On admirera l'homme qui étale son faste et sa richesse, et l'on méprisera celui qui vit modestement de son travail, etc. Il y a ainsi six espèces d'hommes admirées par tout le monde, et six autres

méprisées. Et ce sont les « Six contradictions », grâce auxquelles ceux qui devraient être récompensés sont punis et inversement. Han Fei part de cette constatation pour développer brillamment sa réfutation des théories confucéennes du gouvernement par la bienveillance et l'amour du peuple. Celles-ci ont pu peut-être convenir à l'âge d'or, mais les circonstances ont changé, la compétition des intérêts privés s'est faite de plus en plus rude. Seule ^{p.47} une autorité sévère, étayée sur une loi inexorable, peut préserver l'ordre dans cette société complexe. Une maxime de l'antiquité dit que gouverner, c'est comme laver les cheveux, opération qui sacrifie quelques-uns de ceux-ci. Préférer ne pas sacrifier quelques cheveux à l'avantage qu'il y a à faciliter la croissance des autres, c'est ignorer l'adaptation aux circonstances. De même, il faut savoir supporter l'opération d'un abcès pour obtenir la guérison, etc. La nature de l'État est totalement différente de celle des parents, qui ont pour leurs enfants une tendresse instinctive — dans laquelle, toutefois, il entre une part de calcul.

« Aujourd'hui, dans les rapports entre supérieurs et inférieurs, il n'y a pas la bonté [instinctive] du père à l'égard du fils, et si l'on désire retenir les inférieurs en pratiquant le *yi* (sentiment des relations sociales, justice au sens large, équité, etc.), alors, dans les relations sociales, il y aura sûrement des lacunes. De plus, pour ce qui est de l'attitude du père et de la mère vis-à-vis des enfants, si les parents engendrent des fils, ils s'en félicitent mutuellement, s'ils engendrent des filles, ils les mettent à mort. [Pourtant] les uns et les autres sont bien nés des parents, mais les garçons sont accueillis avec des félicitations, tandis que les filles sont mises à mort ; les parents se préoccupent donc de leur convenance future, ils escomptent des avantages à longue échéance. Ainsi, en ce qui concerne l'attitude des parents à l'égard de leurs enfants, les premiers obéissent encore dans leur conduite vis-à-vis des derniers à un sentiment de calcul ; comment n'en serait-il pas ainsi à plus forte raison [entre supérieurs et inférieurs], alors qu'il n'y a pas [entre eux] de bonté instinctive comme entre le père et le fils ?..... Aujourd'hui les lettrés exhortent le prince à suivre la voie de l'amour réciproque dans son gouvernement et à bannir les sentiments égoïstes. C'est là demander au prince d'aller au-delà des sentiments qu'ont les parents.... ».

Le sage ne connaît que le gouvernement par la loi, qui seule rend certaine l'application des récompenses et des châtements, permet d'obtenir des fonctionnaires la meilleure utilisation, aide finalement à la prospérité du pays.

« ... Si l'on met des objets de bas prix dans un endroit ^{p.48} obscur, même Tseng et Che ¹ pourront être soupçonnés ; si l'on étale cent

¹ Tseng tseu, célèbre disciple de Confucius ; Che Yu, grand officier de Wei, l'un et l'autre d'une probité légendaire.

pièces de monnaie sur le marché, même un grand brigand ne les prendra pas. Si l'on ne peut savoir [ce qui se passe], Tseng et Che, dans un endroit obscur, pourront être soupçonnés (parce que, sachant qu'on ne peut les voir, ils pourront être tentés de voler, étant sûrs de l'impunité) ; si l'on sait certainement [ce qui se passe], alors un grand brigand ne prend pas l'argent étalé sur le marché. C'est pourquoi, lorsque le pays est gouverné par un souverain éclairé, on multiplie les gardes et on rend les châtiments lourds, afin de faire que le peuple soit maintenu par la loi, et non arrêté par un sentiment de probité. L'amour d'une mère pour son fils est deux fois plus grand que celui du père, mais pour l'exécution de ses ordres par son fils, le père vaut dix mères. Les fonctionnaires n'ont pas d'amour, pour le peuple ; mais pour l'exécution de leurs ordres par le peuple, ils valent dix mille pères et mères. Les pères et mères accumulent l'amour et leurs ordres sont inexécutés ; les fonctionnaires emploient l'autorité et la sévérité et le peuple leur obéit. Entre les deux méthodes, de la sévérité et de l'amour, on peut donc décider [quelle est la meilleure] !.... »

Han Fei poursuit le développement de cette thèse, exalte les vertus de discipline d'une loi sévère, les opposant à l'amollissement qu'engendre une politique sentimentale, critique l'abus des récompenses et déplore les peines légères.

VI. — Chap. 49 (*Wou tou* : Cinq vers rongeurs). — Ce chapitre est un des plus importants de l'ouvrage. Han Fei expose d'abord les diverses phases par lesquelles sont passées les sociétés humaines et montre que les moyens de gouvernement des anciens âges ne conviennent plus à l'époque actuelle. Une anecdote pittoresque illustre sa thèse :

« Un homme de Song labourait son champ. Au milieu du champ s'élevait le tronc d'un arbre. Il arriva que, dans sa course, un lièvre se jeta contre le tronc, se rompit le cou et mourut. Ce que voyant l'homme ^{p.49} quitta sa charrue et se mit en faction près de l'arbre dans l'espoir d'attraper un autre lièvre. Mais il n'attrapa jamais d'autre lièvre et fut tourné en dérision par les gens de Song. Si donc on désire gouverner la génération actuelle à l'aide des procédés de gouvernement des anciens rois, l'on se conduit de la même manière que l'homme qui attendait sous son arbre ».

— Han Fei poursuit :

« Dans les temps anciens, les hommes ne labouraient pas, les fruits des plantes et des arbres suffisaient à leur nourriture ; les femmes ne tissaient pas, les dépouilles des oiseaux et des bêtes sauvages

leur suffisaient pour se vêtir. Ils n'employaient pas la force et leur subsistance était suffisante ; les hommes étaient peu nombreux et les biens étaient en excès. Aussi ne luttaient-ils point. De sorte qu'on ne se servait pas de récompenses libérales, qu'on n'employait pas de lourdes peines et que le peuple se gouvernait de lui-même. Aujourd'hui, un homme qui a cinq fils n'estime pas que c'est beaucoup, chaque fils a à son tour cinq fils et le grand-père ne meurt pas avant d'avoir eu vingt-cinq petits-enfants. Par suite, les hommes sont nombreux et les richesses rares ; ils dépensent leurs forces et peinent pour obtenir une maigre subsistance. Aussi luttent-ils. Et, bien que l'on multiplie les récompenses et que l'on multiplie les peines, on n'évite pas le désordre.... C'est pourquoi, au printemps d'une année de famine, les jeunes et les cadets n'ont pas de quoi manger ; à l'automne d'une année d'abondance, même le voyageur de passage mangera sûrement. Ce n'est pas qu'on tienne à l'écart ses proches et qu'on aime l'hôte de passage, c'est que l'estimation des quantités diffère. Aussi, chez les anciens, si l'on était généreux de ses biens, n'était-ce pas par humanité ; c'est parce que les biens étaient abondants. Si aujourd'hui les hommes luttent pour s'emparer des biens, ce n'est pas qu'ils aient des sentiments vils, c'est parce que les biens sont rares.... ».

Han Fei développe ce thème, déjà énoncé au chap. 46, par des exemples et reproche aux Confucéens de s'obstiner à exalter le gouvernement par le *jen* (sentiments d'altruisme) et le *yi* (sentiment des relations sociales), méthode qui ne pouvait convenir qu'à l'âge d'or.

« C'est ^{p.50} pourquoi le roi Wen ¹ employa le *jen* et le *yi* et gouverna l'empire ; le roi Yen ² employa le *jen* et le *yi* et perdit son pays. Ainsi le *jen* et le *yi* pouvaient être employés dans l'antiquité, mais on ne peut les employer aujourd'hui. C'est pourquoi l'on dit : « Générations différentes, donc conduite différente.... ».

Et plus loin :

« Supposons qu'un fils soit un mauvais sujet. Bien que ses parents manifestent leur colère, il ne change pas sa conduite. Bien que ses voisins lui fassent des reproches, cela ne produit aucun effet sur lui. Bien que son maître lui enseigne la discipline, il ne se corrige pas. Tous les moyens qui dérivent de ces trois choses excellentes, l'amour des parents, l'exemple des voisins, la sagesse du maître, sont essayés, mais demeurent sans effet et pas même un poil de ses jambes ne change. Mais lorsque le fonctionnaire régional envoie ses soldats et que ceux-ci, appliquant la loi,

¹ Duc de Teheou et père du fondateur de la dynastie de ce nom, au XI^e siècle av. J-C. La littérature confucéenne en a fait une de ses idoles.

² Sur ce personnage, v. Éd. CHAVANNES, *Mém. histor.*, II, p. 8, note 1 [note 05.123]

recherchent les mauvais sujets, alors il prend peur, change ses mœurs et réforme sa conduite. Ainsi l'amour des parents ne suffit pas pour enseigner la discipline à leur fils, mais il faut recourir aux châtiments sévères du fonctionnaire régional. Le peuple est naturellement gâté par l'amour, il ne cède qu'à la sévérité.... La meilleure récompense, pour que le peuple s'y intéresse, est celle qui est importante et sûre ; la meilleure peine, pour que le peuple en ait peur, est celle qui est lourde et inévitable ; la meilleure loi, pour que le peuple puisse la connaître, est celle qui est uniforme et stable. C'est pourquoi le prince récompense sans réserves et applique les peines sans faire grâce ».

Han Fei reprend ensuite ses attaques contre les habiles qui obtiennent vêtements et nourriture sans travailler, et les intellectuels, qui accèdent aux honneurs sans les avoir conquis à la guerre. Il proclame que, lorsque ces gens sont prospères, l'armée est faible et les terres sont en friche. Le prince se réjouit de l'activité des habiles et des intellectuels, mais oublie la détresse qui résulte de la faiblesse de l'armée et de l'abandon des terres. Les lettrés sont l'objet d'honneurs ^{p.51} excessifs, bien que, par le trouble qu'ils apportent dans les lois par leurs écrits, le pays soit en proie à l'anarchie. Le prince en arrive à donner raison à ceux auxquels la loi donne tort, etc. Il ne doit donc pas honorer les gens qui pratiquent le *jen yi*, ni employer les lettrés. Deux exemples illustrent ici d'une manière remarquable la divergence entre les notions confucéennes et celles des Légistes :

« A Tch'ou, il y avait une personne droite ; son père ayant volé un mouton, elle alla dénoncer le fait au magistrat. Le préfet dit : « Qu'on tue ce fils ». Puisqu'il s'était montré droit vis-à-vis du prince, mais qu'il avait manqué à son devoir envers son père, il devait être puni pour cette dénonciation. On voit par là qu'un sujet droit du prince peut être un mauvais fils.

— Un homme de Lou suivit le prince à la guerre. Il prit part à trois combats, mais prit la fuite trois fois. Tchong-ni (Confucius) lui demanda la raison de sa conduite. Il répondit : « Mon père est vieux ; si je meurs, il n'aura personne pour le nourrir ». Tchong-ni considéra que c'était là de la piété filiale, loua ce fils et le recommanda au prince. On voit par là que le fils pieux d'un père peut être un sujet traître à son prince. Ainsi donc, d'après la condamnation prononcée par le préfet, les mauvais sujets de Tch'ou ne pouvaient plus jamais être dénoncés aux supérieurs. D'après la récompense de Tchong-ni, les gens de Lou prenaient aisément la fuite. Les intérêts des supérieurs et des inférieurs étant ainsi opposés, un souverain qui, tout en voulant prendre en considération la conduite des particuliers, désirerait rechercher le bien du pays, ne pourrait évidemment pas atteindre le but.... ».

— Actuellement, poursuit Han Fei, il n’y a pas dix lettrés qui soient chastes et sincères, mais l’on compte les fonctionnaires du pays par centaines. Si l’on veut absolument confier les charges publiques à des lettrés chastes et sincères, alors il n’y aura pas assez d’hommes pour tant de charges. S’il n’y a pas assez d’hommes pour les charges, il sera difficile d’avoir un bon gouvernement et la possibilité d’anarchie augmentera. Par conséquent, le souverain éclairé recherche une loi uniforme et ne désire jamais l’intelligence [dans les individus] ; il maintient les ^{p.52} recettes, *chou*, et ne désire pas accorder sa confiance [aux individus]. C’est pourquoi il n’y a pas de décadence dans les lois ni de corruption chez les fonctionnaires. Mais aujourd’hui le souverain examine les paroles et aime entendre les discussions, au lieu d’apprécier les résultats. Alors le peuple parle, ne s’occupe que d’éloquence et ne recherche jamais l’utilité des paroles. Aussi les gens qui citent les anciens souverains et parlent de *jen* et de *yi* sont-ils nombreux au palais, mais le gouvernement ne peut pas échapper à l’anarchie. Ceux qui se conduisent bien ne s’occupent que d’être hautement considérés et ne remarquent pas si leurs actions sont susceptibles de donner de bons résultats. Par conséquent, les lettrés intelligents se retirent dans une grotte et refusent les traitements du gouvernement ; mais on ne peut éviter que l’armée devienne faible et que les affaires publiques soient en désordre. Quelle en est la cause ? Ce que le peuple vénère et ce que les supérieurs honorent sont les sources du désordre.... C’est pourquoi le souverain éclairé utilise les forces du peuple et n’écoute pas ses paroles, récompense les résultats et interdit absolument les [actions] inutiles. Par suite le peuple épuise ses forces pour obéir aux supérieurs. Employer ses forces pour labourer est pénible, mais le peuple le fait parce qu’il se dit que par là il peut devenir riche. Le fait d’aller à la guerre est dangereux, mais le peuple le fait parce qu’il se dit que par là il peut devenir noble. A présent, les gens qui cultivent les lettres et apprennent l’éloquence ne prennent pas effectivement la peine de labourer, mais ils obtiennent en réalité la richesse ; ils ne courent pas les dangers de la guerre, mais ils acquièrent en réalité la noblesse. Aussi qui ne voudrait se comporter de la sorte ? C’est pourquoi il y a cent personnes qui cultivent leur intelligence, mais une seule qui emploie ses forces. Quand les gens qui cultivent leur intelligence sont nombreux, la loi est perdue ; quand ceux qui emploient leurs forces sont rares, le pays s’appauvrit. C’est par là que la société est en désordre.

« C’est pourquoi, dans le pays d’un souverain éclairé, il n’existe pas de littérature livresque ; c’est avec la loi qu’on instruit [le peuple]. On ne cite pas les paroles des anciens rois ; ^{p.53} ce sont les fonctionnaires qui dirigent. — Il n’existe pas de protection personnelle, c’est au mérite de couper les têtes [des ennemis] qu’on reconnaît la bravoure.... ».

Sur tout le territoire, ceux qui parlent suivent alors nécessairement le criterium établi par la loi. Ceux qui travaillent parviennent toujours au succès. Ceux qui sont braves entrent tous dans l’armée. C’est ainsi qu’en temps de paix le pays

est toujours riche, et en temps de guerre l'armée toujours puissante. C'est là ce qu'on appelle les ressources du souverain.

Et Han Fei, en des phrases toujours plus éloquentes et qui étaient destinées à avoir une vaste portée ¹, poursuit ses diatribes contre les lettrés qui, par leurs discours et leur culte des anciens souverains, affaiblissent le pays. Il fait l'apologie du prince qui ne songe qu'à développer la richesse et la puissance militaire de l'État. Il appuie sa thèse d'exemples empruntés à l'histoire des Royaumes Combattants dont il écrivait ainsi, à son insu, d'une manière tragique et éclatante, la dernière page, car tous ces conseils, rédigés pour Han, sa patrie, allaient permettre à Ts'in d'écraser Han et d'achever son hégémonie. Il énumère enfin ces cinq « vers rongeurs » qui ont donné son titre au chap. 49 et vitupère tour à tour contre :

a) les intellectuels qui louent les anciens souverains, invoquent sans cesse le *jen* et le *yi*, s'habillent avec faste, jettent le trouble dans la loi par leurs discussions, désorientent le cœur du prince ;

b) les bavards et les beaux parleurs qui falsifient les institutions et les paroles, utilisent des appuis extérieurs pour soutenir leurs intérêts privés au mépris de l'intérêt général ;

c) les bravaches qui s'entourent d'une clientèle, affectent la sincérité pour se mettre en valeur, mais enfreignent les règles administratives ;

d) les commerçants et les ouvriers qui livrent des marchandises et des produits de mauvaise qualité pour accumuler des richesses, se réservent pour attendre ce moment opportun afin d'usurper les profits qui devraient revenir à l'agriculture ;

e) ceux qui ont la conduite des affaires publiques et travaillent dans leur seul intérêt privé, ^{p.54} attendant les visites des hommes importants sans se déranger eux-mêmes. — Et Han Fei de conclure :

« Ces cinq catégories, ce sont les vers rongeurs de l'État. Si le souverain ne peut délivrer le peuple de ces cinq vers rongeurs, s'il n'entretient pas autour de lui des hommes désireux de grandeur et de gloire, alors, entre les quatre mers ², s'il arrive que des royaumes soient détruits et que la dynastie soit ruinée, cela ne sera certes pas étrange ! »

VII. — Chap. 50 (*Hien hio* : Enseignements en honneur). — Dans ce chapitre, Han Fei revient à quelques-unes des observations présentées dans le chapitre *Nan che*. Il passe brièvement en revue les écoles philosophiques dont les enseignements sont en honneur, celle des Confucéens et celle de Mo Ti. Il

¹ V. ci-après, p. 56.

² C'est-à-dire en Chine.

affirme à nouveau que l'art de gouverner consiste, non pas à compter sur les qualités naturelles du peuple, mais à soumettre celui-ci à une loi permanente et inexorable. Voici le passage où il exprime cette idée avec éloquence :

« Lorsque le pays est gouverné par un homme saint, celui-ci n'attend pas que les hommes fassent le bien pour lui plaire, mais il fait en sorte que les hommes ne puissent faire le mal. S'il attendait que les hommes fissent le bien pour lui plaire, dans le territoire, on n'en compterait pas dix qui le feraient ; mais s'il fait en sorte que les hommes ne puissent faire le mal, alors, dans le pays tout entier, il peut obtenir ce résultat. Celui qui gouverne emploie ce qui est nombreux [adopte le général] et rejette ce qui est rare [néglige le particulier] ; c'est pourquoi il ne se préoccupe pas de la vertu, mais de la loi. S'il fallait attendre [qu'on eût trouvé] une tige qui fut droite naturellement, on ne ferait pas une flèche en cent générations ; si l'on attendait [qu'on eût trouvé] un bois naturellement rond, on ne ferait pas une roue en mille générations. Des tiges naturellement droites, des bois naturellement ronds, en cent générations, on n'en trouve pas une fois. Et cependant, depuis des générations, on monte dans des chars et l'on chasse avec l'arc. Comment cela ? C'est que l'art de redresser et de courber le bois a été appliqué. ^{p.55} Bien qu'il y ait [des cas dans lesquels] on n'ait pas à attendre de redresser et de courber [le bois], et qu'il existe des tiges naturellement droites et des bois naturellement ronds, le bon ouvrier n'en fait pas cas. Pourquoi ? Parce que ceux qui montent dans les chars, ce n'est pas qu'un seul homme ; ceux qui tirent à l'arc, ce n'est pas qu'un seul coup (il n'y aurait donc pas assez de chars ou de flèches pour tous les hommes). Le système qui consiste à ne pas s'en remettre aux récompenses et aux châtiments, mais à compter sur la bonté naturelle du peuple, le souverain avisé n'en fait pas cas. Pourquoi ? Parce que la loi d'un pays ne doit pas se perdre et ceux qui sont gouvernés, ce n'est pas qu'un seul homme (c'est-à-dire la loi a une existence objective et le souverain ne gouverne pas que pour un seul homme). C'est pourquoi le souverain qui a l'art [de gouverner] ne fait pas fonds sur le bien qui n'est qu'accidentel, mais se conduit d'après ce qui est permanent (c'est-à-dire la loi).... ».

*

**

Rapprochant ce dernier texte de celui de Confucius sur le gouvernement par la vertu, immobile comme l'Étoile Polaire, M. Hou Che ¹ note avec raison la grandeur de l'évolution accomplie en deux siècles dans la pensée juridique chinoise. Certes, à nos esprits d'Occidentaux, les théories de Han Fei peuvent

¹ *The Development of the Logical Method in Ancient China*, p. 175.

paraître autant de lieux communs non exempts de quelque naïveté. Mais que l'on veuille bien songer à l'empire qu'exerçaient sur l'âme chinoise les notions fondamentales que l'on connaît, que l'on veuille bien comprendre que, de nos jours même, les discours de Han Fei demeurent aussi étrangers que possible à la mentalité de la majorité des Chinois. Et l'on mesurera la portée de son rôle. Mais, précisément, parce qu'ils s'écartaient trop violemment des idées reçues, les Légistes n'ont obtenu qu'un succès fugitif ; ils « n'ont pas réussi à accréditer la notion de règle constante et la conception de la Loi souveraine »¹. Houan K'ouan nous a p.56 conservé le souvenir d'un débat officiel qui mit aux prises, dès le Ier siècle avant J-C., Légistes et Confucéens². A la fin du siècle suivant, Wang Tch'ong consacra un chapitre de son *Louen heng* à la réfutation de Han Fei tseu³. A toutes les époques, les lettrés l'ont honni pour ses attaques violentes contre leur secte et surtout parce qu'il est tenu pour responsable de la destruction de la littérature en 213 avant J-C. N'est-ce pas après la lecture du chap. *Wou tou*, dans lequel il énonce une suggestion de cet ordre, que Ts'in Che-houang-ti se serait écrié : « Oh ! si je pouvais seulement rencontrer cet homme ! Avec lui, j'irais jusqu'à la mort sans regret ! »⁴. On sait qu'ils se rencontrèrent, mais que Li Sseu, l'ancien condisciple de Han Fei, le fit mettre à mort et prit à son compte la tragédie de 213. Je suis tout à fait d'accord avec M. Duyvendak⁵ pour penser que l'école des Lois porte indirectement la responsabilité de cet acte.

Tout près de nous, un Leang Ki-tch'ao, révolutionnaire et réformateur⁶, n'a pas dissimulé son hostilité aux conceptions des Légistes et son attachement à la doctrine confucéenne de la loi⁷. L'on pourrait multiplier les exemples. En réalité, dans cette lutte entre la théorie du gouvernement par la conformité de l'ordre social à l'ordre de la nature et celle du gouvernement par la loi, — entre le *li* et le *fa* — c'est incontestablement la première qui l'a emporté, et cela dès les premiers temps des Han jusqu'à la fin du XIXe siècle. Nous verrons à la fin de cette Première Partie que, si les idées des Légistes ont inspiré la réforme législative qui se poursuit depuis plus de trente ans, un retour au confucéisme paraît actuellement désirable p.57 même aux esprits les

¹ GRANET, *Pensée chinoise*, p. 471.

² Dans le *Yen t'ie louen*. V. la trad. de M. ESSON M. GALE, *Discourses on Salt and Iron*, Leyden, 1931, chap. VII. pp. 40-49.

³ Ch XXXV. V. la trad. de A. FORKE, dans *Mitt. D. Sem. f. Orient. Sprachen*, 1908, I. Abt., pp. 42-55.

⁴ SE-MA TS'IEN, *Che ki*, chap. 63 (p. 4b, éd. 1878).

⁵ *Op. cit.*, p. 126.

⁶ Sur le rôle social, politique et littéraire de cet illustre lettré (1873-1929), V. ESCARRA et GERMAIN, *op. cit.*, pp. XXXIII et s ; PASCAL M. D'ELIA, s.j., *T'oung pao*, vol. XVIII, 1917, pp. 247-294.

⁷ *Op. cit.*, pp. 54 et s.

plus avancés. A ce point de vue, l'exemple cité plus haut ¹, et d'autres encore, qui seront indiqués ultérieurement, sont des plus significatifs.

Il reste cependant que l'école des Lois a exercé une forte influence sur la technique de la codification chinoise, je décrirai le rôle d'un Kong-souen Yang et d'un Li K'ouei dans l'élaboration des recueils sur la base desquels s'est édifiée la majestueuse lignée des codes impériaux ². Transformée par les Légistes et adaptée à leurs vues, la méthode de la « rectification des noms » est demeurée l'une des pièces de la logique juridique chinoise, avec les ramifications qu'elle projette dans le domaine de l'interprétation analogique ³. Enfin, les notions développées dans le Kouan tseu et les vues de Han Fei ont introduit, à côté des conceptions statiques du confucéisme, l'idée d'un dynamisme juridique qui a laissé des traces profondes sur la conception de l'État et du pouvoir impérial en Chine et, plus tard, au Japon. Il est possible que la Chine de l'avenir s'oriente vers une philosophie du droit qui réunirait, dans un harmonieux équilibre, à côté de ce que j'ai appelé les « notions fondamentales », les acquisitions dues aux penseurs de l'école des Lois. Une fois de plus, la Chine aurait trouvé dans son propre sol les matériaux qu'elle a cru trop souvent indispensable de faire venir du dehors.

@

¹ V. pp. 19-20.

² V. IIe Partie, chap. 1.

³ V. *supra*, p. 21-24, ce qui a été dit de la théorie de la rectification des noms chez Yin Wen tseu.

CHAPITRE III

SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT CHINOIS

@

p.58 Si l'on veut achever de pénétrer dans son essence la conception chinoise du droit, il reste à tenter une expérience instructive. Elle consiste à prendre les conclusions de la thèse de M. Gény, sur ce qu'il appelle « l'élaboration technique du droit positif » et à les transporter sur les résultats fournis par l'examen fait, d'un point de vue philosophique, dans les pages qui précèdent. C'est la « grille » qui permet de lire un texte chiffré. Je rappellerai très brièvement les idées de M. Gény ¹.

Il observe d'abord que l'activité des jurisconsultes oscille entre deux pôles, qu'il appelle le *donné* et le *construit*. Le passage où il énonce cette opinion vaut d'être cité.

« Tantôt, écrit-il ², il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale » ³, interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et, c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés p.59 propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme peut, ce semble, être qualifié le *construit*, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit ».

¹ V. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. ; préface de R. SALEILLES, Paris, 1919, et surtout *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914-1924. Du second de ces ouvrages, je retiens avant tout (tome III) l'étude magistrale des procédés de l'élaboration technique. — Cf. également les ouvrages traitant du problème du droit en général, de DUGUIT, HAURIOU, LAMBERT, LÉVY-ULLMANN, RIPERT, SENN, etc., ainsi que les *Archives de philosophie du droit*, publiées par l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique (v. supplément 1934 : *Le problème des sources du droit positif*).

² *Science et technique*, I, 1914, n° 33, p. 97.

³ Par opposition à la nature physique.

Cherchant ensuite à transposer la distinction précédente « en termes qui traduisent la différence de ses objets dans la diversité des modes d'élaboration qu'ils comportent », M. Gény suggère une séparation entre la *science* et la *technique*, l'une et l'autre bases fondamentales des deux méthodes divergentes de « l'élaboration juridique », l'élaboration scientifique « tendant essentiellement à constater les données de la nature et des faits », l'élaboration technique désignant le travail professionnel des jurisconsultes ¹.

Lorsqu'il aborde l'élaboration scientifique du droit positif², M. Gény traite dans son ampleur le problème du droit naturel : « Il s'agit..... de reconnaître, dans le vaste univers qui nous enveloppe, le *donné* total du droit positif, dégagé (autant que possible) de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme, par quelques puissances qu'il le puisse saisir, soit grâce à une recherche proprement scientifique, soit au moyen de forces plus obscures, telles qu'on les voudra désigner, subconscience, croyance, intuition, sentiment »³. Définissant les termes dégagés par une investigation du *donné*, ainsi conçu comme la matière première des efforts des jurisconsultes, M. Gény propose d'y reconnaître « quatre aspects principaux, qui nous présentent à la base de tout système juridique : des données *réelles* ou strictement naturelles, des données *historiques*, des données *rationnelles* et des données *idéales* ; toutes devant contribuer ensemble — chacune pour sa part et à sa façon — à suggérer les directions capitales du droit positif »⁴. Cette analyse est une des pièces essentielles de la théorie.

^{p.60} Je ne retracerai pas, d'après M. Gény, les caractéristiques des différentes données⁵, rappelant seulement ce qu'il dit du *donné historique*, qui ne consiste pas seulement, à l'image du *donné réel*, « en éléments matériels, bruts et, pour ainsi dire, passifs, de l'organisation juridique ; il contient, toutes formées, des règles d'ores et déjà suffisantes pour diriger les volontés des hommes et constituant, dès à présent, le droit postulé par la vie »⁶. Je ne parlerai pas non plus de la hiérarchie qu'il établit entre les divers « donnés », rappelant seulement que, d'après lui, ce qu'on peut demander au plus important d'entre eux, le *donné rationnel*, c'est « essentiellement une seule chose, la notion de justice qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale »⁷.

Les données objectives qui se dégagent de ces recherches de droit naturel et sont la condition de l'existence même du droit « ne peuvent fournir que des directives générales et vagues à l'ordre juridique positif. Les formules qu'on

¹ *Eod. loc.*, n° 34, p. 99.

² *Science et technique*, IIe Partie, 1915.

³ *Loc. cit.*, n° 161, p. 353.

⁴ *Eod. loc.*, n° 166, p. 371.

⁵ *Eod. loc.*, n° 167, 168, 169, 170, pp. 371-387.

⁶ *Eod. loc.*, n° 168, p. 376.

