

Le Droit, remède pour les barbares: la réception du droit dans la Chine ancienne

par Dominique GAURIER
(*Nantes*)

C'est avec infiniment de plaisir et beaucoup d'amitié que, bien que non romaniste comme l'est notre collègue le Professeur Hugnette JONES, nous nous sommes autorisés quand même à lui proposer à titre d'hommage cette petite réflexion qui l'éloignera un bref moment du cours de ses préoccupations. Il reste que nul n'ignore qu'elle dirige un centre de droit comparé et qu'à ce titre, ce petit voyage en Extrême-Orient ne saurait la surprendre trop. Puisse notre modeste contribution à ce recueil, qui réunit la participation de tous ceux qui ont tenu à lui rendre un hommage appuyé, témoigner cependant, au-delà de sa modestie, de notre profond respect, et plus encore, de toute notre très profonde et très sincère amitié. Partons donc pour cette petite croisière aux antipodes de son Italie antique et moderne à laquelle tant de liens la rattachent.

En caricaturant quelque peu, on peut prétendre que le monde occidental a toujours évalué le progrès de sa civilisation à l'aune du progrès technique et du progrès qui affectait aussi sa structure étatique. Cette dernière se fondait sur l'exigence d'une meilleure connaissance du droit, ainsi que sur un contrôle plus étroit que le pouvoir politique était en mesure d'exercer sur ses sources; à tel point que, dans les divisions que nous sommes conduits à appliquer aux périodes historiques, nous parlons de "période moderne", au regard de notre histoire des institutions françaises, à partir du moment où le roi, par l'affirmation de sa souveraineté, a pu prendre le contrôle de la totalité des règles du jeu qui régissaient les rapports qu'il pouvait entretenir avec ce même corps social, voire aussi ceux qui intéressaient les rapports au sein de ce corps social (1). Le droit a tenu une place essentielle et c'est par lui, à travers lui que fut testée, et est encore testée, l'efficience du pouvoir politique: le droit est considéré comme l'une des assises de l'État, puisque se développait en parallèle et plus lentement l'idée que, face au corps des sujets, l'État lui-même devait obéir à un ensemble de règles constituant des garde-fou, consacrant la notion d'État de droit qui fonde l'idée de démocratie partagée par les "démocraties occidentales" et que le monde occidental a fortement tendance à envisager sous l'angle d'une vérité universelle s'imposant à tous (2).

1) Sur le travail doctrinal qui a jalonné cette marche conquérante de la souveraineté royale sur le corps politique en France, cf. J. KRYNEN, *L'Empire du roi, Idées et croyances politiques en France XIII^{ème}-XV^{ème} siècles*, Paris 1993.

2) Sur cet universalisme, voir M. WEBER, *L'éthique protestante et*

Le Droit apparaît ainsi comme une composante essentielle de nos cultures et de nos sociétés ⁽³⁾ que nous avons puisée très largement aux sources romaines. Plus encore, à quelque niveau qu'elles se placent, nos sociétés s'articulent essentiellement

l'espritt du capitalisme, Paris 1985, p. 7, qui écrit ces mots révélateurs au début de son célèbre ouvrage, quitte par la suite à les atténuer un peu: "A quel enchaînement de circonstances doit-on imputer l'apparition dans la civilisation occidentale et **uniquement dans celle-ci** (c'est nous qui soulignons) de phénomènes culturels qui – du moins nous aimons à le penser – ont revêtu une signification et une valeur **universelles** (souligné par l'auteur)?" Un tel point de vue nous paraît avoir été largement partagé dans la sphère culturelle communément reconnue comme étant occidentale: il permit de justifier, au nom de valeurs universelles aussi fortes que la notion de propriété, que l'article 17 de notre Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 éleva au rang de droit **inviolable et sacré** l'éviction des communautés coutumières de leurs terres au nom d'une prise de possession en propriété face à une simple possession qui n'avait somme toute aucun fondement. Sans aller trop loin, on peut cependant poursuivre cette même arrogance occidentale dans les définitions qu'elle veut imposer de ce qu'est un État démocratique, débat qui porte complètement à faux dès lors que l'on confronte ce qui peut ressortir à un fantasme occidental de type universaliste à d'autres traditions qui ont de l'État, de sa fonction et de sa définition même une approche pour le moins déconcertante à nos yeux. Or ce modèle prétendument universel est contesté de plein fouet par la tradition politique des pays d'Islam qui ne s'y repèrent absolument pas. En tout cas, il semble bien que nous en soyons simplement réduits à voir se confronter des universalismes dont, pourtant, chacun n'est totalement compréhensible que dans une approche spécifique, particulariste, de chacune des cultures qui propose son modèle comme étant une norme universelle. On pourra, pour une bonne illustration de notre propos, se reporter au très riche et fort argumenté ouvrage de O. ROY, *L'échec de l'Islam politique*, Paris 1992, tout spécialement l'introduction, pp. 14 - 43.

3) Cette surévaluation de la notion de droit par les pays de culture occidentale ne doit pas pour autant cacher le fait que, pour les anthropologues, l'observation des normes vécues par les groupes sociaux reste le seul et unique moyen disponible pour caractériser la spécificité d'un groupe par rapport à l'autre. Cf. N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris 1991, dont tout l'ouvrage, admirablement conduit, force à une approche humble et mesurée du fait social juridique.

autour de rapports où le Droit s'affirme comme en constituant le fondement principal, si ce n'est exclusif.