⁷ *Eod. loc.*, n° 171, p. 390.

en pourra tirer n'arrivent pas à saisir pleinement les faits, parfois même, n'offrent guère plus que des cadres vides. Il faudra donc, pour compléter et vivifier ces maigres résultats de la connaissance, recourir à l'action, à la pratique, impliquant une intervention plus décisive de la volonté »¹. Ceci est l'œuvre propre de l'élaboration technique, partie capitale de toute l'organisation positive du droit. Faisant un choix entre les instruments variés d'interprétation juridique qui répondent de plus ou moins près à la notion générale de la technique du droit, M. Gény relève :

- 1° l'emploi des sources formelles du droit positif ;
- 2° le procédé de réduction par simplification des éléments substantiels des règles juridiques ;
- 3° le formalisme proprement dit ;
- 4° le procédé des catégories ;
- 5° les procédés proprement intellectuels, aboutissant aux « constructions juridiques », par l'analyse et ^{p.61} l'agencement des concepts, qui se poursuivent sous une logique serrée ;
- 6° les moyens tirés de la terminologie et de la phraséologie, pour rendre plus fermes et plus adhérentes les idées, trop souvent inconsistantes et floues ;
- 7° les prescriptions et les fictions, visant à vaincre les difficultés, voire les impossibilités apparentes des faits, par la force du précepte juridique².

Au cours d'une longue suite de développements, M. Gény étudie ces procédés et les ramène, par diverses classifications, à un nombre plus restreint. L'ouvrage entier, qui n'est qu'une illustration de la lutte qui se poursuit entre le donné et le construit, entre le droit naturel et la loi positive écrite³, s'achève sur une conclusion qu'il convient de transcrire⁴ : Le donné, dit M. Gény, ne fournit que

« quelques directions générales et vagues, aux contours souples, d'une puissance féconde, qui, si elles sont en elles-mêmes supérieures aux volontés des hommes, ne les enserrent qu'en un cadre élastique, se révèlent par toutes les formes de la connaissance, y comprises l'intuition et la croyance, mais, en même temps, se prêtent peu aux développements et aux détails d'application concrète ; l'énergie de leur influence profonde étant contrebalancée par une faiblesse d'expression et de saisie effective des choses ».

¹ Eod. loc., n° 177, p. 421.

² Science et technique, IIIe partie, 1915, n° 195, p. 51.

³ V. IVe partie, 1924, chap. XXVIII, pp. 69-140.

⁴ Vol. IV, p. 143. — V. les conclusions générales de l'ouvrage, n° 302, pp. 144-153.

*
* *

Partant du résumé présenté ci-dessus, il s'agit d'en rapprocher les propositions des données fournies par le droit chinois. L'expérience doit débiter avec les résultats de l'élaboration technique et la série des instruments d'interprétation juridique énumérés par M. Gény. Je serai très bref pour certains d'entre eux. p.62

a) Que dire, par exemple, de l'emploi des sources formelles du droit positif ? On verra, dans les chapitres suivants, l'importance respective qu'ont eue, en Chine, la loi écrite, la coutume, l'autorité (jurisprudence, doctrine), la tradition. Mais les oppositions établies par M. Gény entre ces diverses sources, le rôle de la coutume en face de la loi ¹, la valeur technique de cette dernière, toutes ces données réagissent peu au contact des faits chinois. La loi écrite, en soi, offre normalement l'exemple d'une volonté, manifestée en des formes plus ou moins arbitraires, et qui crée catégoriquement « le précepte devant s'imposer sans discussion possible de son bien-fondé » ². On sait dans quelle faible mesure la loi chinoise répond à cette définition. De même, apparaît étrangère à la mentalité chinoise la conception romano-canonique de la coutume. Ce qui est vrai est que, nécessairement, la coutume garde en Chine un rôle prépondérant parce qu'elle renferme tous les éléments de cette conception traditionnelle du droit qui a été décrite plus haut. De même encore, l'interprétation de la loi écrite ne semble en aucune manière répondre aux exigences exposées par M. Gény ³. Je ne puis qu'esquisser ces propositions.

b) J'en ferai autant pour l'examen des procédés plastiques de la technique juridique, et spécialement du formalisme proprement dit. Je ne puis cependant omettre d'observer combien il est remarquable que la législation chinoise traditionnelle, pourtant d'un caractère archaïque prononcé, soit apparemment indifférente au formalisme, caractéristique des systèmes de droit très anciens. L'on n'y trouve point de ces formules qu'il faut répéter mot pour mot, comme dans le haut droit romain, sous peine de n'obtenir aucun résultat. Mais il a toujours existé ce qu'on peut appeler un formalisme extra-juridique. L'attitude, le rituel, le protocole, l'emploi des termes appropriés, l'observance des jours fastes et néfastes, tout a joué — et continue de jouer — un rôle difficilement p.63 soupçonné des Occidentaux, et dont la loi positive n'offre que de faibles traces. Et, de tous temps, l'importance des gestes rituels l'a emporté sur celle des prétentions qu'il s'agit de faire valoir, ce qui est un signe d'archaïsme. L'étude d'un ouvrage tel que le *Tso tchouan* serait, à ce point de vue, singulièrement féconde. De fait, le droit chinois, reposant sur les notions d'ordre, de hiérarchie, d'efficacité, est imprégné de formalisme dans

¹ Développé surtout dans *Méthode d'interprétation* etc., n° 91-154.

² *Science et technique*, III, n° 99, p. 82.

³ *Eod. loc.*, n° 201, pp. 91-92.

la mesure où ces notions elles-mêmes trouvent dans le formalisme leur base et leur réalisation.

c) Le procédé des « catégories réelles »¹, qui a joué un rôle capital dans l'organisation juridique romaine, n'a pratiquement rien donné en droit chinois. C'est là un des points qui, sous la « grille », demeurent masqués. On ne saurait s'en étonner si l'on a présent à l'esprit ce fait que les notions abstraites, les concepts dégagés des faits, sont à peu près étrangers aux principes directeurs de la mentalité chinoise. Ni les catégories spécifiques, ni la catégorie générique des contrats, par exemple², ne sont familières aux juristes chinois, même à ceux qui ont reçu une éducation juridique occidentale. Elles restent entièrement étrangères aux juristes de l'époque impériale. Cette absence d'un élément technique si essentiel à nos yeux est un trait marquant de l'opposition entre l'Extrême-Orient et l'Occident dans le domaine du droit³.

d) Une étude à faire serait l'examen du rôle qu'ont pu jouer en droit chinois les procédés intellectuels, concepts, présomptions, fictions. En ce qui touche les concepts, nous savons déjà qu'il faut enregistrer leur absence à peu près complète, ce qui explique, on l'a vu, l'inexistence des p.64 catégories réelles, lesquelles reposent sur ces éléments primordiaux de toute armature juridique. Un juriste chinois, par exemple, ne raisonne pas sur le concept de « sujet de droit », base lui-même de la théorie de la personnalité morale. Et, lorsqu'il connaît cette notion, il ne l'utilise que comme un moyen purement artificiel de l'élaboration juridique, n'hésitant pas, du reste, à en tirer des conséquences contradictoires⁴. La tournure d'esprit des Chinois les entraînerait plutôt vers une conception telle que celle de patrimoine d'affectation.

On sait comment la distinction traditionnelle du droit réel et du droit de créance a fait l'objet, en France, dans ces dernières années, de travaux critiques tendant à en réduire singulièrement la portée⁵. On peut assurément noter qu'en Chine cette distinction n'a jamais été entrevue comme dérivant de la nature des choses et que, sur le terrain du donné, elle est demeurée

¹ *Eod. loc.*, n° 207, pp. 124 et s.

² *Eod. loc.*, n° 213, p. 168.

³ On peut relever, entre autres, pour le droit chinois ancien, l'absence de distinction entre le *tien tang* (sorte d'antichrèse) et le *houo mai* (vente à réméré) ; — la confusion reposant sur l'analogie des situations apparentes ; — la confusion entre l'erreur, *wou*, et la faute, *kouo che* (V. CHEN KIA-PEN, *Ki yi wen ts'ouen*, L. 3, pp. 20b et s.) ; — les particularités du régime des alluvions, *tchang ti*, dans lequel l'accession ne joue aucun rôle comme titre d'acquisition ; — l'inexistence, jusqu'à une époque toute récente, de la prescription, sauf dans certaines régions ; — l'illogisme — à nos yeux d'Occidentaux — de certaines constructions en matière de société, etc.

⁴ V. par exemple, en matière de société *ho houo*, *Recueil des Sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de Chine*, note 77, pp. 127 et s.

⁵ V. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911, pp. 405 et s. — Discussion dans GÉNY, *op. cit.*, pp. 236 et s.

étrangère à la mentalité juridique du pays. Ici encore, les notions d'ordre, de hiérarchie et de subordination sont intervenues pour fixer, d'une manière toute rituelle, aussi bien la nature et l'étendue des divers rapports de droit, que la portée de la notion de l'autonomie de la volonté, à l'extension de laquelle on a justement rattaché l'effacement de la distinction traditionnelle¹.

Chose étrange, bien que les présomptions et les fictions ne soient que des procédés complémentaires de celui de concept, ils semblent beaucoup plus familiers à la conscience juridique chinoise. Et c'est bien là qu'on vérifie cette observation, que des procédés de ce genre touchent à la substance du droit dans ses manifestations même rudimentaires et ont, pour ainsi dire, un caractère d'universalité. « Le juge primitif, écrit Gény, ayant à dirimer les litiges d'après les seules inspirations de l'équité, en subit irrésistiblement l'attrait »². On ne doit donc^{p.65} pas s'étonner que les présomptions aient toujours été fort nombreuses dans la technique juridique et législative de la Chine. Aussi bien, répondent-elles à ces notions d'ordre et de conformisme dont on sait le rôle. Ce n'est pas ici le lieu de rechercher des exemples de cet emploi des présomptions. Ils sont multiples. Mais je ne veux pas omettre de signaler l'extraordinaire développement qu'elles ont acquis dans la matière des preuves, au point de reléguer au second plan, voire de rendre irrecevables, les modes de preuve directs. Du reste, la valeur quasi-superstitieuse attachée aux présomptions est un trait d'archaïsme³, et qui a marqué le droit chinois jusqu'à l'époque la plus récente. Méfiance à l'égard de la preuve formelle, scepticisme envers le témoignage, méfiance quelque peu magique des manifestations extérieures qui ne sauraient provenir que de réactions de l'ordre naturel ou de l'ordre divin (génies, esprits, etc.), paresse d'esprit des juges qui recherchent volontiers ce qui les mettra à couvert, en les dispensant de peser, d'apprécier, et en leur donnant l'illusion d'avoir sous les yeux la vérité révélée, il y a de tout cela dans la fortune qu'ont eue les présomptions légales en droit chinois. La part revenant à chaque élément ferait un curieux objet de recherches.

On peut en dire autant des fictions. Celles-ci également ont été connues du droit chinois, peut-être sous l'influence de considérations rituelles⁴. Aussi bien, dans un système juridique qui comportait, au nombre de ses sources formelles, des dispositions de style indéfiniment maintenues, l'adaptation aux circonstances de textes de ce genre, *lu*, exige nécessairement la promulgation de textes complémentaires, *li*, dans l'élaboration desquels les fictions ont un rôle à jouer. On peut du reste observer que l'emploi des fictions offre un lien

¹ GÉNY, *eod. loc.*, p. 238.

² *Eod. loc.*, p. 267.

³ Je fais allusion aux prescriptions de l'ancienne procédure chinoise sur les déductions obligatoires à tirer par le juge de certaines constatations, ou à celles sur l'interprétation automatique de l'attitude (regards, gestes, teint, son de la voix, etc.) de l'accusé.

⁴ C'est le cas, entre autres, de certaines fictions en matière d'institution d'héritier, telle que l'institution dite *hiu ming tai ki*. V. *Recueil des Sommaires etc., cit.*, note 272, p. 359.

évident avec le ^{p.66} procédé de l'analogie qui a été le point culminant du raisonnement juridique chinois ¹.

e) Je signalerai enfin le parti que l'on pourrait tirer d'une étude du langage chinois comme instrument de la technique juridique ².

On sait déjà ce que le raisonnement chinois doit à la théorie de la « rectification des noms ». Il faut noter que, dans la terminologie du droit ancien, régnait une extrême précision, partiellement fondée sur la notion qu'un caractère évoque exactement une situation juridique et non une autre, par exemple, un certain rapport de famille auquel sont attachés des effets très précis. A cet égard, le rôle « pictorial » des caractères, à la fois évocateur et créateur des réalités qu'ils représentent, l'importance — souvent excessive — attribuée par les lexicographes chinois aux étymologies ³, tout ce qui constitue la physionomie propre de la langue chinoise et explique le parti qu'on en peut tirer dans les études sinologiques ⁴, tout cela s'unit pour accentuer l'importance de la terminologie et de la phraséologie en tant que procédés techniques d'élaboration du droit positif chinois. Je dois dire que si l'ancien droit révélait, à ce point de vue, un remarquable souci de précision, le droit moderne n'offre jusqu'ici qu'un médiocre objet d'étude, avec ses expressions qui ne sont trop souvent que des adaptations, voire des traductions de termes étrangers, eux-mêmes parfois reproduits d'une adaptation japonaise.

Je ne puis enfin que rappeler, pour y insister une dernière fois, les caractéristiques de la logique traditionnelle ⁵ et leur influence dans le domaine du droit. ^{p.67} Indifférence aux principes de causalité et de contradiction, rareté de la déduction syllogistique, emploi fréquent du sorite, prépondérance donnée à l'analogie sur tout autre procédé de raisonnement, tous ces traits et d'autres encore permettent d'expliquer bien des aspects curieux, et pour nous étranges, du droit positif de la Chine. Ici encore, il y aurait le point de départ d'une étude approfondie. Par exemple, dans le sorite dont les divers membres progressent à l'aide d'une particule telle que *tsö*, ou autres, on voit une notation de rapports entre une série de conditions objectives ; l'attribut du dernier jugement devant convenir au sujet du premier, le nombre des termes en relation est indéterminé et dépend de la nature des choses. Procédé de

¹ Ce fait est sensible, par exemple, dans la fiction qui fait regarder comme une bru veuve la jeune fille qui a vécu dans la maison des parents de son fiancé et dont le fiancé est décédé. V. *Rec. des Somm., cit.*, note 181, p. 293.

² Sur le problème général, v. GÉNY, *op. cit.*, pp. 448 et s.

³ Je rappellerai le parti qu'ont tiré les lettrés et les juristes chinois de l'étymologie du caractère *fa* (v. *supra*, note 25, p. 16). L'ancien droit romain a connu de pareilles préoccupations, leur donnant même une portée plus grande. V. à ce sujet IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenacre, 1886-1888, III, par. 49, pp. 142 et s. — V. également I, p. 219, note 265, ce qui est dit sur *Διχί, Διχαιος, Jugum, Jus*, etc.

⁴ V. les études de KARLGREN, citées *supra*, note 38, p. 21.

⁵ Je vise surtout la logique confucéenne, non encore influencée par les apports de Mo Ti, des Sophistes, du Bouddhisme.

raisonnement admirablement adapté à un esprit rebelle aux concepts abstraits et qui ne se représente que le tangible. Procédé permettant des finesses d'équilibre, de rythme, de symétrie, voire d'assonance, auxquelles l'esprit chinois est sensible, mais procédé peu adapté au travail de construction sur des concepts qui est à la base du droit occidental. De même, l'exagération du caractère concret des solutions est une barrière à l'esprit de généralisation, de réduction à l'unité. En fait, surtout en matière strictement pénale, il y a eu peu d'efforts faits pour dégager les éléments constitutifs d'une même infraction à travers les modifications accidentelles qu'elle peut subir du fait des circonstances extérieures. En revanche, un grand travail a été accompli pour cataloguer des séries de manifestations d'une infraction au fond unique, mais que leur variété conduisait les juristes chinois à regarder comme autant d'infractions différentes.

D'autre part, l'emploi du raisonnement analogique a été favorisé par la doctrine chinoise du rétablissement de l'ordre naturel troublé. Dans tous les systèmes de droit, quand il s'agit de dispositions pénales, l'interprétation restrictive est traditionnelle. Tout doute doit bénéficier à l'accusé. Et seule tombe sous la répression l'infraction dont les éléments constitutifs sont précisément ceux qui ont été déterminés par le texte.

Cette règle n'a jamais été appliquée dans l'ancien droit chinois. Le rôle du juge consistait, non pas à écarter^{p.68} toute incrimination qui ne cadrerait pas avec les termes exacts de la loi, mais au contraire à tenter de soumettre aux dispositions répressives afférentes à l'infraction la plus voisine le fait qui lui paraissait punissable. Aussi bien, dans les codes dynastiques, depuis celui des T'ang (654 ap. J.-C.), sont contenus deux curieux textes qui attestent la volonté du législateur de ne rien laisser d'impuni. Dans le code de la dernière dynastie, le *Ta Ts'ing hien hing hing lu*, éd. de 1910, ces textes figurent dans les sections 9, *Wei ling*, et 10, *Pou ying wei*, du livre XXVI. Aux termes de la première section, était puni de la peine du cinquième degré quiconque transgressait un ordre (non sanctionné par une loi). Aux termes de la seconde, quiconque tenait une conduite blâmable (mot à mot : faisait ce qui ne devait pas être fait), sans toutefois, dit le commentaire, que cet acte fût formellement prohibé par un texte, était puni de la peine du quatrième degré et, en cas d'infraction grave, de la peine du huitième degré. Ainsi le législateur était-il sûr de ne rien laisser passer qui pût troubler l'ordre naturel. Mais il est évident que le juge se trouvait de ce fait entraîné à pratiquer une méthode d'interprétation analogique, *lei t'ouei kiai che*, dont est demeurée imprégnée la jurisprudence des tribunaux chinois. Et c'est assurément un procédé légitime d'interprétation, sauf, précisément — d'après les conceptions d'Occident — en matière pénale¹. Au surplus, la technique de cette méthode

¹ Un recul remarquable des conceptions gréco-romaines est attesté par le récent décret du gouvernement national-socialiste allemand modifiant l'art. 2 du Code pénal de manière à permettre au juge de punir même en l'absence d'un texte, lorsqu'il estime que la sanction est exigée par le bon sens ou la morale.

exige un certain nombre de précautions et n'est admissible que sous certaines conditions ¹.

@

¹ Les unes et les autres dégagées par GÉNY avec beaucoup de pénétration. V. surtout *Méthode d'interprétation*, I, pp. 304 et s. — Les pages qui précèdent constituent le schéma d'une étude que j'ai annoncée dès 1925, mais que d'autres, plus qualifiés, écriront.

CHAPITRE IV

L'ESPRIT DU DROIT CHINOIS

@

^{p.69} L'exposé qui vient d'être fait des notions fondamentales chinoises en matière de droit, des conceptions propres aux Légistes et du rôle respectif de la science et de la technique en droit chinois, conduit à présenter diverses remarques destinées à servir de conclusion d'ensemble à cette Première Partie de mes recherches.

I. — Le point de départ de cette conclusion me paraît être offert par la citation suivante, dans laquelle M. Gény caractérise le rôle des procédés intellectuels dans la technique du droit :

« Les règles du droit, se dégageant des réalités sociales, sous l'empire du principe de justice qui domine tout le monde moral, ne doivent, en principe, être coulées dans le moule des procédés intellectuels qu'en tant que ceux-ci sont nécessaires pour donner à ces directions de la vie une formule capable d'entraîner des volontés intelligentes. Et, moins les éléments artificiels de la pensée s'interposeront entre l'homme et la vie, plus efficace sera l'action des préceptes. De sorte que la réalisation idéale du droit tend à l'extrême réduction et jusqu'à l'effacement des constructions pures de l'esprit » ¹.

Ces lignes s'appliquent d'une manière saisissante au système juridique de la Chine. Aucun n'a probablement approché de plus près cette « réalisation idéale du droit » par « l'extrême réduction » des constructions pures de l'esprit. C'est un système dans lequel le *donné*, sous ses diverses formes, excède largement le *construit*. Et s'il est vrai que le *construit* ², œuvre de volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive à augmenter peu à peu la somme du *donné*, ce travail, en Chine, n'a été fait que dans des limites restreintes. C'est peut-être au temps de l'école des Lois que le plus grand effort a été fait en ce sens. On a vu que cet effort n'avait pas eu de lendemain.

2. — ^{p.70} La notion de loi n'a pu se développer en Chine, car les Chinois n'ont pas en réalité conçu l'idée de loi, mais celle de *modèle*, et ils préférèrent naturellement celle-ci à celle-là. M. Granet a insisté sur ce point ³. Rapprochée

¹ *Science et technique*, III, n° 227.

² GÉNY, *op. cit.*, I, n° 33. p. 97 *in fine*.

³ *Pensée chinoise*, pp. 338, 341, 416, 586, 590. [css : les paginations citées sont différentes de celles du volume publié par *les Classiques*. Rechercher 'inconditionnel', 'modèle']

de la citation de Géný, celle que j'emprunte à la *Pensée chinoise* prend une valeur fondamentale :

« Cette entente des choses et des hommes est un souple régime d'interdépendances et de solidarités qui jamais ne saurait reposer sur des *prescriptions inconditionnelles* : sur des Lois. Le prestige du concret, le sentiment de l'occasionnel sont trop puissants, l'ordre humain et l'ordre naturel paraissent trop étroitement solidaires pour que le principe de tout ordre puisse être doué d'un caractère d'obligation ou de nécessité..... La loi, l'abstrait, l'inconditionnel sont exclus — l'Univers est un, tant de la société que de la nature. De là, la haine tenace qu'ont excitée les Légistes et aussi les dialecticiens. De là, le mépris de tout ce qui suppose l'uniformité, de tout ce qui permettrait induction, déduction, une forme quelconque de raisonnement ou de calcul contraignant. Dans l'idée de *règle*, on ne veut guère voir que l'idée de modèle. La notion chinoise de l'*Ordre* exclut, sous tous ses aspects, l'idée de *Loi* »¹.

3. — Le droit, en Chine, d'après les notions traditionnelles, ne se différencie pas de la morale. Il n'est que la mise en œuvre de cette morale. Celle-ci suffit en tant que critérium de répression, le châtement n'étant qu'un succédané du rite, *li*, qui, normalement, doit avoir la prééminence. Si, ailleurs, les règles morales n'interviennent que pour compléter la force des préceptes juridiques, en Chine, les préceptes juridiques n'interviennent que pour compléter la force des règles morales. Dans l'obligation civile, la règle morale est tout². Les théories anciennes demeurent donc valables aujourd'hui comme hier. Le dynamisme juridique est à peu près inconnu à la mentalité chinoise traditionnelle.

4. —^{p.71} Dans une telle conception, il n'y a place que pour la loi pénale, et cela pour diverses raisons. L'une est l'origine militaire et extérieure du droit, employé tout d'abord contre les Barbares. A la promulgation des codes, acte qui s'est fait d'abord au cours d'expéditions dans les marches où vivent les Barbares, c'est-à-dire les individus exclus de la civilisation chinoise, s'attache une idée de prestige, de hiérarchie, de commandement. Établir un code était un acte de lèse-majesté. Le caractère *pi* désigne à la fois la peine, le code et le chef.

A ce point de vue, peu de faits sont plus significatifs que celui qui est rapporté dans le *Tso tchouan*, 6^e année Tch'ao³. Tseu-tch'an, ministre de Tcheng, ayant fait fondre des chaudières pour y graver un code pénal (536 av. J-C.), Chou-hiang lui écrivit une lettre de reproches dans laquelle on relève

¹ *Op. cit.*, pp. 589-590.

² Sur les manifestations de cette conception en droit français, v. G. RIPERT, *La règle morale dans l'obligation civile*, 3^e éd., Paris, 1935.

³ LEGGE, p. 609. [COUVREUR, III, 116]

aussi bien une critique de l'atteinte portée au prestige du chef par la confection d'un code, que le regret de voir fixer des lois pour régler ce qui ne doit dépendre que de l'observation de l'ordre naturel :

« D'abord, dit Chou-hiang, je vous ai considéré comme mon modèle, mais désormais j'ai cessé de le faire. Les anciens souverains délibéraient sur les circonstances pour décider [sur la punition des crimes] ; ils ne faisaient pas de codes criminels, dans la crainte que cela ne fit naître l'esprit processif chez le peuple. Mais, en revanche, comme les crimes ne pouvaient être empêchés, ils dressaient contre eux, pour leurs sujets, la barrière de la justice ; ils s'efforçaient d'amener leurs sujets à se conformer tous à leur propre rectitude ; ils leur donnaient l'exemple de la pratique des rites, du maintien de la bonne foi et ils les traitaient avec humanité Lorsque le peuple sait qu'il y a des codes, *pi*, alors il ne demeure pas dans la crainte respectueuse de ses supérieurs. Les gens acquièrent aussi un esprit processif et font appel à la lettre des textes, espérant que, par hasard, ils réussiront dans leur argumentation. On ne peut plus continuer à les gouverner. Les Hia eurent un gouvernement en désordre, et l'on établit les peines de Yu ; les Chang eurent un gouvernement en ^{p.72} désordre, et l'on établit les peines de T'ang ; les Tcheou eurent un gouvernement en désordre, et l'on établit le Livre des Neuf Châtiments. La confection de ces trois codes atteste que chacune de ces périodes a été une période de décadence. Et maintenant, dans votre administration de Tcheng,.... vous avez imaginé une imitation de ces codes, faisant graver dans le bronze le texte des peines ; ne sera-t-il pas difficile de tenir le peuple en repos, comme vous souhaitez le faire ? En de telles circonstances, quel besoin y a-t-il d'un code? Une fois que les gens connaîtront les raisons qu'ils ont de plaider, ils rejeteront les rites et feront appel à vos textes. Ils passeront leur temps à plaider sur des points aussi ténus que la pointe d'une alène ou d'un couteau. Les procès se multiplieront d'une manière désordonnée et la concussion se répandra largement. Tcheng ira vers la ruine, dans les temps qui suivront le vôtre. J'ai entendu dire : « Quand un État est sur le point de périr, les réglementations s'y multiplient ». Est-ce là ce que signifie votre conduite ? »

A Tsin, en 513 av. J-C. ¹, Tchao-yang fit également graver sur des chaudières de fer les lois pénales édictées par le ministre Fan Siuan-tseu. La tradition rapporte que Confucius le déplora, disant :

« Puisque ces règles (celles des anciens souverains) sont maintenant abandonnées et que, pour les remplacer, on fait fondre des chaudières pour y graver des lois pénales, le peuple étudiera ce

¹ *Tso tchouan*, 29^e année Tchao ; LEGGE, p. 732. [COUVREUR, III, 455]

qui sera écrit sur les chaudières et ne se souciera plus de rendre honneur à ses supérieurs »¹.

Il aurait ajouté que les lois de Fan Siuan-tseu, édictées lors des chasses de printemps, avaient été motivées par le caractère exceptionnel des troubles de Tsin. Ce qu'il blâmait, c'était d'avoir fait de ces lois des dispositions normales. Là était la faute².

^{p.73} En second lieu, la loi est avant tout pénale, parce qu'il faut *intimider* ceux qui sont incapables d'observer l'ordre naturel. Elle est même parfois d'une effroyable barbarie, ce qui ne signifie nullement que les peines atroces complaisamment énumérées dans les anciens codes aient été rigoureusement appliquées³.

C'est là aussi la raison pour laquelle les peines ont été, à l'origine, considérées comme ayant d'abord une efficacité symbolique. A l'époque semi-légitime de T'ang Yu (Yao et Chouen), les « cinq châtimens » se seraient alors manifestés par de simples changements de couleur et de forme dans le vêtement des criminels, changements emportant une notion d'infamie, *louan*. Par exemple, un bonnet noir remplace l'incision au visage ; un vêtement pourpre, l'amputation du nez ; des dessins noirs sur les pieds, l'amputation des pieds ; des souliers de paille, la castration ; une robe sans col, la décapitation. C'est ce qu'on appelle : tracer des symboles, *houa siang*⁴.

¹ M. GRANET traduit (*Pensée chinoise*, p. 462) : « Est-ce qu'ils (les gens) continueront d'honorer les nobles ? » — Sur les chaudières et leur signification au point de vue politique et juridique, v. GRANET, *op. cit.*, p. 464, et *Danses et légendes*, p. 491.

² Comparer l'attitude de Confucius à propos des procès dans *Louen yu*, XII, 13 ; LEGGE, p. 257.

³ La cruauté des « supplices chinois » ne paraît pas avoir sensiblement dépassé celle des peines qu'ont connues toutes les civilisations antiques et l'Europe elle-même jusqu'à une époque relativement peu éloignée. Il se peut aussi que l'opinion traditionnelle en cette matière ait été plus ou moins influencée par l'imaginaire représentant les supplices de l'enfer bouddhique. En fait, sans parler de la théorie légale du rachat des peines, il semble que l'application effective de la plus cruelle des peines reconnues par les dernières éditions du *Ta Ts'ing lu li* — avant les réformes de la fin de l'empire —, à savoir la peine *ling tch'e* (démembrement du condamné vivant), ait été rare et écartée ou mitigée le plus souvent de diverses manières (v. sur ce point E. ALABASTER, *Notes and commentaries on Chinese Criminal Law*, p. 57).

⁴ V. à ce sujet CHEN KIA-PEN, *Li tai hing fa k'ao*, I, *Siang hing*, p. 1a. — M. TONG K'ANG, *Je pen kiang yen lou*, chap. *Tch'ouen ts'ieou hing tche k'ao*, pp. 26-29, traite en détail cette curieuse question des peines symboliques, dont l'aspect légendaire exigerait une mise au point, et donne (p. 28) un tableau comparatif de la nature de ces peines dans le *Chen tseu*, mis sous le nom du légiste Chen Tao, le *Siun tseu*, le *Po hou t'ong* de Pan-Kou et le chap. *hing fa tche* de l'Histoire des Tsin. — C'est seulement la dynastie Hia (XXIII-XVIIe siècle av. J-C.), dont la vertu (l'Efficace) aurait été moindre que celle des souverains antérieurs, qui aurait créé, la première, les cinq châtimens sous la forme de peines corporelles, *jou hing*. Ce sont les peines dites de Yu.

L'institution de la peine réformatrice dite de la « Belle pierre », *kia che*¹, peut être rattachée dans une certaine mesure à une conception analogue.

p.74 En outre, étant donné que la rareté dans l'application des peines est l'indice d'un bon gouvernement — d'un gouvernement qui a le prestige et l'efficace suffisants pour maintenir l'ordre naturel — on s'est préoccupé de tempérer la sévérité nominale des châtiments par une application assez humaine, assez « individualisée », dirions-nous. Et ceci explique ce véritable génie qu'ont eu les criminalistes chinois, créateurs subtils et raffinés de toutes les théories pénales, depuis l'analyse casuistique de l'intention jusqu'à l'appréciation de la « témibilité », en passant par la complicité, les excuses, les circonstances atténuantes, la récidive, le cumul d'infractions, etc.

Enfin, la loi n'étant qu'un modèle, un modèle dont on demande à l'individu de s'approcher le plus possible sans toutefois exiger qu'il s'y conforme intégralement, la sanction, par sa sévérité voulue, garde un caractère idéal et théorique. Du reste, c'est un fait assez général que les dispositions légales contenues dans les codes sont le plus souvent nominales, on ne les applique pas. Non seulement un bon nombre de ces dispositions sont données seulement à titre de modèles, mais nombre d'entre elles proviennent directement des lois les plus anciennes et ne sont plus en harmonie avec les conditions actuelles. Cependant, on les insère et on les conserve dans les codes dynastiques successifs. Pourquoi ? Dans sa préface à la révision du *Ta Ming houei tien* prescrite par Tcheng-tö en 1509, — Li Tong-yang disait :

« Ce qui est bon [en soi], actuellement, bien qu'on ne l'applique pas, on l'écrit aussi », *kin tche hi tchö, souei ts'in yi chou*.

— « On garde les règles des ancêtres par respect, on n'ose pas les critiquer, et on conserve les faits et exemples de l'antiquité pour servir de modèles. Ce qui est dans le code n'est pas forcément en vigueur. C'est pourquoi les faits ne sont pas conformes à la loi et l'on ne peut corriger [les différences]. L'habitude, en Chine, est de discuter sur des chimères, *tsao kong tche louen* ; on ne recherche pas l'exactitude »².

¹ Cette peine aurait eu simple valeur de réprimande. La « Belle pierre » était une pierre veinée placée à gauche de la porte de la salle de l'audience extérieure, sous la surveillance des prévôts de l'audience impériale. Ceux-ci font asseoir le coupable sur la pierre pour l'humilier. On pense que l'individu vicieux s'amendera en contemplant la symétrie des veines de la pierre, image de l'ordre naturel. A ce sujet, le *Tcheou li* s'exprime ainsi : *yi kia che p'ing pa min*, « par la belle pierre, on rectifie les hommes démoralisés ». (*Tcheou li*, trad. Éd. Biot, I, p. 302, note 4 ; II, p. 311, note 9, pp. 312, 348).

² WANG TCHEN-SIEN, *Tchong kouo kou tai fa li hio*, Principes juridiques de l'antiquité chinoise, Chang-haï, 1925, p. 5. — Un auteur japonais ASAI (TORAI), dans son « Histoire de l'évolution de la codification chinoise », *Tchong kouo fa tien pien ts'ouan yen ko che*, trad. Tch'en Tch'ong-ming, dit que, dans le *T'ang lu chou yi* (code des T'ang), il y a de nombreuses dispositions concernant les infractions passibles de la peine de mort et les modes

5. — La grande masse des dispositions légales intéresse exclusivement ce que nous appellerions le droit public (pénal et administratif) ; le droit privé est réduit à un nombre insignifiant de textes, qui ne sont maintenus qu'à raison de l'importance qu'ils offrent pour l'ordre public et l'État. En matière de droit de famille, les textes des codes dynastiques (généralement venus des rituels) concernent le mariage, la répudiation, l'institution d'héritier ; — en matière de droit des biens, ils visent la propriété et le nantissement immobilier ; — en matière de droit des obligations, ils traitent de la vente et du prêt à intérêt. Encore sont-ils de caractère aussi général que possible, s'abstenant d'entrer dans les détails. Les auteurs chinois affirment que cette rareté des dispositions de droit privé tient à ce que les codifications anciennes sont faites uniquement pour le prince, pour l'État, et que le droit du prince l'emporte sur tout le reste ; la notion même que le peuple puisse avoir des droits est inconnue de l'ancienne codification impériale. Telle est, par exemple, l'opinion de Houang Tsong-hi¹. Le droit, *fa*, dit cet^{p.76} auteur, ne doit pas consister dans une multiplicité de règlements tendant à protéger le bien personnel du prince. Redouter un homme que l'on emploie, le faire surveiller par un autre, craindre les effets d'une loi qu'on édicte, en promulguer une autre pour affermir la première, appeler ceci *fa*, c'est un non-sens. Ce qui est sous le ciel est chose publique² et non la chose privée du prince. La loi consiste donc, pour le prince, à répartir les terres, à les faire cultiver pour nourrir et vêtir le peuple, à ouvrir des écoles pour l'instruire, à établir le mariage pour empêcher les relations irrégulières, à entretenir une forte armée pour éviter les troubles, en un mot à régler la vie de tout le peuple et à protéger le bien commun. Des vues semblables se retrouvent chez Wang Tchen-sien³. Elles ont enfin été affirmées avec une grande force par M. Hu Han-min, en octobre 1928, dans son discours d'inauguration du *Li fa yuan*⁴.

d'exécution de la peine. Cependant, cette réglementation n'aurait jamais été en vigueur à l'époque des T'ang.

¹ HOUANG TSONG-HI (*tseu* : Li-tcheou) vivait à la fin des Ming et au début des Ts'ing (1609-1695). Nationaliste, il s'était montré très hostile aux usurpateurs mandchous, rassemblant même une armée pour leur résister. Ses idées démocratiques lui avaient été inspirées par son mépris du régime. Sa thèse consiste dans la justification du gouvernement légal opposé au gouvernement personnel. Il est, à certains égards, un Légiste, mais s'en tient à l'opposition orthodoxe entre les lois des premières dynasties et celles de Ts'in, de Han, de Song, faites exclusivement dans l'intérêt personnel du souverain. Vers la fin des Ts'ing, ses idées démocratiques avaient beaucoup séduit les étudiants des premières universités modernes ; ils y trouvaient des mots d'ordre contre le gouvernement. V. la préface d'un de ces étudiants, M. Hiu Siao-t'ien, à la 2^e éd. (Chang-haï, 1928) des extraits des œuvres de HOUANG LI-TCHEOU : *Houang Li-tcheou tsi* ; la partie à consulter spécialement est le livre I : *Ming yi tai fang lou*, chap. 3, *Yuan fa*. Une édition séparée de ce livre a été faite en 1925, à Chang-haï, par la maison Leang k'i t'ou chou kouan, avec une préface de M. Hou Che et une excellente étude critique de M. Lo King. Je cite d'après cette édition.

² *T'ien hia wei kong (Li ki)*.

³ *Op. cit.*, pp. 4-8.

⁴ V. *Li fa tchouan k'an*, vol. I, pp. 4 et s.

A la vérité, ces vues sont surtout inspirées d'un esprit polémiste. La rareté des dispositions légales de droit privé, en Chine, s'explique avant tout par le fait que les seuls « modèles » qui intéressent l'ordre universel sont évidemment ceux qui correspondent à des institutions regardées comme essentielles pour le maintien de cet ordre. Un mariage selon les règles, une institution d'héritier correcte importent à l'ordre universel. Mais non une vente, une location, un contrat quelconque. C'est ici le domaine infini de la coutume, de l'usage, de l'accord privé, sous l'autorité des innombrables traditions établies par ces collectivités dans l'orbite desquelles évolue forcément, en Chine, tout individu : clan, famille, guilde, village, etc. Et ces collectivités elles-mêmes cherchent avant tout à réaliser ce qui est conforme au sentiment des distinctions sociales, *yi*, à la justice, à l'équité, non par des principes de droit rigides, mais par cette procédure souple et nuancée de concessions, d'arrangements, de compromis, toutes choses exprimées par la notion incluse dans le caractère *jang*, céder, notion dont on a vu plus haut l'importance.

6. — ^{p.77} Par suite des particularités inhérentes à la langue et à la logique chinoises, la loi est avant tout — à côté de quelques grands principes moraux — une discrimination non systématique de cas concrets. Il n'y a pas, ou presque pas, d'essais de réduction à l'unité. Au surplus, les *li*, c'est-à-dire les dispositions ajoutées aux règles invariables des *lu*, ces *li* ne sont que des résidus de cas concrets et, en s'intégrant dans la loi, ils ont gardé la trace de leur origine.

7. — On peut enfin ajouter à tous ces traits celui que fait apparaître la notion de responsabilité. C'est un des plus frappants. Par suite de la conception de l'ordre naturel, du sentiment de la hiérarchie, l'une et l'autre se substituant à l'idée de loi, la responsabilité n'est pas envisagée comme naissant forcément de la violation d'une obligation légale. En Chine, l'idée est que l'origine du préjudice réside dans une atteinte portée à l'ordre naturel, et que cette atteinte naît elle-même de ce fait que l'ensemble des attitudes, des gestes, des rites, des « consignes », destinés à assurer cet ordre, a subi une violation. La responsabilité des grandes calamités qui frappent l'État vient de ce que le prince ne possède pas l'Efficace nécessaire, n'est pas ou n'est plus en état d'assurer l'harmonie entre l'ordre humain et l'ordre universel. Si les fonctionnaires inférieurs commettent des fautes, c'est parce que leurs supérieurs n'ont pas su leur donner l'exemple. Si le peuple commet des crimes, c'est parce que ses chefs n'observent pas leurs obligations, etc. Ce fait explique nombre de traits de la vie juridique chinoise traditionnelle, dont le plus notoire est celui de la responsabilité collective et solidaire qui s'étend du chef le plus élevé aux inférieurs. Pratiquement et vulgairement, cela se traduit, dans l'administration, par la formule : « pas d'histoires ». Le meilleur magistrat est celui devant lequel viennent le moins de litiges : On cachera des crimes pour qu'il ne puisse pas être dit que les autorités ne sont pas vigilantes. A l'inverse, on s'arrangera par tous moyens pour produire des coupables, afin

de montrer que l'on sait remettre les choses en ordre sans retard. Le père sera puni pour le crime de son fils, parce qu'il n'a pas su lui donner le bon ^{p.78} exemple. Le village sera solidaire de celui de ses membres qui commet une faute, etc. ¹. Système discutable du point de vue de nos idées juridiques occidentales, mais d'une concordance logique absolue avec la conception traditionnelle du droit en Chine et dont les effets pratiques ont été, somme toute, plutôt bienfaisants pendant de longs siècles, en obligeant chaque responsable éventuel à sentir très fortement le rôle qu'il avait à jouer dans le vaste mécanisme destiné à assurer la réalisation de l'Ordre universel ².

Au surplus, cette conception objective de la responsabilité se rattache directement à la notion de risque, bien plus proche de la mentalité juridique chinoise que l'idée subjective de faute, exaltée par le christianisme. On sait du reste que, même en Occident, le droit de la responsabilité s'oriente de plus en plus nettement vers une conception objective. Et ce ne serait pas la première fois qu'une conquête ne serait en réalité qu'une reprise, et que le droit retournerait, après des errements séculaires, aux directives qui se sont imprimées, dès les origines, dans la conscience des peuples les plus anciens.

*

* *

La conception chinoise du droit traduit fondamentalement des notions qui se sont élaborées, à l'aube d'une civilisation, dans la conscience des hommes qui ont peuplé la Chine. Ces notions, présentées d'une manière scientifique par l'école de Confucius, sont demeurées hors de l'influence que — beaucoup plus tard — la civilisation gréco-romaine, puis le christianisme, ont exercée sur les conceptions juridiques de l'Occident. La « mystique confucéenne », à peine ébranlée par celle des Légistes, effleurée seulement ^{p.79} et, dans le domaine du droit, sans résultats durables, par le bouddhisme, est parvenue intacte jusqu'à nos jours. La majorité des penseurs chinois d'aujourd'hui professe encore, sur la loi et le droit, les opinions consacrées par les Classiques. Il est permis d'apprécier la beauté et la grandeur de cette conception et de penser que le système juridique traditionnel de la Chine mérite, après tout, plus d'admiration que de critique ³. N'a-t-il pas suffi, pendant des siècles, à maintenir, avec un minimum de moyens, l'ordre social au sein d'une population immense ? Largement chargé d'expérience humaine,

¹ Mr. OWEN LATTIMORE écrit excellemment : « ...The Chinese method appears, in practice, to fix responsibility not in terms of « who has done something », but of « what has happened ». When something has once happened, responsibility must be assigned ; and hence there is always an underlying tendency to try to prevent decisive things from happening, and to diffuse responsibility » (*Manchuria, Cradle of Conflict*, chap. IV, *The living force of Chinese culture*, pp. 80-81).

² Sur le problème en général, v. P. FAUCONNET, *La responsabilité*, Paris, 1920, et, passim, de nombreux exemples tirés de la Chine (pp. 31, 42, 71, 129, 287, etc.).

³ C'est aussi l'opinion d'E. ALABASTER, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law*, p. LXXII.

imprégné d'un très haut idéal, d'une élaboration technique à la fois souple et profonde, il a rayonné sur l'Asie tout entière.

Depuis quelques années, les enseignements du président Sun Yat-sen, mis en pratique par le parti *Kouo-min*¹, ont introduit dans les conceptions traditionnelles une mystique, celle des *San min tchou yi*, ou « Trois Principes du Peuple », dont nul ne peut prévoir la vitalité. Cependant, en étudiant les institutions positives édifiées sur la base de ces enseignements, on ne tardera pas à se rendre compte, d'une part, que cette mystique présente un caractère plus politique que philosophique, d'autre part, qu'elle est loin d'être originale, car elle s'apparente tout à la fois aux idées confucéennes et au programme des Légistes². Ces derniers ont connu, surtout au moment où la reconstruction de la Chine a commencé de recevoir une impulsion sérieuse, c'est-à-dire vers 1928-1929, un renouveau de faveur. Mais il faut bien se dire que la notion de la loi souveraine ne se répand que très lentement en Chine, où l'on persiste à apprécier beaucoup plus les commandements de la morale, l'équité, le sentiment des valeurs sociales, en un mot le *jen yi* si violemment combattu par Han Fei tseu. Le rite, *li*, continue de ^{p.80} l'emporter sur le *fa*³. En tous cas, les juristes chinois modernes se refusent à concevoir la règle de droit, à la manière des Légistes et selon les idées romaines, comme une entité rigide et abstraite. Ils ne trouvent, dans les événements qui se déroulent dans le monde depuis vingt ans, que trop d'exemples leur permettant de douter que la loi possède une valeur intrinsèque suffisante pour assurer l'ordre social sur le plan international comme dans le domaine interne. Des maximes telles que : *Dura lex, sed lex ; Fiat justitia, pereat mundus ; summus jus, summa injuria*, etc., rendent à leurs oreilles un son discordant : peut-il y avoir du droit et de la justice, là où il n'y a ni sentiment des valeurs morales, ni équité ?

Chez ce peuple composé de 75 à 80 % de paysans et dont la civilisation agricole a servi de cadre à la croyance à l'interaction de l'ordre naturel et de l'ordre social, on continue de juger la conduite des hommes, non pas d'après les permissions ou les interdictions légales, mais d'après la valeur morale intrinsèque des actes accomplis. La loi positive n'est acceptée que dans la mesure où elle représente une coutume elle-même jugée conforme à la loi naturelle. Et bien que le gouvernement — dont le fondement et la justification mêmes relèvent de cet examen — aille s'affermissant en même temps que la notion d'État, liée à celle de loi, ses ordres sont obéis, non parce qu'ils sont des injonctions de l'autorité établie, mais parce qu'ils répondent au sens

¹ V. ci-après, IIe Partie, chap. I et chap. III, sect. II.

² Je ne puis faire état ici de la mystique communiste, mais l'on ne peut oublier qu'en dépit des forces mises en œuvre par le gouvernement pour détruire le communisme, quelques régions de la Chine sont encore au pouvoir des adeptes de ce régime et possèdent des institutions communistes.

³ La pérennité du conflit entre les deux notions apparaît encore tout récemment dans la 2^e préface (déc. 1933) mise par M. Tsiao Yi-t'ang, président du comité de codification du *Li fa yuan*, en tête de la grande collection législative *Tchong houa min kouo fa kouei houei pien*.

populaire du correct, du convenable, de l'équitable, du conforme — *jen yi* — et seulement dans la mesure où ils y répondent ¹.

Il ne manque pas de juristes et d'hommes politiques, en Chine, pour estimer que si le pays a besoin de faire une ^{p.81} « cure de Han Fei tseu », si la conception traditionnelle de la loi n'est plus adaptée aux conditions sociales et économiques complexes d'un État moderne en voie de reconstruction, il ne faut pas s'écarter trop vite de la « mystique confucéenne ». On assiste même en ce moment à un retour marqué vers le confucéisme, et cela pour des raisons sociales autant et plus que pour des raisons politiques ². « Trop d'obligations positives, pas assez de devoirs moraux », telle est l'opinion d'une haute personnalité du gouvernement chinois parlant de la législation en vigueur. Sans doute est-il impossible d'en revenir purement et simplement à la théorie du prince responsable de l'ordre universel et des relations sociales gouvernées par les rites. De plus, un système juridique entièrement fondé sur l'équité, si idéal soit-il, risquerait de sombrer dans l'arbitraire. Il y a bien des arguments en faveur de la « règle constante » préconisée par Han Fei tseu et la mystique confucéenne est à la base de plus d'un ^{p.82} des maux qui affligent encore la

¹ On a vu plus haut (pp. 19-20) un exemple intéressant de cette attitude. Plus remarquable encore, peut-être, est celui cité par M. Padoux dans sa préface à la traduction française de LEANG K'I-TCHAO, *La conception de la loi*, etc., par J. ESCARRA et R. GERMAIN, *cit.*, pp. VIII-IX. Un procès civil entre Chinois se déroulait, en juillet 1926, devant la Cour mixte de Chang-haï. L'une des parties invoquait des décisions de la Cour suprême de Pékin, laquelle, à cette époque, avait le pouvoir de rendre des arrêts de principe obligatoires pour les tribunaux inférieurs. L'autre partie invoquait une coutume locale en opposition avec ces décisions. Le dialogue suivant — rapporté dans le *North-China Herald* du 31 juillet 1926 — s'engagea entre l'assesseur étranger de la Cour mixte et un membre du conseil d'une guilde commerciale locale, appelé à témoigner de l'existence de la coutume contredisant les arrêts de la Cour suprême

ASSESEUR — Respectez-vous votre Cour suprême de Pékin ?

TÉMOIN — Naturellement, comme organisation chinoise nous devons la respecter, mais si une décision de la Cour suprême n'est pas bonne, alors nous, marchands, nous n'aurions pas le moyen de la modifier.

A. — Voulez-vous dire que vous êtes mieux en mesure de décider si un jugement de la Cour suprême, rendu par quelques-uns des hommes les plus compétents de Chine, est bon ou mauvais ?

T. — Non. Nous marchands nous faisons généralement ce que font les autres marchands.

A. — Enfin, obéissez-vous aux décisions de votre Cour suprême ou non ?

T. — Si le jugement est raisonnable, j'y obéis. S'il ne l'est pas, je n'y obéis pas.

A. — Alors vous vous constituez en arbitre supérieur ?

T. — Pas moi seul.

A. — Mettons la classe des marchands : « Nous avons raison dans ce que nous disons et la Cour suprême a tort, même en matière de droit ».

T. — C'est bien cela.

Il est donc bien exact de dire, avec M. GRANET, que la loi, pour ce témoin — c'est-à-dire pour la majorité de la population — n'a que l'autorité d'un conseil, et non force souveraine. — Comp. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp. 129-130.

² V. Sir REGINALD P. JOHNSTON *Confucianism and Modern China*, London, 1934, chap. XII, pp. 173 et s. — Un décret du 23 juin 1934 a décidé que l'anniversaire de la naissance de Confucius serait désormais une fête nationale annuelle (27 août).

Chine d'aujourd'hui — ces « vers rongeurs » décrits par ce même Han Fei en termes d'une saisissante actualité. Enfin, s'il est possible que le système confucéen ne soit pas intégralement statique, et contienne des éléments d'évolution¹, il demeure cependant bien éloigné du puissant dynamisme de l'école des Lois.

Ces inconvénients inhérents à la conception confucéenne du droit, les étrangers, surtout ceux qui vivent en Chine, sont prompts à les dénoncer, parfois en les exagérant. Ils se hâtent de parler de dénis de justice, de juges incompetents ou corrompus, alors que, dans la plupart des cas qu'ils citent, et qui ne représentent eux-mêmes qu'une fraction insignifiante de la masse des décisions rendues, le tribunal a statué d'après le « standard confucéen » au lieu d'appliquer rigidement la loi écrite. Par exemple, une cour chinoise de Chang-haï est saisie d'une demande d'expulsion de locataires. S'il s'agit de pauvres gens réduits à la misère par les circonstances et sans qu'il y ait eu, de leur part, faute ou mauvaise volonté, des délais leur seront accordés et renouvelés, alors même que la règle de droit exigerait leur expulsion sans réserves. Un homme très riche a prêté de l'argent à un malheureux qui ne peut rembourser à l'échéance. Le tribunal, ici encore, jugera en équité. Dans les deux cas, il cherche à réaliser une justice sociale en accord avec les principes confucéens. Sans doute, le propriétaire non payé subit un préjudice, mais le locataire qui va être jeté à la rue en subira un beaucoup plus grave. Que le propriétaire accepte une réduction de loyer pour l'avenir, des délais pour le paiement des arriérés, et l'équité sera satisfaite. Le prêteur n'est pas remboursé et subit de ce chef un préjudice. Mais l'emprunteur, dans la misère, est plus à plaindre que lui. L'un peut supporter une perte, l'autre ne le peut pas. Entre les deux, le *jen yi* ordonne de sacrifier celui qui subira le moindre dommage. Des raisonnements de cette nature, j'en ai entendu cent fois en Chine, de la part d'hommes^{p.83} foncièrement honnêtes, d'une grande culture, parfaitement informés des divers systèmes juridiques du monde. Ils observaient même que l'introduction, en Chine, de notions et d'institutions empruntées à l'Occident, avait eu pour résultat de multiplier à l'excès les litiges et de faire venir devant les tribunaux un très grand nombre de cas qui, jadis, étaient tranchés à l'amiable au sein des collectivités formant l'armature sociale du pays : familles, clans, guildes de commerce, etc. L'augmentation des procès relatifs aux affaires de famille, surtout en matière de divorce et de succession, était, pour ces hommes, une marque de décadence. Et l'un d'eux, personnalité de premier plan, entièrement dévoué à la reconstruction de son pays sur la base des enseignements du président Sun Yat-sen, n'hésita pas, un jour que nous discussions ensemble certains problèmes d'organisation judiciaire et de procédure, à prendre son exemplaire du *Tso tchouan* et à me

¹ Sur ce point spécial, v. L. S. HSÜ, *The Confucian Concept of Progress*, dans *The Chinese Soc. And Polit. Science Rev.*, X, 1926, p. 582. — Comp., du même auteur, *Political Philosophy of Confucianism*, London 1932 ; — et CHEN HUAN-CHANG, *The Economic Principles of Confucius and his School*, New York, 2 vol., 1911.

relire le passage où, en 536 av. J-C., Chou-hiang, de Tcheng, reprochait au ministre Tseu-tch'an d'avoir fait graver un code pénal sur des chaudières de bronze¹ : « Quel besoin y a-t-il d'un code ? Une fois que les gens connaîtront les raisons qu'ils ont de plaider, ils rejeteront les rites et feront appel à vos textes Les procès se multiplieront d'une manière désordonnée.... » .

A vrai dire, on ne voit pas pour quelles raisons la Chine de l'avenir rejeterait entièrement ces idées, à supposer qu'elle en eût la possibilité. Certains affirment que l'acceptation par le pays de la conception romaine de la loi est une condition de l'abandon de l'exterritorialité juridictionnelle par les Puissances étrangères qui jouissent encore de ce bénéfice². Il serait puéris et dangereux de^{p.84} lier la solution d'un problème aussi ample que celui de la conception chinoise du droit au sort de l'exterritorialité, qui n'est qu'une question insignifiante. Les « Puissances à traités » peuvent prendre en cette matière telle attitude que leur dicteraient ce qu'elles croient être leurs intérêts. Pour les hommes responsables de la reconstruction de la Chine dans le domaine juridique, il s'agit de savoir s'il est possible d'abandonner totalement la mystique confucéenne, si cet abandon est désirable et quelle place il faut faire, dans les institutions nouvelles, à la conception occidentale de la loi³. Il y a là, en tout état de cause, un problème d'adaptation qui est l'un des plus vastes qu'une nation ait jamais eu à résoudre. En insistant — peut-être un peu trop longuement — sur les aspects philosophiques de la conception chinoise

¹ V. *supra*, pp. 71-72.

² Dans une note du 10 août 1929, le gouvernement britannique, faisant connaître au gouvernement chinois ses intentions en matière d'exterritorialité, déclarait : « to be necessary that Western legal principles should be understood and be found acceptable by the people at large, no less than by their rulers ». De quel droit une nation peut-elle exiger d'une autre qu'elle partage ses propres conceptions juridiques ? Sur la base de la règle : *The King can do no wrong*, les administrations publiques anglaises ne se reconnaissent jamais, en principe, responsables des accidents causés par leurs services ; le gouvernement britannique accepterait-il que les Puissances continentales lui imposent leurs propres principes en matière de responsabilité administrative ? Telle est la réponse qu'on peut faire aux vues exposées maintes fois sur ces questions par les auteurs anglais, et, en dernier lieu, par M. H. G. W. WOODHEAD, *A Journalist in China*, London, 1934, chap. XVII, p. 175 et s. — On ne peut exiger de la Chine qu'une chose : des juges compétents, indépendants, intègres. Mais personne n'a le droit de lui imposer une conception du droit déterminée, rien, au surplus, ne permettant d'affirmer qu'en ce domaine notre civilisation romaine et chrétienne ne soit pas, dans une certaine mesure, aberrante. — Finalement, c'est faire preuve d'une courte psychologie que d'envisager la transformation radicale de la mentalité d'un peuple, s'agissant d'aussi graves problèmes que ceux du fondement du droit, des rapports du droit et de la morale, de l'équité et de la loi, etc. Suffirait-il d'un ordre pour rendre, du jour au lendemain, toute l'Angleterre confucéenne ?

³ Au cours de la Conférence judiciaire nationale qui s'est tenue à Nankin du 16 au 21 septembre 1935, la nécessité, pour la Chine, d'une orientation décisive vers la conception occidentale du droit et du « gouvernement par la loi », a été défendue avec énergie par plusieurs orateurs, entre autres par M. Kiu Tcheng, président du *Sseu Fa Yuan* (Conseil de justice).

du droit, j'ai cherché à mettre le lecteur en mesure d'apprécier la grandeur et les difficultés de l'œuvre à accomplir. C'est en fonction de ce problème général qu'il conviendra de juger la valeur et la portée des réformes déjà faites dans les institutions, ainsi que les chances de succès de ces réformes. Tel est l'objet des chapitres qui vont suivre.

@

DEUXIÈME PARTIE, CHAPITRE PREMIER

LES INSTITUTIONS LÉGISLATIVES, APERÇU HISTORIQUE

@

^{p.87} On a vu dans la Première Partie que la conception chinoise du droit répugnait à l'emploi de la loi en tant que source du droit positif. D'après l'enseignement orthodoxe représenté par le chapitre *Lu hing* du *Chou king*, les lois, *fa* — c'est-à-dire les lois pénales — auraient été inventées par le peuple autochtone des Miao, les Chinois, eux, s'étant toujours gouvernés par les rites en se conformant à l'ordre naturel : « Les gens des Miao ignoraient le recours à la bienveillance ; ils ne connaissaient que la répression par les supplices. Ils inventèrent cinq châtiments cruels auxquels ils donnèrent le nom de lois, *fa* »¹. On enseigne encore que les Miao ont ainsi hérité des Chinois l'usage des châtiments². Ceux-ci ont du reste varié au cours de l'histoire. Après avoir été, dit-on, symboliques³, ils auraient été effectifs à partir de la dynastie Hia. On donne cependant une liste des peines de Yao. De plus, les recherches de Chen Kia-pen montrent qu'au moins jusqu'à la dynastie Ming incluse, à côté des cinq châtiments traditionnels, existaient de nombreuses peines, généralement de caractère atroce, dont l'application effective était sans doute moins fréquente qu'on pourrait le penser, et qui semblent avoir été des modes d'exécution plus ou moins arbitraires de la peine de mort, prévue par la loi d'une manière indéterminée.

En fait, il a existé en Chine, depuis l'antiquité la plus reculée, des dispositions légales, codifiées, ou non. Il ne s'agit pas ici d'en écrire l'histoire, ce qui, pour les périodes très anciennes, est à peu près impossible à faire d'un point de vue critique⁴. Le bref aperçu qui va suivre, utilisant les données traditionnelles, a surtout pour objet de montrer ^{p.88} que les travaux de codification moderne ont derrière eux un très long passé⁵.

¹ LEGGE, pp. 588 et s. [COUVREUR, p. 376]

² LEANG K'I-TCH'AO, *La conception de la loi*, etc., pp. 2-3.

³ V. Première Partie, ch. IV, note II.

⁴ V. Première Partie, ch. I, note I.

⁵ On consultera avant tout les chapitres sur le droit pénal, *hing fa tche*, des histoires dynastiques et des encyclopédies. Pour les premières, v. notamment : *Ts'ien Han chou*, ch. 23 (trad. ital. par A. ANDREOZZI, sous le titre : *Le leggi penali degli antichi Cinesi, trad. del hin' fa-ce, o sunto storico delle legge penali, che fa parte della storia della dinastia dei Han*, Firenze, Civelli, 1878 ;) — Pour les secondes, v. surtout les chap. 609-619 du *Ts'ö fou yuan kouei* ; — les chap. 162-173 du *Wen hien t'ong k'ao* ; — la section *siang hing tien* du *T'ou chou tsi tcheng*, etc. — D'importantes listes d'ouvrages juridiques anciens sont données par P. PELLISOT, *Notes de bibliographie chinoise*, II. *Le droit chinois*, Hanoï, 1909 (extr. du

Avant d'entrer dans l'examen des textes des différentes époques, Chen Kia-pen précise quelques points de ^{p.89} terminologie. Il indique le sens des caractères *lu*, *ling*, *k'o*, *fa*, à l'aide des anciens lexiques (*Eul ya*, *Chouo wen*), et de quelques ouvrages historiques et philosophiques ¹.

- *Lu*, c'est la notion de règle constante, *chang*, de conformité, et *chou*, de modèle abstrait et uniforme, de commune mesure, avec le sens de *fa*, loi, modèle. L'étymologie y découvre l'image d'une formation militaire et d'une sorte de flûte en usage dans l'armée ².

C'est toujours la même notion d'ordre, de règle. Et c'est la raison pour laquelle les dispositions permanentes des codifications impériales, dispositions reproduites comme des textes de style et

Bulletin de l'École française d'Extrême-Orient IX, n° I, janv-mars 1909, pp. 27-56) ; — par SIE KOUAN-CHENG. *Li tai hing fa chou ts'ouen wang k'ao*, s.d. (adaptation partielle de l'étude de M. PELLIOU) ; — par SOUEN TSOU-KI, *Tchong kouo li tai fa kia tchou chou k'ao*, Wou-si, août 1934 — De nombreux textes des histoires dynastiques et des encyclopédies ont été dépouillés par M. E. T. C. WERNER, qui en a résumé la substance dans plusieurs chapitres (v. surtout : Laws, criminal, civil and industrial, pp. 91-104) du vaste ouvrage qu'on s'étonne de voir si rarement cité : *Descriptive Sociology . . . Chinese* (sous la direction d'HERBERT SPENCER), London, 1910. L'ouvrage capital demeure celui de CHEN KIA-PEN (*tseu* : Ki-yi) : *Li tai hing fa k'ao*, Recherches sur les lois pénales de l'antiquité, en 77 livres (v. IVe Partie et Bibliographie du présent ouvrage). Il y a réuni, malheureusement sans critique, une quantité prodigieuse de matériaux classés sous seize rubriques différentes et qui font de ses recherches une mine inépuisable d'informations. J'ai surtout utilisé ici les neuf livres consacrés aux lois et ordonnances, *Lu ling* et qui traitent de la législation chinoise depuis les origines jusqu'à l'époque des Ming. — Un autre érudit, M. TCH'ENG CHOU-TÖ, s'est livré à un travail du même ordre mais de moindre ampleur, dans son *Kieou tch'ao lu k'ao*, Recherches sur les lois de neuf dynasties (depuis les Han jusqu'aux Souei, soit 206 av. J. C. - 618 ap. J. C.), Chang-haï, 1927. — TONG K'ANG a publié de nombreux travaux sur le droit ancien, parmi lesquels il convient de citer surtout : *Han hing tche k'ao*, Recherches sur le droit pénal des Han, et *Je pen kiang yen lou*, Recueil de conférences faites au Japon (1934). — Les manuels modernes d'histoire du droit chinois sont de valeur très inégale. Les plus complets sont ceux de MM. YANG HONG-LIE, *Tchong kouo fa lu fa ta che*, Histoire du développement du droit chinois, 2 vol., 1930, et TCH'EN KOU-YUAN, *Tchong kouo fa tche che*, Histoire du droit chinois, 1934. — On consultera également ceux de MM. K'ANG PAO-TCHONG, YU YI, TING YUAN-P'OU, etc. V. encore un article de M. MEIOU CHAO-TCHEOU, *Tchong houa kieou lu t'ö tien tche yen kieou*, Recherches sur les points spéciaux des anciennes lois chinoises. — Enfin, parmi les nombreux et importants travaux consacrés à l'ancien droit chinois par les savants japonais, il convient de citer : ASAI (Torai), *Shina hosei shi*, Tokyo, 1904, ouvrage traduit en chinois sous le titre *Tchong kouo fa tien pien ts'ouan yen ko che*, Histoire de l'évolution de la codification chinoise, par TCH'EN TCHONG-MIN, 2 vol., Pékin, sept. 1915 ; TAKIGAWA (Masajirō) : *Ritsurei no kenkyū*, Recherches sur les lois et ordonnances, Tokyo, 1931 ; — MM. ONO (Seiichirō), NIIDA (Noboru), HIGASHIGAWA (Tokuji). Un travail historique de haute valeur dû à ce dernier auteur a été traduit en chinois sous le titre : Recherches sur l'histoire du droit chinois, par M. LIAO WEI-HIUN, et publié dans la revue [] de 1930 à 1933.

¹ *Lu ling*, l. 1, p. 1-4. — Cf. également TONG K'ANG, *Hing fa pi kiao hio*, p. 2b. — Pour la terminologie moderne, v. Chap. II, *infra*.

² *Yi king*, chap. *Yao tseu* : « L'armée sort avec le *lu* » (*Che koua*).

indépendamment de toute adaptation aux circonstances, sont toujours dénommées *lu*.

- Le caractère *ling* a le sens de *k'ao*, proclamer, de *kiao*, instruire, enseigner (le peuple), de donner un ordre, *fa hao*. Il s'agit ici de réglementation concrète, détaillée et non plus de lois générales et abstraites. *Ling*, décret, ordonnance, s'oppose donc à *lu* ou à *fa*, comme loi s'oppose à règlement. Cette opposition s'est du reste conservée dans la terminologie chinoise moderne.
- L'étymologie de *k'o*, fait ressortir la parenté de ce caractère avec le caractère *tch'eng*. La notion exprimée est celle de règle, de classification, de mesure. Le caractère est formé de deux radicaux significatifs, celui du riz et celui du boisseau. On note également le sens d'énumération, d'articles, dérivé de celui de classement, et *k'o* est donné comme correspondant à *t'iao*, qui signifie article. Le dernier caractère, dans la terminologie moderne, associé avec *li*, règle, a pris le sens technique de règlement, *t'iao li* ¹.
- Quant au caractère *fa*, dont on connaît l'étymologie ², il a techniquement le même sens que *chang*, que *lu*, ^{p.90} c'est à dire le sens de règle constante, uniforme, abstraite, soustraite au changement, *pou kai* ³.

Si l'on examine les renseignements d'ordre législatif rassemblés par l'immense érudition de Chen Kia-pen, on doit mettre de côté, comme plus qu'à demi-légendaires, ceux qui concernent les périodes de Houang ti, de Yao, de Chouen, de Yu, etc. Pour les époques moins lointaines, les recherches ne donnent guère de résultats très sûrs. On connaît surtout des titres de lois, sans qu'on sache toujours ce qu'elles contenaient. La législation attribuée aux Tcheou est décrite dans le *Tcheou li* et dans le *Yi tcheou chou* ⁴ mais il est douteux que cette attribution corresponde à la réalité. Des faits plus précis se placent toutefois dans la période *Tch'ouen ts'ieou* ⁵.

Le chapitre *Lu hing*, du *Chou king*, contient l'analyse des lois pénales de Lu ou de Fou, rédigées, dit-on, dans la centième année du roi Mou, des

¹ Cf. également le rapprochement de *k'o* et de *k'ouo*. — On rencontre encore l'expression *ts'ö chou*, dans le sens d'édits impériaux écrits sur fiches et adressés à des rois vassaux. V. Éd. CHAVANNES, *Les livres chinois avant l'invention du papier*, Journ. Asiat., 1^e série, vol. V, 1905, p. 25 note 1.

² V. Ire Partie, ch. I, note 25.

³ Sous les T'ang, les dispositions légales et réglementaires sont appelées : *lu*, *ling*, *kö*, *che*. On entend généralement par *lu* les textes déterminant les degrés des ascendants et des descendants, les classes des nobles et du peuple ; par *kö*, les actes qu'accomplissent normalement les fonctionnaires ; par *ling*, les dispositions en vertu desquelles sont prononcées les condamnations, etc. — V. les préfaces du *T'ang lu chou yi*.

⁴ Ensemble de chroniques concernant les Tcheou et qui n'ont pas été incorporées au *Chou king*. Sur cet ouvrage, v. Éd. CHAVANNES, *Mém. Histor.*, t. V, note I, p. 457 [note a51.133]

⁵ V. TONG K'ANG, *Tch'ouen ts'ieou hing tche k'ao*.

Tcheou, en 952 av. J.C., pour reproduire les enseignements des Hia sur le rachat des peines ¹.

On trouve dans le *Tso tchouan* d'importantes informations d'ordre législatif. C'est par lui que l'on peut entrevoir l'activité, dans ce domaine, des divers États qui forment alors la confédération chinoise. On cite, à Tsin, les lois édictées à Pei-lou lors d'une chasse ², à Tch'ou, les lois sur le recel des criminels, *p'ou k'iu* ³.

^{p.91} Mais les deux faits les plus importants sont la promulgation d'un code pénal à Tcheng, en 536 av. J.C., par Tseu-tch'an et l'érection à Tsin, en 513, par Tchao Yang, de chaudières sur lesquelles étaient gravées les lois pénales. A Tcheng encore, en 501, Teng Si est signalé comme ayant rédigé un code pénal sur des tablettes de bambou (*tch'ou hing*) ⁴.

Pour la période *Tchan kouo*, nous possédons des indications plus complètes sur une codification dont l'importance est primordiale, car elle est à la base de toutes les grandes codifications dynastiques qui se sont succédé en Chine jusqu'en 1920, c'est-à-dire pendant vingt-trois siècles. Il s'agit du *Fa king* en 6 sections, *p'ien*, rédigé pour le marquis Wen de l'État de Wei (414-387 av. J.C.) par Li K'ouei ⁵.

D'après Wang Ying-lin, le travail de Li K'ouei aurait été une compilation des divers codes alors en vigueur dans les États voisins de Wei, Tcheng fournissant le droit pénal, Tsin la procédure, Tch'ou les lois sur le recel et les définitions, etc ⁶. Les six livres, intitulés *fa*, lois, étaient divisés de la manière suivante : 1. *tao fa* ; 2. *tso fa* ; 3. *tchou fa* ; 4. *p'ou fa* ; 5. *tsa fa* ; 6. *kiu fa*. Le

¹ V. entre autres, Éd. CHAVANNES, *Mém. Histor.*, I, pp. 259-265. Le rachat des peines, *chou tsouei*, institution fondamentale du droit pénal chinois, remonterait ainsi aux temps semi-légendaires de l'histoire chinoise. — (V. CHEN KIA-PEN, *Li tai hing fa k'ao*, *Tsong k'ao*, I, pp. 4a, 5a.)

² La promulgation de lois au cours d'une chasse, ou dans les marches où vivent les Barbares, a été interprétée comme indiquant la volonté du législateur de s'éloigner, pour divers motifs, de l'ordre naturel. V. Ire Partie.

³ Sur ces lois, v. les ouvrages de CHEN KIA-PEN et de TONG K'ANG.

⁴ Sur ces faits et leur signification, v. Ire Partie. Sur le code de Tseu-tchan, v. spécialement CHEN KIA-PEN, I, pp. 22-26.

⁵ CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, p. 28 ; WANG YING-LIN, *Han yi wen tche k'ao tcheng*, éd. de Tch'eng-tou, 1885, ch. VI, pp. 13, 14, 16 ; — PELLLOT, *op. cit.*, p. 28, notes 1 et 2 (le travail de Souen Sing-yen, cité dans cette dernière note, n'a pas été imprimé) ; — TONG K'ANG, p. 13-14 ; — SOUEN TSOU-KI, *op. cit.*, p. 5a, etc. — Li K'ouei, qu'on a rattaché à l'école des Lois (v. Ire Partie, ch. II), est également connu sous d'autres noms, dont Li K'ö. En dehors des rubriques du *Fa king*, l'on ne sait à peu près rien du contenu de l'ouvrage. On se demande comment E. H. PARKER, qui, par ailleurs, a écrit des choses fort justes sur le droit chinois, a pu comparer l'œuvre de Li K'ouei aux *Institutes* de Gaius (*China*, 2^e éd., London, 1917, ch. XVI, p. 317).

⁶ Wang Ying-lin indique, p. 13, le chiffre de 32 *p'ien* et, p. 16, le chiffre de 6 *p'ien*. Il s'agit sans doute de 6 livres divisés en 32 sections. Le même caractère est employé dans les deux passages.

commentateur du *T'ang lu chou yi*, Wang Yuan-leang, explique ainsi ces rubriques : 1. Vol ; 2. Brigandage ¹ ; 3. Emprisonnement ; 4. Procédure ; 5. Lois diverses ; 6. ^{p.92} Définitions ². Cette division est d'un grand intérêt parce qu'elle contient des éléments qui se retrouvent dans les codifications ultérieures. La section *tsa fa*, par exemple, se maintiendra intacte jusque dans la dernière édition (1910) du *Ta Ts'ing lu li*. Quant à la section consacrée aux définitions, *kiu fa*, elle passera plus tard en tête des codes ³ et deviendra la section *ming li lu* : lois générales.

Nous arrivons ainsi au moment où, sous l'influence des Légistes, le « gouvernement par les hommes » va subir une éclipse et les lois devenir de plus en plus sévères et implacables. Ce fut notamment le cas à Ts'in. L'histoire nous a conservé de précieux détails sur l'activité du célèbre Kong-souen Yang, dont on a vu l'importance en tant que rattaché à l'école des Lois (v. Ire Partie, ch. II) ⁴. On sait que, devenu ministre de Ts'in, il détermina le duc Hiao à réformer d'une manière totale les lois en vigueur. On lui attribue d'abord le changement de l'ancien régime foncier dit du *tsing t'ien* et son remplacement par le système appelé *ts'ien mo* ⁵. Il semble également avoir créé une organisation administrative d'après laquelle des groupements de dix et de cinq personnes étaient tenus pour respectivement responsables les uns des autres ⁶. Tout individu qui ne dénonçait ^{p.93} pas un coupable appartenant au groupe avec lequel il était solidairement responsable était coupé en deux par le milieu des reins ⁷, mais celui qui dénonçait le coupable recevait la

¹ V. dans CHEN KIA-PEN, *loc. cit.*, la discussion sur le sens respectif de *tao* et de *tso*.

² Ces significations auraient reçu des changements sous les Han : *tao* aurait visé la rébellion contre le prince ; *tso*, la contrefaçon d'objets de l'État ; *tsa*, le recel ; et *kiu*, les diverses peines. En ce qui concerne les « lois diverses » de Li Wouei (*tsa fa*), Chen Kia-pen énumère la ruse, l'escalade d'un mur, le jeu, le prêt, la malhonnêteté, les infractions contre les mœurs, les abus (*Han lu tche yi*, L. I, p. 7a).

³ Sur l'origine de la section *kiu fa* et ses transformations, v. TONG K'ANG, *op. cit.*, ch. 2, pp. 15-21. Ce changement de terminologie apparaît dans le code des T'ang (653) et date probablement du code des Souei (583).

⁴ Pour tout ce qui concerne la vie de Kong-souen Yang, v. DUYVENDAK, *The Book of Lord Shang*, *cit.* Il était de la famille princière de Wei, d'où son nom de Wei Yang. Il porte également les titres de Chang Yang, du nom d'un fief dont il fut investi en récompense des services qu'il rendit à Ts'in, de Chang kiun (seigneur de Chang) et de Chang tseu. D'abord ministre à Wei, il passa ensuite au service du duc Hiao, de Ts'in. Les réformes administratives et législatives qui lui sont attribuées accrurent d'une manière redoutable la puissance de Ts'in, qu'il ne craignit pas d'armer contre Wei, sa patrie. Les gens de Wei se vengèrent lorsque Chang Yang, obligé de s'enfuir de Ts'in, chercha près d'eux un refuge. Ils le livrèrent à Ts'in, où il fut mis à mort, en 338 av. J.C.

⁵ Sur ce point et les difficultés qu'il soulève (authenticité des textes du *Tcheou li* qui décrivent le *tsing t'ien*), v. *Hou Che wen ts'ouen*, ch. II, pp. 247 etc., la discussion dans DEMIÉVILLE, B.E.F.E.O., XXXIII, 1923, pp. 494-499, et les références et observations dans DUYVENDAK, *op. cit.*, p. 42, note I.

⁶ Ce système est mentionné pour la première fois dans le *Han Fei tseu*, sect. 43, *Ting fa*, p. 13.

⁷ C'est pour l'État de Ts'in que la mention de cette peine apparaît pour la première fois. V. CHEN KIA-PEN, *Li tai hing fa k'ao*, L. 2, p. 2a.

même récompense que celui qui avait décapité un ennemi. Celui qui recelait un coupable était puni de la même manière que celui qui se rendait à l'ennemi, etc. Ce système de responsabilité collective entraînait donc, d'une part, des peines pour les défaillants, de l'autre, toute une échelle de récompenses. Le tout a joué, on le sait, un rôle essentiel dans la littérature juridique et philosophique chinoise. C'est à propos des peines, volontairement rendues atroces, que Chang Yang a soutenu la thèse qui consiste à punir les plus petites fautes pour ne pas avoir à en punir de plus graves, et à les punir avec la plus extrême rigueur pour terroriser la population et parvenir à ce résultat idéal où les peines se sont éliminées d'elles-mêmes : *P'i yi tche p'i*. Et quant au système des récompenses, on connaît la critique de Han Fei tseu à propos de l'attribution des rangs de fonctionnaires d'après le nombre de têtes coupées ! Il résulte de tout ceci que Chang Yang qui, d'après Sseu-ma Ts'ien, était, dans sa jeunesse, féru de l'étude des lois pénales, a certainement exercé une influence profonde sur la législation de son temps, encore que nous n'ayons de lui aucun code proprement dit ¹.

Peu à peu, cependant, les éléments qui entreront plus tard dans la composition traditionnelle des codes dynastiques font leur apparition. Chen Kia-pen donne des indications sur la rédaction, à la période Han, de trois textes nouveaux : *Han san tchang*, visant respectivement le meurtre, les blessures mortelles et une nouvelle variété de vol ².

^{p.94} Puis, et ce fait est encore plus important, Siao Ho, qui devint *t'ing wei* (grand juge) sous Kao-tsou (206-194 av. J.C.), apporta un nouveau remaniement dans les lois de Ts'in en ajoutant trois sections aux six sections du *Fa king* de Li K'ouei ³. Ces trois sections, dites *che lu*, reçurent les rubriques de : 1. *hou lu* (recensement, famille, mariage, etc.) ; 2. *hing lu* (lois sur les impôts, le tribut, etc.) ; 3. *kieou lu* (lois sur les écuries impériales, l'armée, les transports, etc.). L'ensemble fut appelé *Kieou tchang lu*, ou « lois des neuf chapitres », et forma ainsi la base du code pénal des Han. Il est donc notoire que c'est à cette date que des dispositions de droit privé — celles sur le recensement, la famille, le mariage : *hou lu* — figurèrent pour la première fois dans la codification chinoise. Il est vrai que ces dispositions concernent surtout la réglementation administrative, les allocations en argent ou en nature faites aux pauvres, aux vieillards, aux femmes enceintes, les traitements des fonctionnaires, etc. On relève cependant au moins trois dispositions de droit

¹ La documentation est toute entière analysée ou traduite par M. DUYVENDAK, *op. cit.*, pp 8 et s. V. également CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, L. 2, pp 1-3. Comp. ce que dit ce dernier auteur sur les expressions *fa ling* et *lu ling* sous les Ts'in et sur les lois de Eul Che houang ti (p. 4a).

² *Op. cit.*, p. 4b. Ces dispositions n'eurent qu'un caractère provisoire, ayant été édictées par le premier empereur Han lorsqu'il conquiert Ts'in, dont il déclara vouloir abolir les lois mauvaises.

³ D'après le chap. [] du Tsin Chou, Chang Yang aurait utilisé à Ts'in le *Fa king* de Li K'ouei, donnant le nom de *lu* aux textes appelés *fa* par ce dernier. Sur les remaniements qui aboutirent à la confection des « lois des neuf chapitres », *Kieou tchang lu* par SIAO HO, v. CHEN KIA-PEN, *Lu mou k'ao*, Recherches sur les titres des lois, p. 2b.

civil qui se maintiendront à travers les codifications dynastiques : l'une est relative à l'interversion du rang entre la femme légitime et les concubines, l'autre concerne les mariages irréguliers, la troisième la restitution des cadeaux dans le cas de répudiation de la femme ¹.

L'œuvre de Siao Ho fut poursuivie par ses successeurs, Chou-souen T'ong, Tchang T'ang, Tchao Yu. Le code des Han fut ainsi constitué en 60_{p.95} sections. Les études auxquelles a donné lieu cette législation ² montrent qu'elle contenait à peu près tous les éléments qui composèrent plus tard les codes dynastiques à partir des T'ang, le plan, déjà esquissé par Li K'ouei, étant demeuré sans changements notables.

Pendant la suite de la dynastie Han et durant la période des Trois Royaumes, c'est encore à Chen Kia-pen qu'il faut se reporter pour avoir des indications sur l'évolution de la législation et les révisions successives. Les informations les plus intéressantes concernent l'abolition de certaines lois et surtout la diminution progressive des cas punis de mort, par Hien ti, Yuan ti, Tch'eng ti, Ngan ti. De même, l'introduction progressive de textes nouveaux, très souvent d'intérêt social, tels que ceux sur l'assistance aux femmes enceintes, *t'ai yang ling*, les indications données sur le *Kien wou lu ling kou che*, ouvrage juridique de la période *Kien wou* (25-55 ap. J. C.) des Han, en un mot, tout le contenu de ce livre du *Lu ling* est d'un grand intérêt pour l'histoire du droit chinois.

Les lois des dynasties de Wei, Tsin, Song, Tsi, Leang, 220-556, vont se ressentir de l'influence croissante du bouddhisme (v. Première Partie). Sur les codes dont ces dynasties firent usage, les rares indications que l'on possède

¹ Sur le mode de conservation des lois au temps des Han, v. Éd. CHAVANNES, [art. cit. du J As., 1905, pp. 30 et s.](#) Les lois sont alors fréquemment appelées « lois de trois pieds », *san tch'e fa*, parce qu'elles sont rédigées sur des tablettes de bois de trois pieds (exactement 2 pieds 4 pouces). LEANG K'I-TCH'AO (*op. cit.*, p. 56) cite un passage de la bibliographie de Tou Tcheou, dans le *Ts'ien Han chou*, où l'expression « trois pieds » désigne la loi. L'auteur du *Yen t'ie louen*, HOUAN K'OUAN, qui écrit sous le règne de l'empereur Siuan (73-49 av. J. C.) dit (chap. XII, section Tchouo cheng) : *Eul tch'e sseu ts'ouen tche lu kou kin yi ye* — Les lois anciennes de 2 pieds 4 pouces sont aujourd'hui unifiées ». C'était du reste le format des grands Classiques (CHAVANNES, *loc. cit.* p. 32).

² CHEN KIA-PEN, *Han lu tche yi*, en 22 livres ; — TONG K'ANG, *op. cit.* ; — TCH'ENG CHOU-TÔ, *Han lu k'ao*, 1919, reproduit, avec quelques modifications, dans le *Kieou tchao lu k'ao* du même auteur, etc. — V. également PELLISOT, *op. cit.*, p. 29. — Sur le travail des jurisconsultes cités au texte, v. le chap. du *Tsin chou*, reproduit par CHEN KIA-PEN *Lu ling* L. 2. p. 5a et le *Kouan yeou king ts'i k'ao* de HING TCHOU, ch. 2, p. 20. Ce dernier texte nous apprend que Tchang T'ang aurait rédigé la procédure criminelle, *yen fa* du *Han lu* et les règlements relatifs à la juridiction d'assises du *t'ing wei* (CHEN KIA-PEN, *Lu ling*, L. II, pp. 8a, 11b, et 12a). — L'influence profonde de Tchang T'ang sur la législation des Han est mise en lumière par CHEN KIA-PEN dans une préface au *Han lu tche yi* (*Ki yi wen ts'ouen*, 6^e livre, p. 22a).

ont été réunies dans Chen Kia-pen, *loc. cit.*, 3^e livre, qui s'achève avec les lois des Souei ¹.

^{p.96} A partir de cette époque, l'évolution de la codification chinoise est beaucoup plus connue, d'autant que nous possédons les recueils eux-mêmes et non pas seulement des indications plus ou moins vagues sur leur contenu. On sait qu'en 583, l'empereur Wen des Souei ordonna à Sou Wei et à Nieou Hong de rédiger un code. Celui-ci était divisé en 12 chapitres et un grand nombre de pénalités furent supprimées ou abaissées.

L'œuvre capitale demeure ici celle de l'empereur T'ai-tsong, des T'ang ². Cet empereur ordonna tout d'abord à Fang Hiuan-ling de réviser le code des Souei, qui était déjà fort estimé, dans le sens de l'adoucissement : 92 cas punis de mort furent désormais punis du bannissement à perpétuité, et dans 71 cas le bannissement à vie fut remplacé par le bannissement à temps. Il y eut finalement, sous les T'ang, 232 cas punis de mort, dont 89 de la décapitation et 143 de la strangulation ³.

Kao-tsong prescrivit à Tchang-souen Wou-ki de rédiger avec d'autres jurisconsultes un commentaire du code. C'est le T'ang lu chou yi, en 30 chapitres, présenté à l'empereur à la fin de 653 ou au début de 654 ⁴. Voici les titres des 12 sections du code des T'ang : 1. *Ming li*, Lois générales (c'est l'ancien chapitre *Kiu li* du *Fa king* de Li K'ouei ⁵ ; — 2. *Wei kin*, Garde impériale et interdictions ; — 3. *Tche tche*, Titres des fonctionnaires ; — 4. *Hou louen*, Recensement, mariage ; — 5. *Kieou k'ou*, ^{p.97} Trésor public ; — 6. *Chan hing*, Écuries impériales, institutions militaires ⁶ ; — 7. *Tso tao*, Vol et brigandage ; — 8. *Teou song*, Rixes, coups (accusations calomnieuses) ; — 9. *Tso wei*, Faux ; 10. *Tsa lu*, Lois diverses ; — 11. *Pou wang*, Arrestation des

¹ D'après CHEN KIA-PEN, *Lu mou k'ao*, les Wei eurent un code en 18 livres (*p'ien*) ; les Tsin, en 20 livres, obtenus par l'addition de 11 livres aux « Neuf chapitres » de Han et en 1530 articles ; les Leang, 20 livres et 1530 articles ; les lois des Ts'i du nord furent en 12 livres ; celles des Tcheou, *Tcheou ta lu*, en 25 livres ; celles des Souei, en 12 livres, *Souei kai houang-lu* et en 18 livres *Souei ta ye lu*, etc.

² V. SIU SIANG-TCH'OU, *L'œuvre de T'ang T'ai-tsong*, Thèse de l'Aurore, Chang-haï, 1924.

³ V. CHEN KIA-PEN, *T'ang sseu hing tsong lei tchong*, Répertoire général de la peine de mort sous les T'ang, 1 livre, et *Sseu hing tche chou*, Nombre des cas punis de mort, 1 livre (depuis les Han jusqu'aux Ming).

⁴ Détails dans PELLIOT, *op. cit.*, pp. 29-32 ; — CHEN KIA-PEN, *Lu ling*, 1. 4 ; — SOUEN TSOU-KI, *op. cit.*, p. 26.

⁵ V. *supra*, note 21. — Sous les Tsin, il y a une section *Hing ming* avec une deuxième section intitulée *Fa li*. Même disposition sous les Leang. Sous les Ts'i du Nord, c'est la section *Ming li*. Les Tcheou reviennent aux sections *Hing ming* et *Fa li*. Puis les Souei reprennent la section unique *Ming li*, etc. — V. encore sur ce point : (*Sing ting*) *hien hing king lu kiang yi*, Cours sur la loi pénale en vigueur (*Ta Ts'ing lu li*), 1910. — On trouve un résumé des titres des sections des divers codes dans le *Lu mou k'ao* de CHEN KIA-PEN.

⁶ La 6^e section (16^e livre) du code des T'ang traite exactement de « l'entrée en campagne ». Dans le code de Li K'ouei, les caractères [] [] [] semblent désigner plutôt le tribut, l'impôt. — v. sur ce point TONG K'ANG, *je pen kiang yen lou*, p. 75.

fugitifs ; — 12. *Touan yu*, Prisonniers en prévention de jugement. — Cette division est restée la division traditionnelle des codes dynastiques, jusqu'au *Ta Ts'ing lu li*.

Le code des T'ang eut une large influence hors de Chine. Il servit notamment de base au code annamite des Lê, de 1454¹.

Chen Kia-pen consacre un livre très court (*Lu ling*, livre 5) aux lois des Cinq dynasties (907-960)² dérivées naturellement du code des T'ang et sur lesquelles il n'y a rien de particulier à indiquer ici.

Le premier code des Song était un travail appelé *Hing t'ong*, œuvre d'un particulier, Teou Yi, en 30 sections, et composé entre 954-959³. Le premier empereur Song le fit revoir et publier en 963. Il était fondé sur le *T'ang lu chou yi*. Un résumé rythmé appelé *Hing t'ong fou*, et qui a fait l'objet de plusieurs éditions avec commentaires, a servi de base, avec plusieurs autres documents, à une réédition moderne du code des Song, sous le nom de *Song hing t'ong*. Chen Kia-pen a consacré le livre 6 de son *Lu ling* à l'examen détaillé de toutes les lois introduites sous les Song. Dans le livre 7, il étudie non moins longuement, suivant les^{p.98} mêmes principes, les lois des deux dynasties tartares, les Liao et les Kin, qui régnèrent sur la Chine du Nord de 907 à 1234, tandis que les Song dominaient dans le Sud⁴.

Nous arrivons ainsi à la dynastie mongole des Yuan, dont on sait le rôle qu'elle a joué, au moins dans ses débuts, dans l'évolution du droit chinois. Le code des Yuan est d'une importance toute spéciale. Chen Kia-pen lui a consacré les 70 pages du 8^e livre de son *Lu ling*. Divisé en 20 sections⁵, il est sensiblement plus complet que le code des T'ang. Il est rédigé en chinois, à la

¹ Le code des Lê a été traduit par M. DELOUSTAL sous le titre : *La justice dans l'ancien Annam*. M. Deloustal rapproche constamment les articles du code des Lê de ceux correspondants du code des T'ang, dont il donne en note la traduction. — Le code des T'ang a été très étudié au Japon. V. surtout le récent ouvrage de M. NIIDA (Noboru), *To-rei shui (The original T'ang ling recovered)*, *Academy of Oriental Culture*, Tokyo, Imperial University, 1933. V. également du même auteur un article traduit par M. Lieou Lou-min, sous le titre *Kouan yu T'ang ling fou kieou tche yen kieou*.

² PELLLOT, *op. cit.*, p. 32.

³ PELLLOT, *op. cit.*, p. 34. Le chap. 66 du *Yu hai* donne les chiffres de 31 chapitres, 213 rubriques *men lu*, 12 sections, 502 articles.

⁴ On vient d'annoncer la publication prochaine des « Institutions administratives des Song », *Song houei jao* (v. *Quarterly Bull. of Chin. Bibl.*, II, 1935, n° I. p. 6).

⁵ 1. *Ming li*, Lois générales ; — 2. *Chou hing (tsouei)*, Rachat des peines ; — 3. *Wei kin*, Garde impériale et prohibitions ; — 4. *Tche tche*, Titres des fonctionnaires ; — 5. *Tsi ling*, Règles du culte ; — 6. *Hio kouei*, Instruction publique ; — 7. *Kiun lu*, Lois militaires ; — 8. *Hou louen*, Recensement et mariage ; — 9. *Che houo*, Denrées et monnaies (marchandises, commerce, etc.) ; — 10. *Ta ngo*, Grands crimes inexcusables ; — 11. *Tsien fei*, Actions impudiques ; — 12. *Tso tao*, Vol et brigandage ; — 13. *Tso wei*, Faux ; — 14. *Sou song*, Procès ; — 15. *Cha chang*, Meurtre et blessures ; — 16. *Kin ling*, Interdiction de tuer le bétail ; 17. *Tsa fan*, Délits divers ; — 18. *Pou wang*, Arrestation des fugitifs ; — 19. *Sin hing*, Adoucissement des peines ; — 20. *P'ing fan*, Redressement des jugements injustes.

différence du recueil administratif des Yuan, le *Yuan tien tchang*, rédigé en chinois parlé mélangé de mongol. Parmi les sections, quelques-unes sont des subdivisions des sections anciennes, d'autres sont entièrement nouvelles. Je citerai, entre autres, la section 2, *Chou tsouei*, sur le rachat des peines ; la section 5, *Tsi ling*, règles du culte ; la section 6, *Hio kouei*, instruction publique ; la section 7, *Kiun lu*, lois militaires ; la section 8, *Hou louen*, recensement et mariage ; la section 9, *Che houo* (denrées, monnaies, marchandises, commerce, etc.) ; la section 10, qui deviendra rituelle, sur les dix infractions impardonnables, *Ta ngo* ; la section 11, *Tsien fei*, actions impudiques ; la section 14, *Sou song*, procès ; la section 15, *Cha chang*, homicide et blessures ; la section 16, *Kin ling*, sur l'interdiction de tuer le bétail ; la section 19, *Siu hing*, sur l'adoucissement des peines ; la section 20, *P'ing fan*, sur le redressement des jugements injustes ¹.

^{p.99} Le code des Yuan doit être complété par le grand recueil administratif appelé *Ta Yuan cheng tcheng kouo tch'ao tien tchang*, en 60 chapitres, portant sur les années 1260-1320, et son supplément, *Sin tsi tche tche t'iao li*, en 23 chapitres, rédigé en 1322. Il comporte une division générale en 6 rubriques, correspondant aux 6 ministères ou *pou* : *Li pou*, Fonctionnaires, *Hou pou*, Recensement, *Li pou*, Rites, *Ping pou*, Armée, *Hing pou*, Châtiments, *Kong pou*, Travaux publics ². Une édition imprimée (on n'en connaissait alors que des copies manuscrites : v. Pelliot, *op. cit.* p. 35) en a été donnée à Hang-tch'ou, en 1908, par les soins de Chen Kia-pen. Cette édition, malgré la beauté de sa présentation, est considérée comme fautive et son texte doit subir nombre de corrections ³.

Avec la dynastie des Ming, on revient à la pure tradition chinoise. Le code sera expurgé de ce que les Yuan avaient dû y ajouter pour tenir compte des mœurs des Mongols. Une première édition en parut en 1367, mais le premier

¹ V. les chapitres *Hing fa tche* du *Yuan che*. Une traduction française de ce code par M. P. RATCHNEWSKI doit paraître prochainement sous le titre : *Traité de la justice*, trad. des chap. 102-105 du *Yuan che*, complétés avec les textes du *Yuan tien tchang*. — V. également dans le *Ta Yuan t'ong tche*, la section *t'iao kö*. — Sur ce code et sur le *Yuan tien tchang*, ce qui est dit au texte complète PELLIOT, *op. cit.*, pp. 34-36.

² Cette division, complétée par une section *Ming li*, deviendra régulière dans les codes à partir de la 22^e année de T'ai-tsou, 1389, sous les Ming.

³ La critique textuelle est due à M. TCH'EN YUAN qui a consacré deux longues études à ce travail (*tseu* : Yuan-ngan). L'une a été publiée séparément, à Pékin, en 1931, sous le titre : *Yuan tien tchang kiao pou*, l'autre, qui est un résumé, sous une autre forme, de l'étude précédente, a paru dans le volume publié en 1933 à Nankin, en l'honneur de M. Ts'ai Yuan-peï, sous le titre *K'ing tchou Ts'ai yuan-peï sien cheng lieou che wou souei louen wen tsi*, avec la collaboration de M. Tch'en Ying-k'ö et autres, pp. 189-278. — La bibliothèque orientale *T'ong fang t'ou chou kouan*, à Pékin, possède un manuscrit intitulé : *Miao hio tien li*, qui est un recueil d'ordonnances des Yuan rédigé en langue moderne avec une table de concordance des termes mongols. On en peut déduire que le recueil avait été préparé en vue de son insertion éventuelle dans le *Sseu k'ou ts'iuan chou*.

code véritable fut promulgué en 1373, sous le titre de *Ta Ming lu*¹. Il comprend 30 chapitres. ^{p.100} Des commentaires furent publiés ultérieurement. Une édition moderne résumant ces commentaires et donnant le texte de l'édition de 1397 du code a été publiée en 1908 par les soins de la Commission de codification de Pékin, sous le titre de : *Ming lu tsi kiai fou li*. Il faut joindre à ces œuvres le recueil administratif ou *Ta ming houei tien*, dont Li Tong-yang fit, en 1509 ou 1511, la première édition².

Le code des Ming eut un grand rayonnement en dehors de Chine, notamment en Corée et au Japon.

La dernière grande production juridique de l'Empire est le code des Ts'ing³. La première édition fut publiée en 1646. Les *li* furent ajoutés aux éditions à partir de 1740. C'est à cette date que le code prit le nom sous lequel il est généralement cité : *Ta Ts'ing lu li*. Une édition de 1801 a été traduite en anglais, partiellement, par Sir George Staunton, traduction mise en français par M. F. Renouard de Sainte-Croix en 1812. Une édition de 1890 a servi de base à la traduction du P. Boulais : *Manuel du Code chinois*. C'est l'édition de 1890 qui était en vigueur dans les dernières années de la dynastie, jusqu'à la réforme de 1910, dont il est question plus loin. Le *Ta Ts'ing lu li* est divisé en 40 chapitres, répartis entre les « 6 ministères » et la section *Ming li*, chaque chapitre étant lui-même divisé en un certain nombre de rubriques *men*, ou sections.

Pour les Ts'ing, comme pour les Ming, il existe un recueil d'ordonnances ou répertoire administratif, le *Ta Ts'ing houei tien*, dont il y a eu de nombreuses éditions ou recensions. Certains ministères ont également publié à diverses reprises des *tsō-li*, ou règlements.

Pour nous en tenir au *Ta Ts'ing lu li*, on doit y voir la somme de l'expérience législative chinoise depuis les origines jusqu'à l'époque de la codification moderne. En fait, c'est le code des T'ang qui est demeuré à la base de cette ancienne législation. Et l'on sait que le code des T'ang dérive des lointaines productions législatives des ^{p.101} Royaumes Combattants. Sur chaque ministère, il y a d'abord quelques dispositions immuables, les *lu*, dont on connaît le rôle, puis un nombre plus ou moins élevé de dispositions complémentaires ou *li*, représentant le droit appliqué en fait, sujettes à une révision générale tous les cinq ans et fréquemment modifiées entre temps. En outre, les éditions complètes comprennent trois séries de commentaires, en

¹ Pour les éditions, recensions, etc. v. PELLISOT, *op. cit.*, p. 36 et s ; — SOUEN TSOU-KI, *op. cit.*, pp. 53b à 58b ; — CHEN KIA-PEN, *Lu mou k'ao*, p. 8b et surtout, en appendice, l'étude sur les sources de la législation des Ming, *Ming lu mou yuan lieou*, p. 9b. — Analyse des lois des Ming dans le 9^e livre du *Lu ling* ; étude complète, en 3 livres, sous le titre : *Ming lu mou tsien* ; v. également : *Ming ta kao hiun ling*, Mesures sévères des grandes lois des Ming, L. I. — Comp. SIE YUN-CHENG (*tseu* : Yun-kiai), *T'ang Ming lu ho pien*, 1922.

² Détails dans PELLISOT, p. 37, note 3.

³ Pour les diverses éditions, v. PELLISOT, pp. 43 et s ; — SOUEN TSOU-KI, pp. 59b à 65b.

caractères différents : le commentaire *officiel*, qui a la même autorité que le texte lui-même, et est généralement inséré dans le corps de celui-ci, en caractères plus petits ; le commentaire *explicatif*, qui n'est, en style simple, que la paraphrase du texte ; le commentaire supérieur, qui se poursuit en tête des pages, et contient des ordonnances, des opinions de jurisconsultes, des résumés de décisions de justice, etc. Tel quel, le *Ta Ts'ing lu li* est un grandiose monument juridique qui renfermait toute la législation, publique et privée, de la Chine impériale. Droit administratif et pénal ; sacrifices et rites ; organisation militaire ; travaux publics ; code pénal très développé ; règles du mariage, des successions, de la propriété foncière, de la responsabilité civile, tout y est abondamment, minutieusement réglementé, et le plus souvent avec une intelligence, une psychologie, en un mot, une somme d'expérience humaine dignes d'admiration. Bien entendu, toutes les dispositions du code des Ts'ing sont assorties de sanctions qui sont le plus souvent d'ordre pénal et se réfèrent aux « cinq châtiments », employés selon une échelle déterminée ¹.

Dans les dernières années de la dynastie mandchoue, surtout à partir de 1898, l'esprit de réforme qui commença à se manifester et devait aboutir, en 1912, au renversement de l'Empire, se traduisit dans la législation comme dans d'autres domaines. Laissant de côté la codification proprement dite (V. Chap. II), j'indiquerai ici, car ces faits sont d'hier, les résultats obtenus en ce qui concerne le *Ta Tsing lu li*, seule législation alors en vigueur.

Une révision générale du code fut entreprise dans la 34^e année Kouang-Siu (1908) et achevée la 2^e année ^{p.102} Siuan-t'ong (1910). Cette révision aboutit, entre autres, aux trois réformes suivantes :

1° La peine de la bastonnade, déjà abolie en 1905, sur la proposition de certains juristes et politiciens, fut définitivement rejetée du code ; les divers degrés de cette peine qui sanctionnait, on le sait, non seulement des dispositions d'ordre pénal, mais un grand nombre de dispositions civiles, furent remplacés par des degrés d'amende correspondants ;

2° Toute sanction pénale fut supprimée pour les dispositions *civiles*, comprises dans les sections rattachées au livre III (éd. de 1890) et touchant notamment au mariage, au régime de la propriété, des successions, etc. Seules furent maintenues, pour les règles édictées dans cette section, des sanctions de nullité, d'annulation et d'indemnité ;

3° Un grand nombre de dispositions surannées étaient effacées par la révision ².

¹ Sur tous ces points, les ouvrages d'ALABASTER, de BOULAIS, etc., cités à la Bibliographie, fournissent toutes les indications utiles.

² Le travail de révision est exposé dans les préfaces du code et surtout dans un important volume intitulé : *Ho ting hien hing hing lu* (Examen comparé des lois pénales actuellement en vigueur), publication de la Commission de codification, 1^e année Siuan-t'ong (1909).

Sous cette forme rajeunie, la dernière édition officielle du *Ta Ts'ing lu li* parut le 7^e jour de la 4^e lune de la 2^e année Siuan-t'ong (1910). Elle reçut le titre de *Ta Ts'ing hien hing hing lu*, c'est-à-dire « Lois pénales actuellement en vigueur de la grande dynastie Ts'ing ». Elle comprend 30 livres et deux appendices. Ce recueil est fréquemment désigné, dans les arrêts de la Cour suprême rendus entre 1912 et 1931, par l'expression : *hien hing lu*, c'est-à-dire : « Lois en vigueur »¹. Le mot « pénales », maintenu dans le titre officiel, ne doit pas être pris à la lettre. En fait, le *Ta Ts'ing hien hing hing lu* renferme le code pénal alors en vigueur, mais il contient également un nombre suffisant de règles applicables aux affaires civiles et commerciales. Et ceci a permis à la Cour suprême de Pékin^{p.103} de déclarer, en 1914, soit deux ans après la mise en vigueur du Code pénal provisoire de 1912, que le seul fait du maintien du mot : « pénales » dans le titre officiel du code des Ts'ing ne signifiait point que ce code fut abrogé. La Cour suprême a parfaitement défini la mesure dans laquelle le code des Ts'ing demeurerait en vigueur pendant ces dernières années : « Tant que le code civil de la République n'aura pas été promulgué, les dispositions en matière civile du *Ta Ts'ing lu li* (c'est-à-dire du *Ta Ts'ing hien hing hing lu*), demeureront obligatoirement en vigueur, à l'exception de celles qui sont en conflit avec la forme actuelle du Gouvernement. La partie pénale de ces dispositions, telles que les sanctions édictées dans les articles en matière civile de la loi en vigueur (par exemple, les expressions du *Ta Ts'ing lu li* : sera puni de la peine de tel degré, subira la même peine, etc.) ne pourra plus être invoquée pour prononcer des condamnations, mais on devra encore l'appliquer en ce qui concerne la validité de l'acte sujet à sanction, afin de décider si celui-ci est sans effet ou bien susceptible d'annulation »².

En fait, un nombre important de dispositions du *Ta Ts'ing lu li* sont restées en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil en 1930 et en 1931. On peut donc dire que c'est seulement depuis quatre ans que les tribunaux chinois ont cessé d'appliquer, par exemple en matière de droit de famille, certaines règles traditionnelles de la législation impériale dont les lointaines origines remontent aux rituels, aux livres classiques, et, par-delà ceux-ci, aux premières conceptions des anciens Chinois sur l'ordre naturel et son interdépendance par rapport à l'ordre humain. Le *Ta Ts'ing lu li*, pour tout dire, représentait, en matière législative, trente siècles de civilisation.

Aujourd'hui, de tout cet immense passé, il ne subsiste plus que les règles conservées pour être incorporées dans la codification moderne : Celle-ci était envisagée dans le même temps qu'on songeait, d'autre part, à une réforme

¹ En même temps, l'on procédait à une révision des dispositions légales intéressant les Mongols relevant de la juridiction du *Li fan yuan*. V. le *Kin ting li fan pou tsö li*, éd. de la 34^e année Kouang-siu (1908).

² V. les décisions nos 304 (1914) et 882 (1919), Recueil des Sommaires, etc., n° 4, p. 2 ; suppl, n° 1964, p. 2.

complète du *Ta Ts'ing lu li*. Il convient donc d'arrêter ici cet aperçu historique.

@

TROISIÈME PARTIE, CHAPITRE PREMIER

L'ORGANISATION JUDICIAIRE, APERÇU HISTORIQUE

@

^{p.251} Chen Kia-pen a consacré deux livres de son œuvre monumentale à des recherches sur l'organisation judiciaire chinoise depuis l'antiquité jusqu'aux Ming inclus ¹. Mais il donne à peu près exclusivement une énumération des titres des fonctionnaires, avec des détails sur la composition des services, sans insister sur leurs attributions. Les problèmes de compétence ne sont même pas abordés. Le livre I s'arrête à la dynastie Souei. Il y est traité d'abord de ces officiers semi-légendaires que furent les ministres de la justice de Fou-hi, de Kong-kong, de Chen-nong, de Houang-ti, etc. ; juges dont l'appellation symbolique dérivait de l'emblème de la dynastie : *Po long che*, Dragon blanc, de Fou-hi ; *Si chouei*, Source de l'Ouest, de Kong-kong ; *Si houo*, Flamme de l'Ouest, de Chen-nong ; *Po yun*, Nuage blanc, de Houang-ti ; *Chouang kieou che*, Épervier de Siao-Hao, etc. ². Aux temps de Yao et de Chouen, puis sous les Hia, on rencontre déjà des titres de caractère moins concret. Kao-Yao, l'inventeur du droit pénal, grand justicier de Chouen, a le titre de *Che*. Sous les Hia, le grand juge est appelé *Ta li*, titre que porteront encore, en 1928, les magistrats de la Cour suprême. Les Yin (Chang) créent le *Sseu k'eou*, préposé aux brigands.

On sait de quelle puissante organisation administrative et juridique le *Tcheou-li* fait honneur à la dynastie ^{p.252} Tcheou. Les fonctions judiciaires, dans cet ouvrage semi-utopique, sont réparties, selon un mécanisme très complexe, entre le *Ta-tsai*, le *Siao-tsai*, le *Kong po*, dont les attributions sont d'ordre général ; le *Ta-sseu t'eou* et le *Siao-sseu t'eou*, le *Sseu-kieou*, qui a

¹ *Li tai hing*, 2 livres. Préfaces de WOU T'ING-SIE et de l'auteur. — V. également MOU HAN, *Ming hing kouan kien lou*, 1847. — M. TONG K'ANG a récemment plié (1934) un petit ouvrage sur le jugement des affaires pénales au point de vue historique : *Chen yi yong tan*. Le chap. I contient une intéressante étude sur l'évolution de la rédaction des jugements, avec des exemples empruntés aux différentes dynasties. Le même auteur a réimprimé un ouvrage des Ming en partie perdu. Il s'agit du *Pi pou tchao yi*, recueil de procès célèbres, rédigé sous Kia tsing (1522-1566). Il figurait dans la célèbre bibliothèque T'IEN YI KO à Ning-po et comptait 10 vol. On en a retrouvé 5 au Japon et ils ont été placés dans la Bibliothèque orientale de Pékin.

² V. *Tso tchouan*, Tch'ao, 17e année., trad. Legge, 2^e partie, pp. 666-667 [COUVREUR, III, 279]

plutôt un rôle moralisateur ; le *Mei-che*, juge des mariages ; le *Sseu-che*, prévôt des marchés ; le *Ta-sseu k'eou* et le *Siao-sseu k'eou*, etc. ¹

Sous les Ts'in apparaît un nouveau titre de juge criminel : le *T'ing wei*. Les Han conservent ce magistrat en lui donnant des assistants de rangs divers. Les Wei instituent des *Lu po che*, « Lettrés au vaste savoir juridique » ², dont la fonction semble avoir été à la fois pédagogique et administrative ³.

Sous les Ts'i, on trouve mentionnée la charge de *Ta li sseu k'ing*, président de la Cour suprême. Celui-ci était encore, sous la dernière dynastie, l'un des *Ta kieou k'ing* ou présidents des Six Ministères et des Trois Cours spéciales ⁴.

Il ne saurait être question, dans une esquisse historique élémentaire, de suivre l'évolution de toutes ces charges. Parmi les sujets de recherches dans l'ancienne administration chinoise, l'étude de l'organisation judiciaire est une matière neuve qu'il faut signaler.

A partir des T'ang, la hiérarchie judiciaire se précise et se consolide, destinée à traverser les siècles, avec des modifications de caractère temporaire, qui laissent intacte une ossature parvenue jusqu'à l'époque contemporaine. Cette hiérarchie est exposée dans divers ouvrages, entre autres le *T'ang lieou tien*. Elle comporte d'abord un ministère des Châtiments ou de la Justice, *hing pou*, qui restera l'un des six ministères de l'État, le cinquième, ^{p.253} et dont la hiérarchie, on l'a vu, a servi de base, depuis les Ming, à la division générale du Code. Le président de ce ministère, *Chang chou*, est un fonctionnaire du troisième degré. Il est assisté d'un grand nombre de fonctionnaires subalternes. Dans l'administration judiciaire provinciale ⁵, on relève les « services judiciaires », *fa ts'ao*, et les « bureaux judiciaires », *sseu fa*.

Les Song placent à la tête de la hiérarchie judiciaire une sorte d'organisme suprême appelé *Men hia cheng*. Ils donnent à l'un des secrétaires impériaux, *Yu che*, dont l'origine est très ancienne ⁶, le titre de *Kien fa*, protecteur de la loi, créent enfin un fonctionnaire judiciaire à compétence généralisée, le *T'ong p'an*.

Les Leao (947-1125), dynastie tartare, créent des juges spéciaux pour les affaires intéressant les Barbares. Il n'est pas sans intérêt de signaler cette

¹ Sur les attributions de ces officiers, v. CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, et le *Tcheou-li*, trad. Éd. BIOT. V. une énumération plus complète, avec l'indication sommaire des fonctions, dans la table analytique de l'ouvrage. On y trouvera également le nom d'un fonctionnaire civil chargé de donner un caractère authentique aux conventions des particuliers.

² C'est le titre moderne pour docteur en droit. V. IVe Partie.

³ CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, L. I, p. 33b.

⁴ CHEN KIA-PEN, *loc. cit.*, p. 26b.

⁵ V. R. DES ROTOURS, *Les grands fonctionnaires des Provinces sous la dynastie des T'ang* (extr. du *T'oung pao*, 2^e série, vol. 25, 1927).

⁶ KAO YI-HAN, *Tchong kouo yu che tche tou ti yen ko*, Évolution du régime des censeurs en Chine, Chang-haï, 1926.

apparition reculée d'un régime spécial d'exterritorialité juridictionnelle. Mentionnons les *Yi li pi* de gauche et de droite ¹.

Notons également l'institution de fonctionnaires judiciaires chargés de recueillir les plaintes du peuple, *Nan mien fen sseu kouan*. Les Kin gardent toute cette organisation. Ils y ajoutent un *tche fa*, jurisconsulte chargé de surveiller l'application de la loi.

Avec les Yuan, l'organisation administrative et judiciaire de la Chine subit, sous les premiers souverains de la dynastie, d'importantes réformes ². L'institution des *Touan che kouan* est décrite par Chen Kia-pen ³. Les fonctions judiciaires des *Ta tou hou*, ou gouverneurs des marches frontières, institution qui date des T'ang ⁴, prendront d'autant plus d'importance que le nombre des sujets étrangers de l'Empire ira s'accroissant.

^{p.254} Les Ming apportèrent à l'organisation mongole les modifications destinées à traduire le réveil d'un esprit purement chinois. Une fois de plus, les noms des divers fonctionnaires furent changés, de nouveaux officiers créés. La centralisation des grands tribunaux à la capitale (Nankin) fut accentuée. Le *Ta li sseu* vit ses attributions précisées par rapport au *hing pou* ⁵. On rencontre des fonctionnaires appelés *li wen* et qui semblent des juristes spécialement chargés de vérifier les textes applicables ⁶.

L'organisation judiciaire des Ts'ing a été bien souvent décrite. Il suffit de la résumer ⁷.

Sans parler du rôle judiciaire des chefs de famille, des anciens du clan ou du village — et c'est un rôle d'une grande importance — tout procès met en jeu, au premier degré, l'intervention du fonctionnaire local, chef du *hien*, le *tche hien*. En vérité, comme il est en même temps administrateur et qu'il n'a pas d'ordinaire de culture juridique spécialisée, le *tche hien* est assisté de *che ye*, sorte de rédacteurs judiciaires, ayant un rôle de conseillers. La ville de Chao Hing, Tchö-kiang, réputée pour son vin, est également célèbre pour ses *che ye*, à tel point que les fonctionnaires dont nous venons de parler sont

¹ V. CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, livre II, pp. 9-10.

² V. le Code des Yuan, trad. de P. RATCHNEVSKY, le *Yuan tien tchang*, le *Ta Yuan t'ong tche*, etc.

³ *Op. cit.*, p. 13.

⁴ V. DES ROTOURS, *op. cit.*, p. 26.

⁵ CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, p. 22b, *Appendice*, p. 31. Le *hing pou* avait un droit de révision sur les décisions du *Ta li sseu* (*eod. loc.*, p. 30). Sur le *Ta li sseu* de Nankin, v. le *Fang lou kiu che tsi*, de WANG TS'IAO, livre VII, chap. 9 : *Nan king ta li sseu t'i ming ki*, p. 29-31. L'auteur, WANG TS'IAO, *hao* : Fang lou, avait été haut fonctionnaire du *Ta li sseu*. — Sur WANG TS'IAO, v. également PELLINOT, *Notes de bibliogr.*, p. 40, note 3.

⁶ CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, p. 23.

⁷ V., entre autres, le livre d'E. ALABASTER, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law*, pp. 7 et s. ; — et, avec un grand nombre de détails, le précieux ouvrage de H. S. BRUNNERT et V. V. HAGELSTROM, *Present Day Political Organization of China*, Shanghai, 1912.

appelés couramment *Chao hing che ye*. Ceux-ci étaient du reste de deux sortes. L'un s'occupait plus spécialement du recouvrement des impôts, *ts'ien kou* ; l'autre est le spécialiste judiciaire, *hing ming* (châtiments et noms : on retrouve ici la trace d'un antique système de correspondance ; v. Première Partie). Parfois, ces deux fonctions sont réunies dans une même personne.

Au-dessous des *che ye*, on trouve les *chou pan*. Ce sont des employés payés par le *tche hien*. Ils rédigent ^{p.255} les brouillons des jugements et les présentent aux *che ye*, qui les publient au nom du sous-préfet. C'est celui-ci, en principe, qui procède en personne à l'interrogatoire. Dans les affaires importantes et délicates, le technicien, le *Chao hing che ye*, est derrière l'écran et souffle son rôle au magistrat.

Il n'y a presque jamais d'avocats ¹. Ils ont toujours été mal vus. D'abord, pour toutes les raisons qu'on peut déduire de la conception particulière que les Chinois se sont fait de la loi. Admettre que son application, son interprétation puissent faire l'objet de discussions, que le juge puisse être contredit, attesterait un intolérable désordre. A la vérité, il n'y a aucune place pour un avocat dans l'organisation judiciaire chinoise traditionnelle. C'eût été un rôle singulièrement dangereux ! Le juge interroge les plaideurs — toujours sous l'angle du droit pénal : l'ordre est déjà troublé du fait qu'il y a un procès ; lui, magistrat, se sent déjà responsable et il y aura normalement deux individus à punir — sans compter, éventuellement, les malheureux témoins.... Si le juge acquiert la conviction que les faits sont exacts et qu'ils tombent sous le coup d'un texte du code, il n'y a plus rien à faire. Seul reste possible, sous certaines conditions, le recours à une juridiction plus élevée.

Par ailleurs, les codes dynastiques ont toujours prévu des exemptions de juridiction au profit d'un certain nombre de personnes privilégiées et de leurs parents, sauf quelques exceptions. C'est le régime des *pa yi* (huit délibérations), ainsi appelé parce que, pour huit catégories de personnes, le juge saisi est tenu, après rapport fait à l'Empereur, de délibérer spécialement sur l'affaire et d'envoyer à l'Empereur, qui seul peut statuer, le résultat de son examen. Parmi ces classes privilégiées, il convient de signaler les parents de l'Empereur, les anciens serviteurs de la famille impériale, certains hommes de grande valeur civile ou militaire, les hauts clans de fonctionnaires, les descendants des anciennes dynasties. De même, bénéficiant de règles particulières au point de vue judiciaire, les ^{p.256} classes inférieures de fonctionnaires, les licenciés, docteurs, bacheliers, etc.

Le *tche hien* tient une série de statistiques judiciaires très détaillées et destinées aux autorités supérieures.

¹ V. section IV.

Au-dessus de lui s'étagent d'autres autorités judiciaires de *fou* et de province, compétentes selon certaines distinctions¹. Le juge le plus élevé de la province est le *Ngan tch'a che* ou, en langue parlée, *Nie t'ai*. D'appel en appel, la cause parvient ainsi à la Cour suprême, *Ta li sseu*. Celle-ci comprend deux présidents et deux vice-présidents mandchous et chinois.

Le *Ta li sseu* n'est du reste pas le juge unique et définitif de toutes les causes. Dans des cas déterminés, il agit en collaboration avec deux autres organes : le *Tou tch'a yuan* et le *Hing pou*, ce dernier étant le tribunal suprême de révision et de contrôle, en même temps que le ministère de la justice. La réunion de ces trois organes s'appelait *San fa sseu*. S'ils sont tous du même avis, le *hing pou* le fait connaître à l'Empereur. S'il y a deux avis (il ne doit pas y en avoir trois), le *hing pou* se borne à les transmettre, l'Empereur étant seul juge. Des délais sont fixés par la loi pour la transmission d'une même affaire aux diverses juridictions.

Je néglige ici le détail de la procédure, des enquêtes, etc. Je veux seulement mentionner l'institution importante des assises d'automne et les amnisties.

a) Les assises impériales manifestent d'une manière saisissante cette recherche, traditionnelle en Chine, de l'harmonie entre l'ordre humain et l'ordre naturel. En dehors des cas où une répression immédiate s'impose, les sentences capitales ne peuvent être exécutées que sur l'ordre de l'Empereur. Celui-ci joue le rôle d'une cour de révision de tous les procès jugés dans l'année et qui comportent une sentence de mort. Les assises impériales sont au nombre de deux ; elles se tiennent en automne, parce que c'est le moment de la chute des feuilles, du deuil et de la tristesse de la nature. L'automne, c'est p.257 l'Ouest, c'est le Métal, c'est le Châtiment, c'est le *yin*. Les premières assises — dénommées spécialement assises d'automne, *ts'ieou chen* — sont consacrées à la révision des sentences portées par les magistrats de province ; les secondes, *tchao chen* ou assises de la Cour, sont consacrées à la révision des décisions capitales rendues par les magistrats de Pékin.

Tous les ans, au quatrième mois, les vice-rois et les gouverneurs de province révisent les dossiers des prisonniers de leur juridiction. Ils les classent en cas certains et en cas douteux et les envoient, le mois suivant, au *hing pou*. Dans les dix premiers jours du septième mois, le *hing pou* présente à l'Empereur la liste des cas, avec les remarques des autorités et ses propres observations. Au milieu du huitième mois une Cour spéciale de révision examine tous les dossiers, apporte les corrections qu'elle juge nécessaires : confirmation, commutation, etc. Les décisions sont consignées sur un registre et soumises à l'Empereur.

¹ V. HOANG, *Mélanges sur l'administration* ; — ALABASTER, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law* ; — BRUNNERT et HAGELSTROM, *Present Day Political Organization of China*, etc.

Enfin, dans le dixième mois, soixante jours avant le solstice d'hiver, l'Empereur, vêtu de deuil et entouré d'un certain nombre de très hauts fonctionnaires judiciaires, se livre à une révision finale¹ ; sa décision est souveraine.

Les mêmes formalités sont observées aux assises dites *tch'ao chen*².

b) La pratique des assises d'automne n'était pas seule à permettre à l'Empereur d'exercer sa clémence. L'amnistie, *chō*, est également une institution connue en Chine de longue date, ainsi qu'en témoigne une remarquable étude de Chen Kia-pen³. Le deuxième livre de ce travail^{p.258} énumère vingt-trois cas d'amnistie dont plus d'un se rattache à la conception de l'ordre naturel. L'avènement d'un nouvel empereur, une victoire remportée sur les ennemis sont des causes d'amnistie en tous pays ; mais le commencement d'une ère nouvelle, la fixation du lieu de la capitale, la découverte de signes de bonheur, la survenance de prodiges sont des causes plus spécifiquement chinoises. Il existait du reste une grande variété d'amnisties, les unes générales, les autres limitées à certaines catégories de peines ou de coupables, etc. Des Han jusqu'aux Ts'ing, de très nombreux textes accordant l'amnistie ont été promulgués.

Telle était dans ses grandes lignes l'organisation judiciaire de l'époque impériale au moment où interviennent, en 1905, les premières réformes. Tout d'abord, le *hing pou* est transformé en un ministère de la justice, tandis que le *Ta li sseu* devient indépendant et, sous le nouveau nom de *Ta li yuan*, demeure la Cour suprême. Après une série de réformes partielles, d'abord limitées au district de la capitale, une loi générale d'organisation judiciaire fut promulguée le vingt-huitième jour de la douzième lune de la première année Siuan-t'ong (7 février 1910). Elle comprend quinze chapitres et cent soixante-quatre articles et consacre le principe nouveau en Chine de la séparation du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire.

@

¹ Pour les détails et notamment le fameux « cercle vermillon » dans lequel figurent les noms des condamnés, v. ALABASTER, *op. cit.*, pp. 27-29.

² Dans les œuvres littéraires de CHEN KIA-PEN figure une préface au recueil de la jurisprudence de la Cour d'assises d'automne. L'auteur de la préface indique la composition et le contenu de ce recueil qui fut commencé la trente-deuxième année K'ien-long (1760) et porte le titre de *Ts'ieou chen pi kiao t'iao k'ouan fou ngan*, Recueil, 6^e livre (préfaces), p. 11b. — M. TONG K'ANG s'est occupé à plusieurs reprises des assises d'automne. On lira avec intérêt une étude publiée dans la revue *Fa kouei*, n° de juillet 1933, p. 5, et intitulée *Louen ts'ieou chen tche tou yu ngeou mei kien hing wei yuan houei*. M. TONG K'ANG y compare le rôle des assises d'automne aux « Commissions des grâces » fonctionnant en Europe et aux États-Unis.

³ En douze livres, dans le *Li tai hing fa k'ao*.

CHAPITRE II

LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET L'INTERPRÉTATION

I

@

^{p.267} Les décisions rendues par un même tribunal sur le même objet finissent par former jurisprudence. Sans être légalement lié par ses solutions antérieures, ce tribunal aura une tendance naturelle à juger avec une certaine uniformité les affaires qui lui sont soumises dans des conditions identiques. Lorsque le tribunal est d'un rang élevé, lorsque, plus encore, il est la juridiction suprême du pays, sa jurisprudence acquiert une autorité telle que les tribunaux inférieurs s'y conforment tout naturellement, sans parler des cas dans lesquels cette conformité est d'ordre constitutionnel.

Ce qui vient d'être dit est vrai de tous les pays ayant une civilisation juridique développée, encore que la formation de la jurisprudence ne soit pas partout identique, cette formation subissant l'influence du génie juridique propre à chaque peuple. En France, c'est une longue suite de décisions consacrant une même solution sur un point donné qui constitue la règle, en marge de la loi, mais dans son orbite. En Angleterre, à propos d'un cas, un juge de haute réputation établit un jour une règle qui forme précédent et qu'on invoquera, dans les temps ultérieurs, à défaut de texte de loi, et avec la valeur d'un texte, comme une disposition faisant partie intégrante du *Common Law* (système du *Case Law*). En Chine, la formation de la jurisprudence semble se rapprocher plutôt du système continental, mais le rôle des décisions proprement contentieuses est singulièrement éclipsé par celui des décisions dites d'interprétation, dont il est parlé plus loin.

Il est très probable qu'en Chine, dès une époque reculée, les tribunaux supérieurs des chefs-lieux de province ^{p.268} et même ceux des *hien* les plus importants ont eu leur jurisprudence, dont la continuité était le fait des jurisconsultes attachés au fonctionnaire administratif en charge de ces localités. Les décisions les plus importantes ont été fréquemment rassemblées et imprimées, à titre officiel ou privé, comme elles le sont encore aujourd'hui. Ces recueils n'étaient pas seulement utilisés par les juges pour y chercher des précédents, ils avaient une utilité pédagogique pour la formation des jurisconsultes (V. Quatrième Partie).

Pour le passé le plus reculé, on consultera avec fruit, dans l'immense ouvrage de Chen Kia-pen, le 22^e livre des fragments des lois des Han, *Han lu*

tche yi. On y trouve mentionnés divers recueils de jurisprudence dont les titres seuls nous ont été conservés ¹, entre autres un *Kiue che pi*, recueil de décisions qui comprenait treize mille quatre cent soixante douze cas ; un *Tseu song pi*, un *Kiue che tou mou*, un *Fa pi tou mou*, etc. Les noms des jurisconsultes des Han, Tchang T'ang, Tch'en Tch'ong, Pao Yu, Tcheng Hong, Tchao Yu, sont attachés à ces compilations qui ont servi de modèle aux recueils des dynasties postérieures.

A s'en tenir à la dynastie des Ts'ing, l'œuvre jurisprudentielle de la Cour suprême et des grands tribunaux provinciaux est d'une très grande importance. Les décisions (jugements et ordonnances) du *Hing pou* ont fait l'objet de deux grands recueils, le *Hing ngan houei lan*, en soixante chapitres, publié en 1834 par Pao Chou-yun, avec son supplément en seize chapitres (1840), et le *Hing pou pi tchao*, de Hiu Lien (1834). Vers la même époque paraissait le *Chouo t'ie lei pien*, en trente-six chapitres, par Tai Touen-yuan. C'est un recueil de discussions sur des cas particuliers soumis à des juges provinciaux. On y voit fréquemment invoquer l'autorité des Classiques pour justifier l'application de peines dans des cas non prévus par la loi. A Canton, vers 1828, ^{p.269} Tchou Yun avait publié un autre recueil de jurisprudence provinciale, le *Yue tong tch'eng ngan tch'ou pien*.

On sait que les décisions les plus importantes de ces hautes juridictions, particulièrement du *Hing pou*, ont fini par former les *li* des codes dynastiques au fur et à mesure des révisions quinquennales ². Il est donc exact d'affirmer que, pour la période impériale, il a existé de tout temps une abondante jurisprudence servant d'illustration à la loi, dans des conditions comparables à celles où opère la jurisprudence des tribunaux d'Occident.

II

^{p.272} Il n'a été question jusqu'ici que de jurisprudence proprement dite, c'est-à-dire de celle qui se dégage de l'ensemble des arrêts de justice, rendus dans des litiges entre particuliers. Il s'agit donc de décisions contentieuses, tranchant des cas concrets. Les noms des parties sont, en principe, mentionnés. Il n'est pas douteux que la règle qui se dégage d'un grand nombre de cas de cette nature finit par s'incorporer au texte de loi dont elle constitue, somme toute, au moins autant une interprétation qu'une application, dans la

¹ De rares indications apparaissent encore dans les travaux, maintes fois cités, de PELLIOU, TONG K'ANG, SOUEN TSOU-KI, etc.

² Les meilleurs commentateurs européens du *Ta Tsing lu li*, ALABASTER et BOULAIS, citent maintes fois les recueils écrits au texte.

mesure où il est possible de discriminer ces deux actes. A ce point de vue, les choses se passent à peu près de même en Chine et en Occident.

Mais le droit chinois connaît une autre institution d'une importance capitale et qui est devenue une pièce ^{p.273} essentielle de l'élaboration du droit positif moderne, en fait, une véritable source du droit : il s'agit des décisions d'interprétation, *Kiai che li*. Il est indispensable de la décrire ici d'une manière assez complète. La chose est d'autant plus intéressante qu'il paraît s'agir d'une institution spécifiquement chinoise, familière, de longue date, à la mentalité juridique du pays ¹.

Dans le *Hing fa tche*, de l'Histoire des Han, il est question d'une ordonnance par laquelle l'empereur Kao Houang-ti (200 av. J-C.) prescrivait aux juges de s'adresser aux fonctionnaires supérieurs pour trancher les cas douteux, ces fonctionnaires remontant jusqu'à l'empereur à qui l'on devait indiquer les lois applicables dans les mêmes circonstances ². On peut donc voir là une lointaine origine de l'interprétation juridique. Mais, en serrant le problème de plus près, on arrive à reconnaître, dans la formation de cette technique, le rôle d'un personnage très important de la dynastie Han, le lettré Tong Tchong-chou, qui vécut entre 175 et 105 environ avant l'ère chrétienne ³. C'est à lui qu'on rapporte l'invention de la théorie du « gouvernement par l'histoire ». Les lettrés, conseillers du prince, doivent justifier et coordonner ses actes à l'aide des précédents, c'est-à-dire d'une interprétation des faits historiques, l'histoire étant ainsi conçue « comme un aménagement du passé estimé efficace pour l'organisation du présent » ⁴. L'origine de cette thèse remonte elle-même au travail de Confucius, ou attribué au Maître, poursuivi sur le *Tch'ouen ts'ieou*, et consistant à porter sur les faits, grâce à une terminologie très précise et rectifiée (*tchen ming*), un jugement ^{p.274} décisif qui eût la valeur d'un enseignement rituel ⁵. Cette méthode n'a pas été appliquée seulement aux « actes de gouvernement » proprement dits ; elle l'a été aussi aux actes mettant en jeu l'application des peines, c'est-à-dire à des problèmes juridiques. Et cela, même les Chinois modernes le sentent et le reconnaissent. «..... Le *Tch'ouen ts'ieou* est un véritable recueil de jurisprudence pour nous, Chinois. C'est au *Tch'ouen*

¹ Pour ce qui va suivre, consulter KIN FEI-LOUAN, *Origine du droit*, article de la Revue *Houa kouo*, dirigée par TCHANG PING-LIN (Tchang T'ai-yen), II, n° I, nov. 1924 ; — CHEN KIA-PEN, *Han lu tche yi*, Fragments des lois des Han, 22^e livre, pp. 4a et s. ; TCHENG CHOU-TÖ, *Han lu k'ao*, Recherches sur les lois des Han, 6^e livre, *Tch'ouen ts'ieou kiue yu k'ao* et *Kieou tch'ao lu k'ao*, *Han lu k'ao*, VIIe livre, *Wei lu k'ao*, p. 35 ; — *Kin lu k'ao*, p. 22 ; KANG WOO, *Les trois théories politiques du Tch'ouen ts'ieou*, Paris, 1932 : v. surtout note 3, pp. 26-27, p. 37, pp. 65-68 ; — Georges SUN, *Du rôle des décisions d'interprétation (Kiai che li) comme source du droit chinois, principalement en matière de fiançailles*, Paris, 1932, etc.

² V. l'analyse du document dans CHEN KIA-PEN, *op. cit.*, livre VI, p. 17b.

³ V. les arguments dans KANG WOO, *op. cit.*, note 3, p. 25, *in fine* (p. 28).

⁴ GRANET, *Pensée chinoise*, p. 577.

⁵ V. Ire Partie, chap. 1er, p. 21, note 37.

ts'ieou que nous sommes redevables de toute la technique du droit purement chinois et de la conception suivant laquelle c'est le jugement et non la loi qui fait la justice »¹.

Ce n'est pas seulement dans le *Tch'ouen ts'ieou* lui-même que l'on peut ainsi étudier le droit chinois dans sa pureté primitive. C'est encore et surtout dans les commentaires du célèbre livre. Le plus connu, le *Tso tchouan*, permettrait, soit dit en passant, de comprendre toute l'ancienne procédure chinoise et le caractère particulier d'un formalisme que j'ai indiqué ailleurs (I^{ère} Partie, ch. I^{er}). Deux autres écoles de commentateurs ont eu également une grande fortune, bien que l'école du *Tso tchouan* se soit finalement imposée ; ce sont l'école de *Kong yang* et celle de *Kou leang*. Parmi les maîtres de l'école de *Kong yang*, le plus célèbre fut précisément Tong Tchong-chou, l'auteur du *Tch'ouen ts'ieou fan lou*. Parmi ses autres œuvres, on cite un *Tch'ouen ts'ieou kiue yu*². Le lettré Ying Chao, qui vivait à la fin des seconds Han, raconte que, tandis que Tong Tchong-chou vivait dans la retraite³, l'empereur Wou avait pris l'habitude de le consulter en lui envoyant un légat et le grand juge (*t'ing wei*) Tchang T'ang (auteur d'une partie des lois des Han : v. IIe Partie, ch. I^{er}). Ces demandes de consultation portaient souvent^{p.275} sur des questions de droit. Tong Tchong-chou aurait ainsi composé le recueil de ses réponses, au nombre de deux cent trente-deux, sous le nom de *Tch'ouen ts'ieou kiue yu*. Ce recueil était perdu dès avant la composition du *Yong lo ta tien* (1407). Mais des érudits affirment avoir retrouvé soixante-treize de ces décisions en dépouillant des ouvrages littéraires et des encyclopédies⁴.

Ces jugements, nous assure-t-on, étaient toujours conformes aux règles, c'est-à-dire aux précédents historiques⁵. Aussi bien, dans le *Tch'ouan ts'ieou fan lou*, on trouve à maintes reprises développée la théorie de Tong Tchong-chou, traditionaliste, orthodoxe, hostile aux Légistes, partisan du

¹ HOU YAN-MUNG, *op. cit.*, pp. 76-77. J'ai souligné la dernière phrase particulièrement significative.

² Sur ce recueil, v. KANG WOO, *op. cit.*, pp. 36-37 et notes ; — TCHENG CHOU-TÖ, *op. cit.* — Cet ouvrage est connu sous d'autres titres qui semblent correspondre à des rédactions successives : *tche yu*, en 16 *pien* et 7 *lou* ; *toan yu*, en 5 *k'uan* ; *kiue che* et *kiue che pi* en 10 *k'uan*, etc.

³ Il avait dû démissionner de sa charge de « lettré au vaste savoir », *po che*, pour avoir critiqué le gouvernement des Han dans des dissertations sur les prodiges.

⁴ TCHENG TCHOU-TÖ, *Han lu k'ao*, livre VI, p. 1b.

⁵ Un disciple de Tong Tchong-chou, Lu P'ou-chou, fut envoyé par l'empereur Han Wou-ti pour réprimer la révolte du prince de Houai nan, Lieou Ngan, l'un des auteurs du célèbre petit traité appelé *Houai Nan tseu*. Le prince se suicida avant l'arrivée de Lu P'ou-chou. Ce dernier avait reçu le pouvoir de régler directement l'affaire sans attendre l'approbation impériale. Les décisions de Lu P'ou-chou furent établies d'après la justice du *Tch'ouen ts'ieou* et furent toutes ratifiées par l'empereur (*Wen hien t'ong k'ao*, éd. de la XXVII^e année Kouang-siu, 1901, Chang-hai, tome XXIV, livre 163, p. 4b).

gouvernement par les rites et la musique¹. Concernant l'application des châtiments, ses idées sont que le prince doit gouverner d'après les intentions du Ciel². Il doit donc étudier les lois du Ciel pour fixer les règles du gouvernement. Les lois du Ciel agissent par les deux principes *yang* et *yin*. Le principe *yang* préside à la bienfaisance, le principe *yin* préside aux châtiments ; l'un est principe de vie, l'autre, principe de mort. Le principe *yang* prédomine en été, faisant naître et croître les êtres ; le principe *yin* prévaut en hiver et se cache dans les lieux déserts et stériles. Ceci est la meilleure preuve que le Ciel aime la vie et non la mort. Donc, un souverain qui gouverne d'après les intentions du Ciel doit être bienveillant à l'égard de ses sujets ; il doit les instruire, mais se garder de recourir aux châtiments. Celui qui ne saurait qu'appliquer la rigueur serait en désaccord avec les anciens souverains. ^{p.276} Et Tong Tchong-chou de rappeler les exemples tirés du bon gouvernement des Tcheou en les opposant aux rigueurs des Ts'in dont la dynastie, à cause de cela, ne dura que quatorze ans. Il cite encore les critiques de Confucius (*Louen yu*, chapitre II) contre l'emploi des lois et des peines. Il en conclut que le gouvernement a pour devoir essentiel d'instruire le peuple, en lui apprenant à se bien conduire. Ainsi les châtiments deviennent inutiles, etc. En un mot, c'est tout l'enseignement orthodoxe que nous connaissons.

Dans le chapitre V, *Tsing houa*, du livre III du *Tch'ouen ts'ieou fan lou*, Tong Tchong-chou indique cette notion importante que, dans les affaires judiciaires, on doit remonter à l'intention, quel que soit le degré de conformité de l'acte avec le texte. Une intention perverse doit être punie lourdement, une intention droite, légèrement³.

Conception qui, du reste, en dépit de l'exaltation du « gouvernement par la bienveillance », ne laisse pas que de conduire le prince à user, et parfois lourdement, de la sévérité⁴.

D'après le *Wen hien t'ong kao*⁵, l'empereur Wou était très rigoureux envers les inférieurs. Son grand juge, Tchang T'ang, estimait que la justice doit être cruelle et Tong Tchong-chou justifiait cette sévérité à l'aide des Classiques. C'est à lui que l'auteur du *Wen hien t'ong kao*, Ma Touan-lin, attribue la responsabilité des conséquences fâcheuses de ces mesures. Depuis

¹ M. GRANET a mis en lumière la façon dont l'orthodoxie de TONG TCHONG-CHOU, en s'alliant avec la scolastique des commentateurs et des ritualistes, finit par étouffer l'humanisme de Confucius et faussa l'esprit historique (*Pensée chinoise*, pp. 577, 578-580).

² Je suis ici l'excellent résumé donné par KANG WOO, *op. cit.*, pp. 66 et s.

³ Ce sont déjà les enseignements figurant dans les chapitres *K'ang kao* et *Tsieou kao* du *Chou king*.

⁴ C'est ce qu'a justement observé M. TCHANG T'AI-YEN, dans son étude sur le droit de cinq dynasties, *Wou tchao fa lu sou yin*, pp. 70b-80 du Recueil de ses œuvres littéraires (*T'ai yen wen lou*, v. p. 71b. — V. I^{re} Partie, ch. I^{er}, p. 30, note 57.

⁵ *Eod. cit.*, tome XXVI, livre 182, p. 5b.

que Kong-souen Hong ¹ utilisait la même méthode et que Tchang T'ang s'en tenait à une interprétation très sévère des *king*, demandant en outre que le nombre des juges fut augmenté par des gens spécialement versés dans l'étude du *Tch'ouen ts'ieou* et du *Chou king*, tous les lettrés ^{p.277} de la dynastie s'appliquaient à mettre cette méthode en pratique. De cette époque datent plusieurs théories de droit pénal d'une excessive rigueur, entre autres : a) *tso pi tche chouo*, théorie consistant à incriminer même les fautes les plus minimales afin qu'un homme soit parfait ; — b) *tchou sin tche chouo*, théorie consistant à punir même les arrière-pensées d'un coupable ; — c) *wou tsiang tche chouo*, théorie consistant à punir même le projet d'un acte malicieux, etc.

Néanmoins, Tong Tchong-chou demeure l'adversaire des lois cruelles et affirme que la justice du *Tch'ouen ts'ieou* est idéale. La tradition s'est ainsi perpétuée. Un fait est certain, c'est que cette méthode d'interprétation s'est poursuivie sous les Han, les Wei, les Tsin (265-419) ². Sous ces diverses dynasties, on rencontre encore des *Tch'ouen ts'ieou kiue yu* comme recueils de jurisprudence. Bien que les œuvres juridiques des dynasties qui suivent ne fassent plus mention de cette technique, le souvenir en demeure vivace. Sou Che, le poète, rival de Wang Ngan-che (qui essaiera sans succès de restaurer la notion de gouvernement par la loi) écrira : « La justice du *Tch'ouen ts'ieou*, qui établit une loi, haute et sévère, mais indulgente, quoique haute, dans ses exigences envers les hommes, [une loi] qui suit la partie de leurs actions louables ou blâmables pour leur décerner la récompense ou la punition, c'est aussi le comble de la rectitude, *yi tchong heou tche tche ye* » ³.

^{p.278} Enfin — et il y a là un fait de haute importance — les enseignements de Tong Tchong-chou, négligés à partir de la fin des seconds Han, après que le *Tso tchouan* fut devenu le commentaire orthodoxe du *Tch'ouen ts'ieou*, furent repris à la fin du XVIII^e siècle par Lieou Fong-lou et à la fin du XIX^e siècle par K'ang Yeou-wei. Celui-ci, écrit M. Kang Woo, vénère Tong

¹ Conseiller de l'empereur Wou, vécut de 200 à 121 av. J-C. Un des maîtres de l'école de *Kong yang* (v. KANG WOO, *op. cit.*, p. 24, notes 4 et 5 ; p. 57, note 5, etc.).

² TCHENG TCHOU-TÖ, *op. cit.*, note 1, p. 105. D'après K'ANG PAO-TCHONG, *Tchong kouo fa tche che*, p. 143 ;, un grand nombre de lettrés avaient tenté de faire prévaloir leur interprétation des Classiques. Les plus célèbres d'entre eux étaient CHOU-SOUEN SIUAN, KOUO LING-K'ING, MA YONG, TCHENG HIUAN. Plus de dix écoles s'étaient ainsi formées, qui avaient écrit plusieurs centaines de milliers de mots. « Pour juger une infraction », disait-on, « il faut se référer à vingt-six mille deux cent soixante douze articles et à sept millions sept cent trente-deux mille deux cents mots ». L'empereur des Wei ordonna qu'à l'avenir on se servirait exclusivement du commentaire de TCHENG HIUAN qui eut désormais valeur officielle d'interprétation. TCHENG HIUAN vivait sous les seconds Han, de 127 à 200. Il était de l'école de *Tso*, rivale de celle de *Kong yang*, et disciple de Ma Yong (79-166), l'un des commentateurs des lois des Han.

³ SOU CHE, Dissertation sur la juste application des récompenses et des châtements, *Hing chang tchong heou*, trad MARGOULIÈS : *Le Kou wen* chinois, p. 277. (J'ai corrigé la traduction de la dernière phrase. L'interprétation de M. MARGOULIÈS : « C'est aussi au dévouement suprême [qu'elle excite] — la justice du *Tch'ouen ts'ieou* — me paraît contestable).

Tchong-chou comme le plus grand savant de l'école confucéenne et considère les théories politiques du *Tch'ouen ts'ieou*, mises en lumière par l'école de Kong yang, « comme une doctrine confucéenne susceptible de nous conduire sur le chemin du progrès. Là sont les théories du *Tch'ouen ts'ieou* qui ont amené Kang Yeou-wei à former son projet de la réforme politique qui eut lieu en 1898 »¹. Il s'agit donc bien là d'un de ces mouvements profonds de la pensée chinoise qui, tout en subissant parfois des éclipses plus ou moins prolongées, ne disparaissent jamais. Qui peut prévoir que les idées de ce lettré des premiers Han n'inspireront pas, quelque jour, plutôt que Han Fei, certaines tendances de la future législation chinoise ?

— Si, maintenant, l'on examine, du point de vue purement technique, quelques-unes des décisions rendues par Tong Tchong-chou, d'après le *Tch'ouen ts'ieou*, qui nous ont été conservées, on est amené à d'intéressantes remarques sur le raisonnement juridique chinois et sur la méthode d'interprétation utilisée.

Comme nous le verrons pour l'interprétation moderne, celle-ci est obligatoirement abstraite. Les noms des parties ne sont pas donnés, mais remplacés par les lettres cycliques, *kia*, *yi*, *ping*, etc., correspondant à notre A,B,C ; etc. Les faits sont exposés schématiquement et sous forme de problèmes théoriques.

Dans les « jugements » de Tong Tchong-chou, c'est exactement le même principe qui est adopté. J'ignore si, lorsque les envoyés de l'empereur Wou s'en allaient consulter l'ancien ministre dans sa retraite, ils lui donnaient les noms des personnes en cause ou si, déjà, ils l'interrogeaient d'une manière abstraite. Le fait est que, dans les décisions telles qu'elles sont reproduites dans les textes qui nous ^{p.279} ont été conservés, les formules abstraites sont constamment répétées.

Le raisonnement est souvent subtil (v. par exemple la définition du « vol militaire », ci-après). La méthode est, bien entendu, une méthode de comparaison et d'analogie, les exemples étant empruntés aux Classiques et principalement au *Tch'ouen ts'ieou*. Ce ne sont pas, du reste, des jugements qui sont rendus par Tong Tchong-chou ; ce sont des interprétations, des *che li* et non pas des *p'an li*. Les auteurs le font observer.

III

Sept cas sont cités comme ayant donné lieu à l'interprétation de Tong Tchong-chou, telle qu'elle vient d'être analysée. Ces textes sont peu connus et d'un grand intérêt pour l'histoire du droit chinois. Je crois donc pouvoir en

¹ *Op. cit.*, pp. 168 et s.

donner une traduction sommaire. Ils sont relatifs aux matières suivantes : 1) effets de l'adoption d'un enfant abandonné ; — 2) fils adoptif frappant involontairement son père du sang qui l'a abandonné ; — 3) remariage d'une veuve sur l'ordre de sa mère ; — 4) désobéissance à l'empereur ; — 5) vol militaire ; — 6) coups portés à son père par imprudence ; — 7) meurtre d'un mari par sa femme pour protéger sa belle-mère.

1^{er} cas. — « A un moment, il y a un procès douteux. *kia* (A) n'a pas de fils. Il recueille sur le bord de la route un enfant abandonné, *yi* (B). Il l'élève comme son fils et B, devenu adulte, commet un crime de meurtre et l'avoue à A. A cache B. Que doit-on décider sur la conduite de A ? Tong Tchong chou décida : A n'a pas de fils. Il a recueilli et élevé B. Bien que ce dernier ne soit pas né de lui, quelle différence y a-t-il [entre cet enfant recueilli et un fils du sang] ? Le *Che king* dit : « La chenille du mûrier à des petits, mais c'est la guêpe qui les élève »¹. D'après les principes du *Tch'ouen ts'ieou*, le père [du p.280 sang] cache [normalement] son fils². A a le droit [en tant que père adoptif] de cacher B et ne doit donc pas être incriminé.

2^e cas. — A a un fils, B. Il le laisse en adoption à *ping* (C) [qui n'est pas de même nom]³. Après que B est devenu adulte et a été élevé par C, A [le père du sang] se trouvant en état d'ivresse et de débauche, dit à B : « Tu es mon fils ». B se met en colère et frappe A de vingt coups de bâton. A, considérant que B est certainement son fils, ne peut contenir sa colère et va dénoncer le fait au magistrat du *hien*. Tong Tchong-chou décida comme suit : A a engendré B, mais n'a pas été capable de l'élever et l'a laissé en adoption à C. Il y a eu rupture vis-à-vis de son devoir social. Bien que [B] ait frappé A, il ne doit pas être incriminé.

¹ *Che king, Siao ya*, V, 2, *Siao yuan*. — C'est en effet une croyance des paysans chinois que le bombyx, ou chenille du mûrier, abandonne ses petits et que ceux-ci sont recueillis et élevés par des guêpes. D'où l'emploi des caractères *ming ling* (chenille du mûrier) dans le sens de fils adoptif, et des caractères *kouo touo* (guêpe) dans celui de père adoptif. — V. P. Coentint PETILLON, s.j., *Allusions littéraires*, 2^e éd., Chang-hai, 1910, p. 443.

² Ceci est conforme à la morale confucéenne (v. des exemples dans le chap. *Wou tou* de HAN FEI-TSEU, cité dans la I^{ère} Partie, p. 41). C'est là ce qui indignait les Légistes et l'on sait que CHANG YANG fut l'auteur d'un impitoyable système de délation et de surveillance réciproques entre les membres d'un même clan.

³ Cette précision résulte de l'emploi du caractère *ts'i* qui implique une idée d'abandon et de mendicité. En fait, A abandonne son fils, B.

3^e cas. — B, mari de [la femme] A, fit un voyage en mer. La tempête s'élève, le navire sombre, B périt. On ne peut le retrouver pour l'enterrer. Quatre mois plus tard, C, mère de [la femme] A, lui ordonne de se remarier. A y consent. — Que doit-on décider ? Quelqu'un dit : Le mari de A est mort, on ne l'a pas enterré : La loi ne permet pas le remariage secret. A doit donc être exécutée. Moi [Tong Tchong-chou] je propose : d'après les principes du *Tch'ouen ts'ieou*, lorsque [le texte] dit : « L'épouse retourna à Ts'i », cela signifie que les femmes veuves ont le droit de se remarier si elles n'ont pas de fils ¹. Une femme mariée qui ne se décide pas en toute indépendance et se remarie sur les conseils d'autrui retourne, [*kouei*, comme la princesse de Ts'i] ². En outre, si le remariage de [la femme] A a été fait par un parent supérieur, ce remariage n'a pas eu lieu dans l'intention de commettre un acte de débauche. Ce n'est pas un acte de mariage secret. Tous ceux qui ont une idée claire du jugement ne la condamneront à aucune peine. Elle ne doit donc pas être incriminée.

4^e cas. — Le prince étant à la chasse prend un faon de cerf. Il ordonne au *ta fou* (grand officier) de le ramener au palais. En route, le *ta fou* rencontre la mère du petit et, ému par ses pleurs, il met le petit en liberté. Le prince se mit en colère et ^{p.281} délibéra sur la peine [à infliger au *ta fou*]. Il n'avait encore rien décidé lorsqu'il tomba malade. Craignant de mourir, il désira confier l'orphelin [son fils] [à quelqu'un] et, le contemplant : « Comme le *ta fou* a été humain ! » dit-il. « Il a rencontré un petit de cerf et l'a traité avec douceur. Ne peut-on en faire autant pour un homme ? » Alors il pardonna au *ta fou* et lui confia la garde de son fils. En appliquant les règles de la délibération, comment faut-il décider ? Tong Tchong-chou dit : l'homme supérieur, *kiun tseu*, ne chasse pas un petit quadrupède [et ne prend pas] un œuf ³. Le *ta fou* a agi incorrectement en ne faisant pas de remontrances au prince et en se chargeant de ramener le faon au palais ⁴. Pourtant, il a été ému sur

¹ Allusion à l'histoire de la princesse Kiang, de Ts'i. — V. LEGGE, *Tso tchouan*, I, pp. 281-282.

² Le terme a une valeur juridique technique bien définie dans l'ancien droit et se dit des femmes qui retournent chez leurs parents après répudiation ou décès du mari, des héritiers institués qui retournent à leur famille du sang (*kouei tsong*), etc. — *Kouei* s'emploie également pour désigner le mariage de la femme.

³ Principe de morale confucéenne.

⁴ Le *ta fou* aurait dû faire des remontrances au prince dès que ce dernier s'était emparé du faon, afin de lui éviter une infraction à la morale confucéenne et à ses devoirs de *kiun tseu*. Il a mal agi en permettant au prince de « perdre la face » et en s'associant à cette incorrection.

le chemin, par l'amour maternel. Bien qu'il ait enfreint l'ordre du prince, il peut être [simplement] déporté ¹.

5^e cas. — A est gardien d'un arsenal. A un moment donné, il vole un ressort et une corde d'arbalète qui se trouvaient dans des endroits différents ². Sur quel chef d'incrimination faut-il délibérer ? L'endroit où se trouvent des armes est comparable au *Sseu ma* (portes du palais impérial et des princes féodaux). Celui qui y entre sans autorisation, on lui rase les cheveux. Attacher de l'importance à la chose militaire, c'est préparer des soldats d'élite. Si le bois de l'arbalète, le ressort et la corde sont dans des endroits différents et qu'on les vole [séparément], on ne peut pas voir là le cas d'une accusation de vol d'armes dans un arsenal. Il est [en effet] dit dans le *Louen yu* ³ : « Si une grosse charrette n'a rien pour attacher le joug au timon, si une petite charrette n'a rien pour tenir le joug fixé, comment peut-elle marcher ? » A ayant volé des armes dans un arsenal, doit subir la peine de mort, avec exposition du corps sur le marché. Moi [Tong Tchong-chou] je dis : puisque les arbalètes étaient dans des endroits différents et que A n'a pu se procurer des cordes, on ne peut pas dire que ce sont des arbalètes. Si on tire une flèche et qu'on n'atteigne pas le but, c'est la même chose que s'il n'y a pas de flèche ; ou si la flèche n'entre pas, c'est la même chose que si elle n'a pas de pointe. La loi militaire dit : si le butin qui a été fait par l'armée dans cette région dépasse cent *ts'ien*, cela mérite la mort et l'exposition ⁴.

6^e cas. — A a pour père B. Celui-ci se dispute et se bat avec C. C prend un couteau qu'il porte à la ceinture et frappe [perce] B. A prend aussitôt un bâton et frappe C, mais, par erreur, il blesse B. Comment A doit-il être jugé ? Les uns disent : frapper son père, ce crime mérite [la décapitation et] l'exposition de la tête sur une perche. Moi [Tong Tchong-chou] je dis : on doit considérer que le père et le fils sont les parents les plus proches. Mais, en entendant la rixe [dans laquelle est mêlé] le père, personne ne saurait résister à l'appel du cœur. C'est au secours [du père] que le fils a pris un

¹ Au lieu d'être mis à mort comme l'exigeait sa désobéissance au prince.

² Il ne vole donc pas une arbalète en état de fonctionnement, mais seulement des parties d'arbalète.

³ *Louen yu*, livre II, chap. XXII, LEGGE, p. 153.

⁴ Le gardien n'est donc pas puni comme auteur d'un vol militaire, mais comme s'il avait fait un butin dépassant le taux fixé par la loi. On notera la subtilité du raisonnement juridique et l'intervention, dans la solution, d'une phrase du *Louen yu*, livre attribué à Confucius, ainsi qu'on l'enseigne traditionnellement. Sur ce cas, v. le commentaire de CHEN KIA-PEN, *Lois des Han*, 2^e livre, p. 4b.

bâton, mais ce n'était pas avec le désir de lui faire du mal. D'après les principes du *Tch'ouen ts'ieou*, Tche, de Hiu, lorsque son père était malade, lui présenta un remède, mais le père mourut¹. Le prince, considérant le sentiment originel [de Tche], pardonna et ne le fit pas mettre à mort. A, n'ayant pas frappé son père au sens de la loi, ne doit pas être incriminé.

7^e cas. — A est la femme de B. Celui-ci frappe sa [propre] mère. A voit son mari frapper sa mère et elle tue [son mari] B. La théorie de Koug yang dit que A, étant une belle-fille, tue son mari à titre de punition [pour la cause de sa belle-mère]. C'est aussi bien que l'acte du roi Wou qui tua par vengeance divine le tyran Tcheou².

— Telles sont ces curieuses illustrations de l'institution du jugement par les Classiques. J'ignore dans quelles conditions elles sont peu à peu devenues les modernes « décisions d'interprétation »³, mais la filiation, substantielle et, dans une certaine mesure, formelle, ne me semble pas douteuse, bien que je n'en ai trouvé l'affirmation nulle part, car elle me paraît, à tous égards, conforme à la mentalité chinoise⁴.

@

¹ V. l'anecdote dans LEGGE, *Tso tchouan*, II, p. 673.

² Le roi Tcheou fut, on le sait, le dernier prince de la dynastie Hia et se signala par ses excès, comme son émule Kie, dernier roi des Chang. Tous deux sont classiquement opposés à Yao et à Chouen, les saints-souverains. Le roi Wou, ayant tué Tcheou, fonda la dynastie Tcheou. Son acte a été pris comme exemple par Mencius pour illustrer sa thèse du régicide légitime.

³ Tcheng Chou-tö, *op. cit.*, ne mentionne pas de *Tch'ouen ts'ieou kiue yu* au-delà de la dynastie partielle des Ts'i du Nord (550-577 ap. J-C.).

⁴ On peut être assuré que les anciens du village ont plus d'une fois recours, pour trancher les différends qui surgissent entre voisins, à ces maximes de sagesse pratique qui abondent dans la littérature confucéenne.

CHAPITRE III. L'ORGANISATION ACTUELLE

Section IV. — Barreau.

@

^{p.326} On sait que le rôle de l'avocat était pratiquement inconnu dans la Chine ancienne ¹. Les jurisconsultes professionnels réservaient leur activité pour le service du Prince et de ses tribunaux. La codification, le commentaire de la loi, les consultations délivrées aux administrateurs en charge de la justice, telles étaient leurs fonctions normales. Représenter les parties dans un procès, exposer et défendre leur cause, c'étaient là des missions dangereuses, critiquables du point de vue de la conception chinoise du droit, en un mot impraticables. On peut en partie attribuer à cette inexistence de la profession d'avocat en Chine la prédominance, dans l'ancienne justice, des abus, des iniquités, des tortures illégales dont on ne connaît que trop d'exemples.

En réalité, on y trouvait bien une classe de professionnels qui offraient au public leurs services dans les procès. Mais il s'agissait d'individus décriés, prêts à toutes les besognes, usant de chantages à l'égard des plaideurs, corrompant les juges, méprisables, en un mot. Ayant attrapé au hasard quelques bribes de science juridique, ils aidaient les parties à se conduire dans le dédale des tribunaux et de la procédure, rédigeaient pour eux les requêtes suivant le formulaire approprié, etc. On donnait à ces individus le nom de *sou che*, « maîtres des procès ». Mais plus communément, le peuple, qui les détestait, les appelait : *song kouen*, « brigands de la procédure ». L'institution, néfaste, était toujours florissante jusque dans les dernières années de l'Empire, en dépit des efforts faits par le gouvernement, à maintes reprises, pour l'extirper.

@

¹ V. chap. I, p. 255.

Section V. — Régime pénitentiaire.

@

^{p.334} Sous l'ancien régime, l'emprisonnement était fort peu utilisé en tant que peine. Il n'a jamais figuré dans les « Cinq châtiments ». La prison servait avant tout à maintenir l'accusé à la disposition du juge en attendant sa ^{p.335} comparution. Après la condamnation, le criminel y attendait, soit son départ pour l'exil, à perpétuité ou à temps, soit son exécution (décapitation ou strangulation). L'exécution « à attendre en prison » était théoriquement une faveur, parce que la condamnation pouvait être ainsi révisée aux assises tenues par l'empereur dans les conditions examinées antérieurement (v. IIIe Partie, chapitre I). Il arrivait ainsi qu'un condamné attendait plus ou moins longtemps pour être, finalement, exécuté, ou pour bénéficier d'une libération ou d'une commutation de peine. Aucune distinction n'était faite, bien entendu, entre les affaires civiles et les affaires pénales puisque, en principe, tout procès était de caractère pénal. Du reste, dès qu'un litige était soulevé devant le chef du district, celui-ci s'empressait généralement de faire mettre en prison demandeur, défendeur et même témoins. C'était déjà une leçon pour leur apprendre à troubler l'ordre naturel et à en être oublieux au point d'être incapables de régler leurs affaires à l'amiable. Cette impartiale libéralité de la justice chinoise en matière d'emprisonnement était une des raisons qui la faisaient redouter des justiciables.

Le régime même de ces prisons était déplorable. Saleté indescriptible, mauvais traitements, mauvaise nourriture, tel était le lot des malheureux qui y étaient enfermés. Les débiteurs récalcitrants, par exemple, étaient nourris aux frais de leurs créanciers, on devine avec quelle frugalité ! Les « auxiliaires de la justice », c'est-à-dire ces satellites de tout genre *tch'ai yu* — les *yamen-runners* des sinologues anglais — qui pullulaient autour du tribunal ne manquaient pas d'exercer le chantage le plus éhonté sur les prisonniers et leur famille, et toute faveur — ou toute apparence de faveur — accordée à un prisonnier était l'objet de marchandages sans fin. Les *yamen-runners* s'enrichissaient à ce système. Quant aux malheureux qui n'avaient pas de famille et ne pouvaient payer, ils subissaient dans toute leur rigueur les cruautés des gardiens. Mauvais traitements, jeûne, tortures mêmes, étaient leur lot habituel. Un grand nombre de prisonniers mouraient dans les cachots. Et ce n'était pas toujours un avantage qu'une condamnation comportant l'exécution ^{p.336} différée, car beaucoup de condamnés succombaient en prison avant même que l'affaire fût venue devant les assises de révision. Le sort des prisonniers n'était un peu amélioré que par l'aide que pouvaient leur apporter les associations de bienfaisance formées entre compatriotes de même province. Il est probable que le bouddhisme a exercé ici une influence bienfaisante. Enfin, il existait certaines règles légales d'humanité, que n'observaient guère les geôliers, mais qui, parfois, intervenaient pour améliorer le sort des détenus. D'antiques dispositions prescrivaient les mesures à prendre pendant les froids

extrêmes ou les chaleurs excessives. Les amnisties étaient également des occasions de libération ou d'adoucissement de leur sort pour les détenus.

@

QUATRIÈME PARTIE, CHAPITRE PREMIER

L'ENSEIGNEMENT ET LA SCIENCE DU DROIT APERÇU HISTORIQUE

@

p.³⁴⁵ La préparation des codes et le service des tribunaux ont exigé de tout temps, en Chine, la formation de spécialistes du droit. Sans doute est-il exact de répéter, avec M. Pelliot¹, que « l'absurde triomphe d'un examen littéraire unique habilitant à toutes les charges a tué en Chine les disciplines techniques ». Mais il y a eu des périodes au cours desquelles on a tenté de remédier à ce système défectueux en instituant des écoles et des examens de droit. Et si les grands fonctionnaires ont rarement consenti à acquérir une culture autre que purement littéraire, les conseillers des commissions de codification, les secrétaires juridiques des agents administratifs, les avocats — dans la mesure où leurs services étaient alors tolérés par les juges — ont dû posséder une science juridique parfois fort élevée, si l'on en juge par la technique savante de certaines institutions et par l'argumentation subtile des décisions des tribunaux supérieurs.

L'histoire de l'enseignement du droit en Chine, sujet peu exploré, mérite une rapide esquisse².

¹ *Notes de bibliographie chinoise*, II. *Le droit chinois*, B.E.F.E.O., IX, p. 27.

² M. TONG K'ANG a récemment consacré une courte étude d'ensemble à ce sujet. V. *Wo kouo fa lu kiao yu tche li che tan*, Essai sur l'histoire de l'enseignement juridique dans notre pays, articles publiés dans : *Tong Wou fa hio tsa tche*, Revue juridique de l'Université Tong Wou, à Chang-haï, vol. VII, 1934, n° 3, pp. 259-270 ; n° 4, pp. 409-411 ; n° 5, pp. 581-586 ; n° 6 (texte communiqué en manuscrit). — On consultera également : TSENG TING-JEN, *Tchong kouo k'ao che tche tou yen kieou*, Recherches sur le système des examens en Chine, Chang-haï, 1929 ; — ÉD. BIOT, *Essai sur l'histoire de l'instruction publique en Chine*, Paris, 1847 ; — ET. ZI, s.j., *Pratique des examens littéraires en Chine*, Chang-haï, 1894. — Spécialement pour l'époque des T'ing, v. les chap XLIV et XLV de la Nouvelle histoire des T'ang, dans la savante traduction de M. R. DES ROTOURS, le *Traité des examens*, Paris, 1932. Cf. encore LI HSIONG-FEI (Mme), *Les examens provinciaux sous la dynastie des Ts'ing*, Paris, 1935 ; — KNIGHT BIGGERSTAFF, *The T'ung Wen Kuan*, dans *The Chin. Soc. and Polit. Science Review*, vol. XVIII, oct. 1934, n° 3, pp. 307 et s. — De très nombreux renseignements sur l'instruction et les examens se trouvent dans les ouvrages généraux, recueils de documents, ouvrages spéciaux, etc., suivants tels que : *Wen hien t'ong k'ao* (DES ROTOURS, *op. cit.*, p. 87) ; *Je tche lou* (WYLIE, p. 163) ; *Kou kin fa tche piao* ; *Ts'iuian t'ang wen* (DES ROTOURS, p. 97) ; *Wen yuan ying houa* (DES ROTOURS, p. 93) ; *Kien wen houei che lou* ; *Hiang che t'i ming lou* (Archives des examens provinciaux, Canton, 1711).

I. — ^{p.346} Dès le temps des Han, on rencontre des jurisconsultes confucéens qui s'appliquent surtout à l'interprétation et au commentaire des institutions d'après les conceptions historiques et philosophiques traditionnelles. On connaît déjà le rôle très important joué à ce titre par Tong Tchong-chou et ses *tche yu*, tirés de l'interprétation du *Tchouen ts'ieou* par l'école de Kong yang (v. *supra*, IIIe Partie, chap. II). A côté de lui, Ying Tchao, auteur également d'un *Tchouen ts'ieou touan yu*, perdu, Chou-souen Tong, Chou-souen Siuan, doivent être cités. D'autres jurisconsultes ont, à la même époque, un caractère professionnel plus accentué. Ce sont déjà des techniciens du droit, exerçant presque toujours de hautes fonctions judiciaires. On relève ainsi les noms de : Tou Tcheou et de son fils, l'un et l'autre ayant reçu les appellations respectives de *Ta tou lu* et de *Siao tou lu*¹. On cite également le nom de Yu Kong. La profession juridique apparaît même héréditaire dans certaines familles, les Kouo, au nombre de neuf, les Tch'en, au nombre de quatre, etc. Enfin, il existe encore des « apprentis juristes », formés à l'école des maîtres qui viennent d'être cités et qui perpétuent leurs traditions. Il semble que l'enseignement soit à cette époque surtout pratique et donné à l'aide des recueils de jurisprudence dont il a été question précédemment, tels que le *Tseu song pi*, le *Kiue che pi*, le *Kiue che tou mou*, le *Kiue che pi li*, etc..

II. — Le régime qui vient d'être indiqué se perpétue sous les dynasties suivantes, plus ou moins modifié. La période des Wei du nord jusqu'aux Souei est en effet marquée par d'incessants remaniements législatifs. Le nombre des juristes s'accroît sans cesse et aussi le prestige attaché à leurs fonctions. On voit apparaître de véritables professeurs, *t'ong tchang*, titre qui tombera plus tard en désuétude et sera remplacé par celui de *lu po che*, ou docteur en droit. Sous les Ts'i du nord, quatre magistrats de la Cour suprême, *Ta li sseu*, portent ce dernier titre².

III. — ^{p.347} Pour la période des T'ang (618-907), l'on possède sur les études de droit des informations assez détaillées.

Il existait alors deux universités dites « des fils de l'État, *Kouo tseu kien*. L'une, à la capitale de l'ouest, Si-ngan fou (Tch'ang-ngan), existait déjà sous les Souei. L'autre fut créée en 662 à Lo-yang, la capitale de l'est. L'empereur T'ai-tsong (627-649), institua dans chacune d'elles une section de droit, *lu hio*, rattachée, en 663, à la Cour suprême de justice, *Siang hing sseu*. Les élèves devaient y être âgés de dix huit à vingt-cinq ans, tandis que les limites d'âge pour les autres sections étaient de quatorze et dix-neuf ans. Ils se recrutaient parmi les étudiants, *cheng t'ou*, provenant des écoles et collèges, *hio kouan*, et parmi les candidats des provinces, *hiang kong*³. En fait, la section *lu hio* était réservée aux fils des fonctionnaires du huitième degré et au-dessous et même aux gens du peuple particulièrement bien doués.

¹ TONG K'ANG, *op. cit.*, p. 262.

² V. IIIe Partie, chap. I.

³ Sur le sens de cette expression, v. DES ROTOURS, *op. cit.*, p. 128, note I.

Les études portaient sur les lois et ordonnances, *lu ling*, sans programme déterminé ¹.

Les étudiants subissaient de fréquents examens périodiques et, à la fin de l'année, un examen de passage. Ils étaient renvoyés chez eux si, au bout de six ans, ils n'avaient pas été dignes d'être présentés aux examens de doctorat, *kiu*, qui, pour le droit, s'appelaient *ming fa*. Ces examens, confiés, à partir de 736, au vice-président du ministère des Rites, *Li pou*, ne comportaient, au début de la dynastie, que dix dissertations en réponse à des questions, *ts'ö* ; mais, à partir de 680, les candidats furent tout d'abord interrogés sur dix citations, *t'ie*, tirées du texte de la loi, *lu*, et sur dix citations tirées des ordonnances, *ling*. Ils eurent en outre à rédiger des dissertations en réponse à des questions ; celles-ci portaient sur la loi (sept questions) et sur une ordonnance (trois questions). Les candidats qui réussissaient toutes ^{p.348} les épreuves étaient admis dans la première catégorie ; ceux qui satisfaisaient aux huit dixièmes des épreuves, dans la seconde. Les autres candidats étaient refusés ².

Le [], livres 526 et 531, nous a conservé des sujets de dissertations, *p'an*, composées par des lettrés célèbres de l'époque T'ang, tels que Yuan Tchen ³ et Po Kiu-yi ⁴, sur des questions juridiques posées aux examens du *Li pou*. En voici des exemples :

1. *Plantation d'arbres dans un champ* : A plantait des arbres dans un champ ; son voisin lui reproche d'abîmer les céréales, A passe outre.
2. *Donner des secours* : A, étant fonctionnaire, demande à l'empereur, l'année étant mauvaise, de distribuer des secours au peuple. Ayant fait cette distribution avant d'avoir reçu l'ordre de l'empereur, A fut accusé d'avoir agi arbitrairement. Il s'excusa en alléguant la misère du peuple.
3. *En coupant de l'herbe, un homme s'est, par hasard, coupé le doigt* : A ayant engagé B pour couper de l'herbe, B, distrait, se coupe le doigt par hasard. Ayant demandé à A de le soulager, celui-ci refusa.
4. *Faire du commerce ensemble et partager les bénéfices* : A faisait le commerce avec B, auquel on ne servait plus de bénéfices. On le raillait, l'accusant d'être insatiable. B le niait, disant qu'il était pauvre.
5. *Jeter dans l'eau un domestique mort* : Un domestique de A étant mort, son maître ne l'enterra pas et le jeta à l'eau. Quelqu'un porta plainte.

¹ Le code des T'ang fut publié à la fin de 653 (v. IIe Partie, chap. I). En 786, un décret permit, dans l'examen sur les Classiques, de remplacer le dictionnaire *Eul Ya* par l'étude du droit.

² R. DES ROTOURS, *op. cit.*, pp. 34-35.

³ Sur ce personnage, v. GILES, *Chinese Biographical Dictionary*, p. 964.

⁴ GILES, *op. cit.*, p. 630. — R. DES ROTOURS a traduit (*op. cit.*, pp. 289 et s.) une série de compositions rédigées par Po Kiu-yi pour ses examens littéraires de 800 et de 803.

On notera que tous ces sujets sont conçus de manière à faire ressortir, non pas les connaissances techniques des candidats, mais leur sens de l'équité, leur compréhension de la « règle morale » dans l'obligation.

Le succès à l'examen de droit ne donnait accès qu'à un titre, celui de fonctionnaire du neuvième degré, de troisième ou de quatrième classe, suivant que le candidat avait été classé dans la première ou la deuxième catégorie. Pour obtenir un emploi, il fallait passer des examens^{p.349} spéciaux. Du reste, comparé aux examens des autres sections, et surtout aux examens littéraires, ceux de la section de droit étaient fort peu recherchés. Le nombre des étudiants était infime. Le chiffre de début, de cinquante, était tombé à vingt au commencement de l'année 808. Et l'on a vu que ces étudiants provenaient de milieux modestes. Ces faits attestent que les études de droit étaient alors peu en honneur.

IV. — Sous les Song, les règles des examens et du recrutement des fonctionnaires sont complexes et sujettes à des modifications constantes.

Parmi les examens, qui dépendent alors du *Li pou*, ou ministère des Rites¹, figure un examen de droit portant sur quarante articles de lois et sur certains Classiques. Pour être reçus, les candidats doivent connaître les « Six classiques »² et subir des interrogations orales sur la loi. En 975, l'empereur Tai-tsou décida que l'étude des lois serait désormais une matière obligatoire pour tous les examens, avec six sujets à traiter. Tai-tsong, en 990, ajouta une septième épreuve aux six de l'ancien régime. Les deux premières épreuves portaient sur la loi, la troisième sur les ordonnances, la quatrième et la cinquième sur les « Petits classiques »³, la sixième sur les ordonnances, la septième sur la loi. Au choix de l'examineur, les candidats pouvaient également être^{p.350} interrogés sur les Six classiques ou sur les commentaires des codes.

Le règne de Chen-tsong (1068-1085) fut marqué par de nombreuses et vastes réformes en matière d'examens de droit. En 1075, il décida que les

¹ Sous les Song, tous les examens sont rattachés au *Li pou*. Il n'y a plus d'examens dépendant du ministère des Fonctionnaires, *Li pou*, tandis que, sous les Tang, les deux administrations ont des examens distincts. Les candidats provenant des examens provinciaux étaient examinés par les délégués du ministère des Rites et ceux qui étaient classés étaient de nouveau examinés par les délégués du ministère des Fonctionnaires. Parmi les gradués de la liste dressée par le ministère des Rites, il n'y avait pas un candidat sur dix qui réussissait à obtenir une promotion du ministère des Fonctionnaires (*Wen hien t'ong kao*, éd. [], 1901, vol. 37, p. 8b). Sur la réforme apportée à ce système sous les Song, v. le même ouvrage, vol. 30, p. 3b et 4a. Les candidats aux dix séries d'examens étaient reçus et classés en automne. On les réunissait au ministère des Rites et, au printemps, on les examinait. Les noms de ceux qui satisfaisaient à cet examen et méritaient une promotion étaient inscrits dans une section spéciale de la liste officielle déposée au bureau du président du ministère, *chang chou cheng*. — V. également *Je tche lou*, l. 16, où est clairement décrite cette évolution. Plus tard, le ministère des Fonctionnaires reprit ses attributions. — Adde TONG K'ANG, *loc. cit.*, p. 582.

² V. la liste dans MAYERS, *The Chinese Reader's Manual*, n° 194, p. 344.

³ C'est-à-dire les Quatre livres et le *Hiao king*.

examens n'auraient plus lieu que tous les deux ans et que le chiffre des candidats à admettre serait réduit de moitié. D'autre part, son célèbre ministre, Wang Ngan-che, voulut rendre aux études de droit quelque valeur. Après avoir rédigé, en 1070, un nouveau code pénal, il promulgua, en 1071, un nouveau règlement pour les épreuves d'examens. Les matières obligatoires étaient désormais la loi, les ordonnances, les principes généraux du droit pénal et la jurisprudence. Tous les aspirants fonctionnaires et les fils de familles riches devaient, pour obtenir un poste, subir un examen sur la loi et les ordonnances. Enfin, dans l'examen de *tsin che*, les candidats admis au delà du quatrième rang étaient astreints à subir un examen supplémentaire de droit. Toutes les épreuves devenaient beaucoup plus techniques. On s'attachait surtout au sens des textes et non, comme auparavant, à la récitation de mémoire des articles. En 1074, Wang Ngan-che établit une école de droit, *lu hio*¹. L'on sait de reste que ces réformes ne survécurent guère à leur auteur. Contre ses « lois nouvelles » s'éleva bientôt, sous le règne de Tchö-tsong (1086-1100), le fameux lettré Sseu-ma Kouan, l'auteur du *Tseu tche t'ong tien*. Avec lui, les études et les examens redevinrent de plus en plus exclusivement littéraires. La nouvelle formule des examens de droit fut abolie en 1090.

A côté des examens dépendant du ministère, il y avait encore, sous les Song, des examens impériaux, décrétés par ordonnance du souverain. Leur objet était uniquement de permettre aux hommes d'élite de se faire connaître. Sous le règne de Jen-tsong (1023-1063), l'un des six examens impériaux était institué pour la recherche des meilleurs juges. Il était réservé aux fils de familles riches ou nobles.

^{p.351} Enfin, les Song avaient encore des examens de droit spéciaux, de caractère scolaire. Au début de la dynastie, les études préparatoires à ce genre d'examens étaient dirigées par un docteur en droit, *t'ong tchan*, puis *lu po che*. Sous le règne de Chen-tsong, en 1073, ces études furent rattachées à l'École des fils de l'État, comportant quatre professeurs. Les cours étaient ouverts à tous les candidats aux emplois administratifs et à ceux qui avaient été reçus aux examens ministériels. Ceux qui se spécialisaient dans l'étude de l'art de juger subissaient cinq ou sept interrogations écrites sur la jurisprudence. Ceux qui étudiaient les lois et ordonnances subissaient cinq épreuves sur les principes du droit. Un traitement était accordé aux candidats reçus. En plus de l'examen de fin d'études, il y avait, chaque mois, un examen commun à toutes les séries et trois examens particuliers. Dès leur promulgation, les lois et ordonnances étaient envoyées à l'École des fils de l'État.

L'examen de droit supprimé en 1050 fut restauré en 1129 ; la troisième année du règne de Kao-tsong. — Les candidats reçus avaient le titre de *tsin-che*. En 1131, l'examen spécial de droit pénal fut également rétabli. Ces examens portaient tous sur des procès types. La note totale la plus élevée

¹ Voir H. R. WILLIAMSON, *Wang An Shih*, vol. I. pp. 327-328, London, 1935.

correspondait à 10. Mais, pour l'obtenir, le candidat devait avoir un total de cinquante-cinq points sur l'ensemble des matières. Entre cinq et dix points, les candidats étaient admis dans la deuxième classe inférieure. Au-dessus de quatre points et demi, ils entraient dans la troisième classe supérieure, au-dessus de quatre points, dans la troisième classe moyenne. Au-dessus de quatre points, le candidat était éliminé.

Les examinateurs étaient tous d'anciens candidats reçus aux examens de droit. Le système d'examens fut à nouveau refondu en 1135, sous le règne de Kao-tsong. Le chiffre maximum de dix points fut maintenu pour l'examen sur l'art de juger et l'examen de droit pénal. Les candidats qui connaissaient parfaitement les principes et l'interprétation du code pénal, mais n'avaient pas obtenu un minimum de cinq points à l'examen sur l'art de juger, étaient refusés. En 1145, l'examen de droit fut de ^{p.352} nouveau aboli. Seul fut conservé l'examen spécial de droit pénal.

Toujours sous les Song, les examens spéciaux pour le recrutement des fonctionnaires subissent de très nombreux changements.

Sous le règne de T'ai-tsong (976-997), il existe deux catégories de fonctionnaires pour lesquels des connaissances juridiques sont exigées. Chaque catégorie comprend cinq ou six classes, correspondant à la hiérarchie des juges, procureurs, administrateurs, etc. Tchen-tsong (998-1022) décide que les candidats seront interrogés sur un des Classiques et sur dix questions de droit, cinq devant faire l'objet d'une réponse satisfaisante pour emporter le succès. Les magistrats de la capitale, âgés de plus de vingt-cinq ans, doivent en outre, au début de l'année, subir un examen de droit à l'École des fils de l'État.

Sous Chen-tsong (1068-1085), l'examen spécial de recrutement est réglé parallèlement à l'examen de droit institué par Wang Ngan-che. Il a lieu les deuxième et huitième mois de chaque année et comporte, soit la rédaction de deux jugements, soit l'interprétation de cinq textes de lois ou d'ordonnances, soit la solution de trois cas d'espèce. Les fils des fonctionnaires qui, âgés de moins de trente ans, ne sont pas admis à l'examen de recrutement, ne peuvent être nommés sous-préfets, ceux-ci ayant, comme l'on sait, des attributions judiciaires importantes.

On ne peut entrer dans de plus longs détails, chaque règne apportant de nouvelles modifications au régime des examens. L'étude du droit se présente parfois comme une étude subsidiaire destinée à permettre aux candidats refusés aux examens généraux de récupérer leur chance. C'est ce qui ressort d'une réglementation édictée en 1171 sous le règne de Hiao-tsong.

V. — La dynastie Yuan paraît avoir laissé tomber en désuétude le système d'examens traditionnel, qui ne revivra que tout à fait à la fin de la dynastie. Les charges seront pendant longtemps héréditaires, les successeurs d'un fonctionnaire ayant droit, au décès de celui-ci, à un emploi généralement

inférieur de deux ou trois degrés à celui ^{p.353} qu'occupait le défunt. Ou bien les officiers, civils et militaires, sont choisis à raison des services rendus. Les fonctions de juges sont confiées à des Mongols, qui ignorent le chinois. Aussi les procès sont-ils entre les mains des *li siu*, huissiers ¹. Pas d'institutions nouvelles. Il n'est nulle part question d'écoles de droit. Les *lu po che* disparaissent ².

VI. — Le premier empereur Ming, Hong-wou (1368-1398), attache surtout de l'importance à la littérature. Les études juridiques sont alors très inférieures à ce qu'elles étaient sous les Song. Voici, d'après le résumé fait par M. Tong Kang du chapitre sur les examens, *Siuan kiu tche*, de l'histoire des Ming, les principales innovations de la dynastie en ce qui concerne les écoles et les examens de droit.

a) Les lois et ordonnances sont étudiées à l'École des fils de l'État. Aux examens mensuels, ces matières font l'objet d'interrogations, ainsi que la rédaction des jugements. Le recueil à étudier est rédigé sur l'ordre de Hong-wou ³. Devant le tribunal, les accusés qui pouvaient en réciter par cœur des passages bénéficiaient de réductions de peines. Moyen imprévu pour mettre les études de droit à l'honneur !

Dans les écoles populaires, ou *che hio*, en 1375, un cours de droit fut créé pour l'étude des lois et ordonnances.

b) Les examens ont lieu tous les trois ans et comportent trois épreuves. La première comprend trois sujets tirés des Quatre livres et quatre sujets tirés des Classiques. La deuxième épreuve comprend une dissertation, cinq sujets de rédaction de jugements, un sujet tiré des lois et ordonnances. La troisième épreuve comprend ^{p.354} cinq sujets tirés des Classiques, de l'histoire et des événements contemporains ⁴.

¹ D'après M. TONG K'ANG, *op. cit.* (ms.).

² CHEN KIA-PEN, Dissertation sur la grandeur et la décadence de la science du droit, *Fa hio tch'eng chouai chouo*, Œuvres littéraires, *Wen tsouen*, t. III, p. 41. — Sur les examens sous les Yuan, cf. également le [] cité *supra* IIe Partie, ch. I, note 44, p. 99.

³ Il s'agit sans doute du [] de 1368 ou du *Lu ling hien kang* de 1373, — Sur ces ouvrages, v. PELLISOT, *op. cit.*, p. 36. — CHEN KIA-PEN, *Lu ling*, 9^e l., p. 28b, donne une liste des ouvrages de droit des Ming, d'après le chap. [] du *Ming che*.

⁴ M. TONG K'ANG cite un extrait de la chronique de Chen-tsong, des Ming (Wan-li, 1573-1619), le *Ming chen tsong che lou*, qui rapporte le fait suivant. Au 4^e mois de la 2^e année Wan-li (1574), un fonctionnaire du service des affaires criminelles, *hing k'o*, le *kei che tchong* Lieou Hiuan, proposa que chaque section du ministère eût à sa disposition un exemplaire complet du code de la dynastie, qu'une ou deux personnes, choisies parmi les membres âgés et instruits du ministère, seraient chargées, pendant les heures disponibles, d'étudier et d'analyser. Ces personnes subiraient un examen oral mensuel. De plus, les étudiants de l'École des fils de l'État auraient à apprendre chaque jour, en dehors des heures de classe, quelques articles de lois et subiraient également des examens. Le président du *Hing pou* accepta ces suggestions, en ajoutant que, dans la rédaction des jugements, les étudiants devraient citer intégralement les textes appliqués.

Voici, d'après le *Kien wen houei che lou*, quelques sujets donnés aux examens de droit sous les Ming.

1. Profitant du caractère officiel de sa mission, un homme fait des demandes abusives.
2. Un haut fonctionnaire (*fong hien kouan li*) accepte des gains illicites.
3. A la maison, un homme exige les biens de son débiteur.
4. Un criminel résiste à une arrestation.
5. Connaissant les circonstances, un homme cache un malfaiteur.

Ces sujets sont déjà plus techniques que ceux que l'on a relevé sous les T'ang ; ils mettent en jeu de véritables problèmes juridiques et non plus seulement moraux.

VII. — Sous la dynastie Ts'ing, les études de droit présentent d'abord un caractère empirique marqué. Il n'y a ni écoles, ni cours de droit¹. C'est au *Hing pou* et dans les tribunaux que le futur juriste fait son apprentissage. Les candidats aux fonctions judiciaires ayant déjà le titre de *tsin che*, de *pa kong*, et certains fonctionnaires de la capitale reçoivent, à leur arrivée au *Hing pou*, l'ordre de travailler à fond le droit tout en menant de front leurs attributions propres. On leur donne le titre de *Hing pou tchou che*, sorte de rédacteur de deuxième classe. Ils apprennent ainsi incidemment, et en dehors de leur^{p.355} service, les éléments de l'art de juger. On distingue même deux tendances doctrinales, celle du Chen-si, qui insiste sur la simplicité, et celle du Ho-nan, qui préfère la précision. Les futurs juristes se forment principalement par les méthodes de *ho kao*, examen des brouillons, c'est-à-dire des dossiers envoyés par les provinces² ; et de *hien chen* (juger les affaires de la capitale — Pékin). Les affaires de faible importance et les contraventions de police étaient décidées par des fonctionnaires appelés *Wou tch'eng yu che*. Celles comportant la peine d'exil temporaire et au-dessus étaient envoyées au *Hing pou* pour être examinées d'abord par les *Hing pou tchou che* et transmises ensuite aux fonctionnaires supérieurs. Les *Hing pou tchou che* étaient des sortes de juges suppléants analogues aux *Hio si t'ouei che* actuels.

¹ Voici toutefois des sujets donnés en 1711 aux examens provinciaux du Kouang-tong. — 1. *Sin p'ai*, ordre d'arrestation. — 2. *Ts'ien fa*, fabrication de monnaie. — 3. *Che yi*, erreurs dans les cérémonies. — 4. *Ye kin*, défense de circuler la nuit. — 5. *Yue sou*, appel à un tribunal supérieur sans passer par la juridiction intermédiaire. — Par l'énoncé de ces sujets, qui sont presque tous des rubriques du *Ta Ts'ing lu li*, on peut voir les progrès constants réalisés dans le caractère technique des examens de droit sous la dernière dynastie.

² Les dossiers des affaires comportant des peines d'exil temporaire, *tou**, étaient adressés au *Hing pou* tous les trimestres ; les dossiers des condamnations à l'exil perpétuel, *lieou*, étaient transmis au fur et à mesure des jugements.

*Le caractère *tou* est aujourd'hui employé pour désigner l'emprisonnement à temps, *yeou k'i* et à perpétuité *wou k'i*.

Le système ci-dessus décrit avait l'avantage de procurer aux jeunes magistrats la science juridique en même temps que l'expérience des affaires, tandis que l'enseignement actuel, donné dans les facultés et les écoles de droit, tend à n'être que purement théorique. Les plus capables parmi les *Hing pou tchou che* pouvaient être nommés juges aux assises d'automne, parfois même devenir ministre ou vice-ministre. Telle est la formation qu'ont reçue des hommes comme Yuan K'ouei-cheng, Sie Yun-cheng, Tchao Chou et le célèbre Chen Kia-pen, qui ont été les meilleurs juristes de la fin de la dynastie.

On a vu d'autre part (IIIe Partie, chap. I) le rôle des *Chao hing che ye* en tant que secrétaires juridiques des sous-préfets, rédigeant les jugements et classant les dossiers. Ces secrétaires avaient souvent des élèves et les instruisaient dans la science du droit et la pratique des affaires. Ils n'avaient pas de programme officiel, mais, en fait d'ouvrages juridiques, se décidaient selon leurs préférences. Les codes et leurs commentaires, ^{p.356} les recueils d'ordonnances, les recueils de jurisprudence, les formulaires divers étaient employés. Parmi les *Chao hing che ye* qui ont fait une carrière remarquable, il convient de citer, entre autres, Wang Houei-tsou, sous le règne de Tao-kouang ; Sie Tcheng-tsai, sous le règne de T'ong-tche ; Yu Lien-san, sous le règne de Kouang-siu.

C'est sous le règne de Hien-fong (1851-1861) qu'apparaissent les premiers essais de réformes dans l'enseignement du droit. En 1860 est fondée le *T'ong wen kouan*, qui a joué un rôle important dans l'éducation moderne des fonctionnaires chinois ¹. On y signale, en 1867, un enseignement de droit international donné par un professeur étranger, M. W. A. P. Martin.

Plus tard sont établies les premières universités modernes. Une école de droit est créée à Pékin, le *King fa lu hio t'ang*. A Tien-ts'in s'ouvre, en 1896, le *Pei yang ta hio t'ang* ; il y est donné un ensemble d'enseignements juridiques : droit romain, droit international, etc. Un professeur anglais, M. J. Bromley Eames ², y enseignait la *law of real property*, la *jurisprudence*, la *law of contracts*, etc.

Enfin, dans les dernières années de la dynastie, on voit apparaître de véritables cours écrits de droit. L'un d'eux, un cours de *Ta Ts'ing lu li*, semble même avoir eu un caractère officiel ³.

*

**

Tenter même la plus légère esquisse de l'histoire de la science juridique en Chine est une tâche au-dessus de ma compétence. Aussi bien le caractère

¹ Sur cette institution et ses précédents, v. l'étude de M. BIGGERSTAFF, citée, note 2, p. 339.

² Auteur de : *The English in China*, 1909.

³ Il s'agit du *Sin ting hien hing hing lu kiang yi*, en 6 vol., publié la 2e année Suan-t'ong (1909) par le *Fa pou lu hio kouan*. L'auteur principal en est KI T'ONG-KIUN codificateur principal de la Commission de codification.

élémentaire de ce livre peut-il s'accommoder sur ce point de quelques indications très générales, susceptibles de compléter ce ^{p.357} qui vient d'être dit de l'enseignement du droit.

On sait qu'une part immense de la littérature chinoise est consacrée à ce que les Anglo-saxons appellent « political science ». Relations du prince avec ses sujets, fondement de son autorité, devoirs des fonctionnaires, théories constitutionnelles, conceptions politiques, on peut dire que les lettrés de toute époque ont disserté sur ces sujets à perte de vue. De même, toutes les écoles de philosophie se sont occupé, plus ou moins, de l'aspect philosophique du droit. On ne peut assurément pas, comme le fait si malencontreusement un auteur récent ¹, présenter Han Fei tseu comme l'auteur d'un traité de droit, et tous ceux qu'on a appelés les Légistes n'ont pas été des législateurs, comme Chang Yang ou Li K'ouei. Mais toute cette littérature philosophique et politique contient maintes notions qui sont autant d'importantes contributions à la science du droit.

Les jurisconsultes proprement dits — en dehors des auteurs de codes — n'apparaissent guère qu'au temps des Han, avec les interprètes confucéens du *Tchouen ts'ieou*, tels que Tong Tchong-chou et autres, dont les œuvres sont du reste en partie perdues ou ne nous sont parvenues que sous la forme de fragments disséminés dans les encyclopédies postérieures. On peut en dire autant de la littérature plus technique : commentaires des codes et surtout recueils de décisions, utilisés autant pour la pratique judiciaire que pour l'enseignement. « Dès avant les Souei (VIe s.), écrit M. Pelliot, il ne subsistait autant dire rien de la littérature judiciaire des Han » ².

Les recueils de procès célèbres et les formulaires semblent avoir particulièrement absorbé l'activité de plusieurs jurisconsultes des différentes dynasties. On peut citer dans cet ordre de travaux le ^{p.358} *Yi yu ts'ien tsi* de Houo Ning et *Yi yu heou ts'i* de son fils Houo Mong, écrits pendant la période des Cinq dynasties (907-960) ³. Sous les Song, les deux recueils de causes célèbres, le *Tchō yu kouei kien*, de Tcheng K'o, et le *T'ang yin pi che*, de Kouei Wan-jong ; sous les Yuan, le *Yong houei fa king*, de Tcheng Jou-yi, dans lequel l'auteur étudie méthodiquement les modifications ultérieures de la législation des T'ang, ont le caractère d'ouvrages scientifiques. Sous les Ming, le *Sin k'ie fa lin kin kien lou*, d'un auteur inconnu, est un recueil de formules généralement suivies par les avocats, mais non obligatoires. L'ouvrage, peu connu, est précédé d'un calendrier indiquant les jours fastes et les jours néfastes pour agir en justice. En revanche, dans un recueil également peu

¹ W. S. HUNG, *Outlines of Modern Chinese Law*, Shanghai, 1934, p. 3, note 2.

² *Notes de bibliographie chinoise*, cit., p. 29.

³ Sur la plupart des ouvrages cités au texte, on trouve des indications dans PELLIOT, *op. cit.* ; — dans SOUEN TSOU-KI, *op. cit.* ; — dans l'œuvre de CHEN KIA-PEN, *passim*, etc.

connu, de Wang Ts'iao (*hao* : Fang lou), le *Fang lou kiu che tsi*, figurent trois ou quatre études de caractère doctrinal ¹.

J'ai eu l'occasion de citer le *Pi pou tchao yi* (v. IIIe Partie, chap. I, note 1), recueil de causes célèbres rédigé sous Kia-tsing (1522-1566). Je mentionnerai pour la même période un *Hing pou tchao* ² et, de Long Kao, un *Nan k'ing hing pou tche* ³.

^{p.359} Sous les Ts'ing, les ouvrages juridiques se font de plus en plus nombreux. Le *Tseu tche sin chou*, de Li Yu, doit être particulièrement signalé ⁴. Il en est de même des recueils de jurisprudence, tels que le *Hing pou pi tchao*, de Hiu Lien, paru en 1834, et surtout le *Hing ngan houei lan*, de Pao Chou-yun, publié la même année, avec un supplément en 1840. J'ai cité plus haut le « cours » de *Ta Ts'in lu li*, publié en 1909. Enfin, la longue énumération d'ouvrages figurant dans l'étude de M. Pelliot (pp. 47-56) suffit à donner un aperçu de l'activité de la production juridique sous la dernière dynastie.

— Si l'on veut essayer de porter une vue d'ensemble sur les études de droit dans la Chine impériale, on peut penser qu'en dépit de nombreux ouvrages composés pour des fins à la fois pratiques et scientifiques, il n'a pas existé, jusqu'à l'époque contemporaine, une véritable « science du droit », c'est-à-dire une « doctrine », au sens que nous donnons à ce terme. Sans doute les compilateurs de décisions ont fait œuvre scientifique dans une certaine mesure, puisque classer est déjà une science. De même les commentateurs de codes, en rapprochant les espèces des articles et en interprétant ceux-ci par le raisonnement analogique, ont également fait œuvre de science. Mais il a manqué à la Chine un corps de juriconsultes se succédant à travers les générations et dont les opinions, indépendantes de la loi et de son application jurisprudentielle, revêtent un caractère méthodique, doctrinal, scientifique, tendent, en un mot, à constituer la « théorie », la partie spéculative du droit, quelque puisse être, par ailleurs, l'influence de ces spéculations sur le droit positif. Il n'y a pas eu en Chine d'auteurs d'*Institutes*, de manuels, de traités. — Un consultant comme Tong Tchong-chou, des ritualistes comme les deux

¹ Sur un autre ouvrage juridique de WANG TS'IAO, le *Lu li tsien che*, v. PELLIOU, *op. cit.*, p. 40 et note 3. — Avant de prendre sa retraite, Wang Ts'iao avait exercé de hautes fonctions judiciaires et administratives, comme l'attestent les titres qui précèdent son nom à la fin de la préface du *Fang lou kiu che tsi*. Ce recueil, en 14 livres, est, dans l'ensemble, un ouvrage littéraire, mais contient cependant plus d'informations juridiques que d'autres travaux de l'auteur, tels que le *Wou chen pi ki* ou le *Tseu houei t'ang tcha ki*. — Parmi les études du *Fang lou kiu che tsi* intéressant le droit, je citerai : dans le livre I (*Chou*), *K'in siu chou*, ff. 1-28 ; *Chen lou tchong ts'ieou chou*, deux études, ff. 29-42 ; — *K'an fou tch'eng yi po lieou che yen che ts'ing chou*, ff. 42-55 ; — dans le livre II (*Siu*), *Ta ming lu kiai*, ff. 13-20 (étude sur le code des Ming, avec, en appendice, un examen des sources) ; — dans le livre VII (*Ki*), *Nan k'ing ta li sseu t'i ming ki*, ff. 29-31.

² Une réimpression de cet ouvrage a été annoncée, en 1933.

³ Cet ouvrage se trouve à la bibliothèque de *Kin ling ta hio*, à Nankin.

⁴ Sur le livre et l'auteur — ce dernier, surtout connu par son célèbre ouvrage sur la peinture, *Kiai tseu yuan houa tchouan* — v. PELLIOU, *op. cit.*, p. 48, note I.

Tai, un codificateur comme ^{p.360} Tchang-souen Wou-ki, des interprètes ou des compilateurs tels que Wang Ts'iao, Li Yu ou Pao Chou-yun, ne peuvent guère être rapprochés d'un Gaius, d'un Cujas, d'un Pothier, d'un Gierke. On rencontre bien, de loin en loin, un ouvrage de médecine légale ¹, un traité sur la marque au visage, un autre sur les lieux d'exil. Chen Kia-pen signale, incidemment, quelques ouvrages de cette nature. M. Pelliot donne également quelques noms et quelques titres ².

Il est superflu d'insister sur les causes de l'état de choses qui vient d'être décrit. Sans doute les fonctionnaires ont-ils été tenus d'étudier les lois depuis que la section *Kiang tou lu ling* est entrée dans les codes dynastiques ³. Mais, pour cette étude, la connaissance, d'une part des précédents, d'autre part, des principes confucéens — moraux et logiques — d'interprétation, était suffisante. Pour que pût se former en Chine un corps de « doctrine », il fallait attendre le mouvement de codification moderne, la renaissance des conceptions des Légistes, les emprunts à la conception gréco-romaine du droit. ^{p.361} On peut donc admettre en principe, et sauf de rares exceptions, que les premiers théoriciens du droit ne commencent guère d'apparaître avant la fin du XIX^e siècle. Chen Kia-pen, dont le rôle sera apprécié plus loin, peut être représenté comme formant la transition entre le passé et le présent. D'autres sont venus depuis — beaucoup avec une formation juridique occidentale — et ce n'est guère qu'à dater de ce moment qu'on commence à observer en Chine les premiers symptômes de l'élaboration d'une véritable « doctrine ». Mais l'étude des œuvres nouvelles ainsi créées appartient à l'époque actuelle, pour laquelle je les examinerai ultérieurement (chap. III).

¹ Le *Si yuan tsi lou*. Sur cet ouvrage, v. PELLIOT, *op. cit.*, p. 30, note I. — V. la traduction anglaise de GILES, *The « Hsi Yuan lu » or Instructions to Coroners*, London, 1924.

² PELLIOT, *op. cit.*, *passim*. — CHEN KIA-PEN, *Lu ling*, l. 9 p. 28b, énumère des ouvrages de droit pénal des Ming. Il signale (*op. cit.*, l. 6, p. 49b) des traités sur les cas douteux, parus sous les Song. Il indique que, sous les Tsin, il était interdit au peuple de posséder des « livres de droit », *Tche chou* (*op. cit.*, l. 7, p. 14b) Il relève, dans les lois des Ming, une disposition sur l'étude et l'explication des lois, *Kiang tou lu ling*, qui y apparaît pour la première fois et n'existe pas dans le code des T'ang (*Ming lu mou ts'ien*, l. 2, p. 2b). Il note encore comme exemple de l'absence de spéculations juridiques dans l'ancienne Chine la non-distinction entre *wou*, négligence, et *kouo che*, faute, — exemple dont on pourrait rapprocher, avec bien d'autres, la confusion de l'antichrèse et de la vente à réméré dans le cas de la responsabilité de l'incendie (v. Ie Partie, p. 63, note 20). Il relève enfin (*eod. loc.*, pp. 41a et s.) la grandeur et la décadence de la science juridique.

³ Elle porte que tous les fonctionnaires doivent connaître parfaitement et comprendre clairement le sens des lois, afin de décider les affaires ; à la fin de chaque année, les fonctionnaires de la capitale et des provinces sont examinés par leurs supérieurs respectifs ; ceux qui ne peuvent expliquer ni comprendre le sens des lois sont punis. Une deuxième disposition punit de mort les fonctionnaires qui donneront aux lois une interprétation erronée, les modifieront, les bouleverseront et en forgeront de nouvelles. La peine est la strangulation (auparavant la décapitation) à attendre en prison. Les Règles d'application des peines édictées en 1910 doivent avoir donné à cette disposition un caractère purement théorique.

Section II. — La recherche scientifique

@

^{p.423} J'ai rappelé, au chapitre I, que la Chine avait eu de bonne heure une « science du droit », sinon une véritable « doctrine », lorsque l'on prend ce terme par opposition à la législation et à la jurisprudence. On sait que des commentaires avaient été rédigés sur les lois des Han et, tout au long des dynasties successives, on rencontre nombre d'ouvrages dont le caractère théorique ou dogmatique est, sans doute, peu marqué, mais qui, tout en étant surtout des explications et des paraphrases des codes, ou des recueils de précédents, ont souvent la valeur d'ouvrages proprement scientifiques.

Sans doute, il faut arriver jusqu'aux dernières années du XIX^e siècle pour voir des légistes chinois, parfois sous l'influence des méthodes européennes, prendre goût à la pure théorie juridique et produire des ouvrages d'exposé et de controverse. Plus tard ont surgi les premières revues de droit. Actuellement, avec la multiplicité des écoles, des tribunaux modernes, des barreaux, le goût des études juridiques s'accroît sans cesse et la Chine s'achemine vers l'époque où elle possédera une science du droit originale et marquée de son génie propre.

Le mouvement a débuté par les travaux de documentation effectués par les premières commissions de codification. Il a fallu à ce moment rééditer les codes dynastiques anciens, certains recueils de jurisprudence et ^{p.424} quelques autres ouvrages négligés depuis des siècles. Observons du reste que ce mouvement s'est ralenti au moment où la codification moderne traversait la période de traduction et d'imitation des modèles étrangers. Mais il se dessine actuellement une renaissance des études de droit chinois ancien.

Dans le genre de productions signalé ci-dessus, Chen Kia-pen, dont le nom a été maintes fois cité dans le présent ouvrage, demeure la figure prépondérante. Né à Kouei-ngan, province de Tchö-kiang, la vingtième année Tao Kouang (1840), il a pour *tseu* : Tseu-touen et pour *hao* : Ki-yi. Il occupa sous les Ts'ing de hautes fonctions administratives et mourut en 1913 ¹. Son œuvre imprimée, très étendue, a été publiée (s. d.) en deux séries, sous le titre général *Chen ki yi sien cheng yi chou*. La série *kia* comprend les ouvrages juridiques, à savoir le *Li tai hing fa k'ao*, en soixante-dix-huit livres, et huit livres d'œuvres littéraires, *Ki yi wen ts'ouen*, traitant de questions de droit ; soit en tout quatre vingt-six livres comportant vingt-deux rubriques. La série *yi* ne contient que les études purement littéraires, en cent quatre livres et treize rubriques. Il existe encore cent trente-deux livres de recherches inédites, dont la table générale figure en tête de la publication présentement analysée, et qui sont en grande partie consacrées au droit. Ces indications montrent qu'on se trouve ici en face d'une œuvre monumentale, d'une érudition prodigieuse, et

¹ V. les indications données par M. SOUEN TSOU-KI, d'après le *Ts'ing tche fa kia lei*. — V. également PELLISOT, dans *T'oung pao*, XXIII, 1926, p. 283, note 2.

qui demeure la base indispensable de toutes les études de droit chinois. L'absence d'index rend malheureusement le recueil difficile à utiliser, étant donné le très grand nombre de sujets traités ¹. En outre, l'auteur s'est proposé de réunir une immense quantité de références et de citations plutôt que de faire l'examen critique des institutions. Sous cette réserve, on peut dire qu'il a p.425 rassemblé tous les matériaux de cet examen et son ouvrage est, à ce point de vue, une véritable somme.

En dehors de ses écrits originaux, Chen Kia-pen a réédité, seul ou en collaboration, de très nombreux ouvrages juridiques anciens, entre autres la plupart des grands recueils dynastiques.

Sans avoir fait œuvre aussi vaste, d'autres lettrés ou juristes ont continué de nos jours la tradition de leur illustre prédécesseur. Je citerai ici les noms de M. Tch'eng Chou-tö, avec ses excellentes « Recherches sur les lois de Neuf dynasties », *Kieou tch'ao lu kao* ; de M. Tch'en Yuan, dont j'ai indiqué les travaux critiques sur le texte du *Yuan tien tchang* ; de M. Sie Yun-cheng, auteur d'une importante étude comparative sur les lois des T'ang et celles des Ming ; de M. Souen Tsou-ki, auteur d'une bonne étude sur les anciens ouvrages juridiques de la Chine, etc. Mais une mention particulière est due à M. Tong K'ang, ancien ministre de la justice et ancien président du *Ta li yuan*, éminent par sa connaissance de l'ancien droit chinois et qui, par ses enseignements dans diverses écoles, ses travaux scientifiques, ouvrages et articles, ses conférences, ses rééditions, réimpressions et recensions de livres anciens, joue un rôle de premier plan dans la renaissance des études juridiques traditionnelles.

Parmi les historiens du droit qui ont écrit des manuels généraux, plus ou moins développés, il convient de citer MM. K'ang Pao-tchong, Tch'eng Chou-tö, Yu Yi, Yang Hong-lie, et Tch'en Kou-yuan. On sait d'autre part l'importance des recherches philosophiques pour la compréhension de l'esprit du droit chinois. Ces recherches ont été illustrées, pour l'époque contemporaine, par les noms de K'ang Yeou-wei, Leang K'i-tch'ao, de MM. Hou Che, Fong Yeou-lan, etc.

Si l'on met à part les travaux de caractère historique et philosophique, qui restent dans la tradition chinoise, il faut arriver aux premières décades du XXe siècle pour assister à l'apparition des premiers ouvrages théoriques et didactiques, traités d'ensemble ou monographies....

@

¹ J'ai préparé, avec le concours de M. WANG TSEU-SIN, une table analytique de ces sujets (série *kia*). J'espère publier un jour ce travail qui forme cent quarante pages dactylographiées.

CINQUIÈME PARTIE. CHAPITRE PREMIER

CONCLUSIONS GÉNÉRALES. CONCEPTION DU DROIT

@

^{p.435} Depuis les origines jusqu'à la fin du XIXe siècle, la Chine a connu et mis en œuvre une conception du droit profondément originale et différente de la conception gréco-romaine qui est celle de la plupart des Occidentaux. Cette conception chinoise a été, sinon créée, du moins formulée par l'école de Confucius avec une particulière netteté. Et l'on peut dire que c'est sur la « mystique confucéenne » que la Chine a vécu pendant vingt-cinq siècles, avec la théorie de l'interaction de l'ordre humain et de l'ordre naturel, du prince responsable de l'harmonie de la société avec l'univers et assurant cette harmonie plus par ses exemples, par l'observation des rites, que par des lois et des peines. Tous les traits propres au droit positif chinois antérieur à la codification moderne sont imprégnés de cette mystique.

D'autres influences ont pu, à diverses époques, s'exercer sur la conception traditionnelle. Les diverses écoles philosophiques, les grands systèmes religieux, notamment le bouddhisme, ont apporté leur contribution. Mais le fonds séculaire n'a pas subi de changements appréciables.

Une école, cependant, celle des Légistes, a prétendu, pendant quelque temps, faire bon marché des notions classiques et substituer, à la méthode du gouvernement par la valeur personnelle du prince, celle du gouvernement par la loi abstraite et rigoureuse. En dépit du rôle politique de premier plan qu'ont joué les Légistes, leur conception du droit, dont l'exposé le plus complet se trouve chez Han Fei-tseu, n'a pas réussi à supplanter la conception ^{p.436} confucéenne. Toutefois, la mystique confucéenne et la mystique légiste, si elles diffèrent quant aux moyens d'assurer l'ordre juridique dans la société, se retrouvent comparables en face du but final et lointain de tous les procédés employés, et qui est l'élimination de ces procédés mêmes, la réalisation de l'ordre social étant alors devenue parfaite. L'idée profonde qu'il faut punir pour ne plus avoir à punir, *P'i yi tche p'i*, se retrouve à la fois, on l'a vu, dans le *Chou king* de l'école confucéenne et dans les écrits de l'école des Lois.

Depuis 1928, la Chine édifie toute sa législation sur une mystique nouvelle, celle qui se dégage des conceptions personnelles du président Sun Yat-sen, mises en œuvre par le *Kouo-min tang*.....

@

Nom du document : esc_droit_pdf.doc
Dossier : C:\CSS\Chine\Escarra\Droit
Modèle : C:\WINDOWS\Application
Data\Microsoft\Modèles\Normal.dot
Titre : Le droit chinois
Sujet : collection Chine
Auteur : Jean Escarra
Mots clés : Chine ancienne, civilisation chinoise, droit chinois,
école des Lois, Confucius, Chang yang, Légistes, Tong Tsong-chou
Commentaires : <http://classiques.uqac.ca/>
Date de création : 20/02/06 18:08
N° de révision : 3
Dernier enregist. le : 20/02/06 21:13
Dernier enregistrement par : Pierre Palpant
Temps total d'édition : 20 Minutes
Dernière impression sur : 20/02/06 21:27
Tel qu'à la dernière impression
Nombre de pages : 119
Nombre de mots : 37 273 (approx.)
Nombre de caractères : 212 459 (approx.)