Si l'on se tourne vers les sociétés de l'Extrême-Orient et, parmi celles-ci, la société chinoise plus spécialement, encore que la remarque puisse en être faite tout aussi valablement pour le Japon, la Corée, le Viêtnam, la fonction du Droit y apparaît bien peu présente; certes le Droit existe, mais il n'y tient qu'une place résiduelle; il est détrôné par un ensemble de règles régulant le comportement social qui emprunte beaucoup plus à une symbolisation morale de ces mêmes rapports sociaux qu'à leur seule implication juridique. Le Droit n'y tient donc absolument pas la place qu'il occupe dans nos sociétés, car il n'est jamais envisagé que comme un pis-aller auquel il faudra toujours préférer le maintien de l'harmonie sociale, envisagée comme un miroir de l'harmonie qui règne au sein du macrocosme universel: le corps social doit refléter autour de rapports symbolisés et privilégiés – ce sont les Cinq relations sociales (4) – les hiérarchies qui sont censées régner dans le cosmos. Cela reste en

4) Les Cinq relations sociales sont définies comme suit par le Zhongyong, qui est un chapitre extrait de l'ouvrage classique confucéen dénommé Liji (ouvrage qui traite des principes du "Li" et de ses interprétations philosophiques): "*Ces cinq lois générales sont celles qui régissent les relations entre le prince et le sujet, entre le père et le fils, entre le mari et la femme, entre le frère aîné et le frère cadet, entre les amis*". Cf. Zhongyong, ou L'Invariable Milieu, trad. COUVREUR, in *Les Quatre Livres*, rééd. Taiwan 1972, p. 46. Cette classification traditionnelle a acquis valeur légale, même si elle n'a pas représenté une opinion unanime, puisque l'on peut trouver quelques variantes au sein même de ce classique qu'est le Liji (chap. Li yun, art. II, 19, p. 516, trad. COUVREUR, Paris 1950, t. I, 2^{ème} partie), ou encore dans Mengzi (Mencius), livre Teng wen gong (chap. I, Liv. III, in *Les Quatre Livres*, trad. COUVREUR, *op. cit.*, p. 424).

grande partie le cas aujourd'hui dans des sociétés que la modernité à l'occidentale a frappées: il n'est pas un de ces pays qui ne possède ses codes, assez largement empruntés aux modèles occidentaux, qui donneraient à penser qu'ils se sont soudain convertis à nos approches, mais très souvent, à y regarder d'un peu plus près, il faut bien se résoudre à admettre que la prolifération de règles à l'occidentale vise plus à encadrer les relations que l'on y peut entretenir avec des étrangers qu'à réguler les rapports sociaux internes; ceux-ci ne dépendent que des règles traditionnelles qui n'ont, dans une large mesure, rien à faire avec le Droit tel que nous l'entendons. A cet égard, l'impact du Code Civil du Japon est tout à fait significatif: de l'aveu même des juristes japonais, ce code, qui emprunte aux meilleures sources occidentales en la matière, à savoir les codes français et allemand, ne tient absolument pas la place que ce même code occupe chez nous; les relations sociales sont régulées par d'autres règles qui ne leur empruntent rien et qui doivent tout à ce qui fonde le consensus social traditionnel, tenant aux usages, aux traditions, aux rituels, bref à des éléments que nous n'aurions *a priori* aucune idée d'intégrer dans le droit pour n'être point revêtus des sanctions ordinaires dispensées et garanties par les tribunaux. Là où nous avons tendance à enfermer les rapports sociaux dans leurs seuls aspects conflictuels, pouvant déboucher sur un mode de règlement qui obligera à recourir à l'institution judiciaire, les sociétés d'Extrême-Orient préféreront jouer le jeu d'une harmonie qu'il faut préserver, préférant un mauvais arrangement négocié qui permettra de ne pas rompre définitivement une relation sociale, plutôt qu'une vérité assénée

par une juridiction qui se prononcera en faveur d'un vainqueur au détriment d'un vaincu, et qui n'aurait pour résultat que de rendre alors impossible toute reprise d'une possible relation entre des parties dont l'une sera en telle position d'humiliée qu'elle aimera mieux mettre fin à tout rapport avec celle qui lui a infligé cet affront.

C'est là que se révèle la différence entre les démarches respectives: l'Occident régulera les rapports sociaux par le seul biais de la norme, le plus souvent étatique, là où la société traditionnelle chinoise, et plus généralement extrême-orientale, privilégiera les "convenances" (5). Le recours à la loi comme norme première du comportement est très largement étranger aux mentalités du monde extrême-oriental. Cette attitude semble remonter très haut dans le temps, et même s'il faut y voir le résultat d'une idéologie en action qui semble apparaître dans la période de l'antiquité, il reste qu'on peut néanmoins tenter d'en remonter le fil pour expliquer une telle attitude qui peut nous sembler si paradoxale par rapport à ce que nous vivons nous-mêmes, quitte à nous plonger dans des abîmes de perplexité.

Pour cela, on procédera en trois étapes :

– nous nous proposons de faire une petite enquête étymologique pour explorer comment la langue chinoise exprime la notion de

5) Ce terme générique transpose imparfaitement la notion chinoise de Li que seul le terme allemand de "Sittlichkeit" permet de mieux approcher. Cette notion est au cœur de toute la pensée de l'école confucéenne et fait l'objet des spéculations de certains des ouvrages rattachés à l'École confucéenne, tel le Liji cité plus haut.

Droit;

- au-delà de la seule étymologie, il faut aussi enquêter sur ce que nous disent les textes classiques de l'invention du droit;
- on terminera en tentant de prendre la mesure du droit au sein des débats entre courants philosophiques: si le Droit a pu être un moment considéré comme un moyen particulièrement idoine pour dominer l'ensemble du corps politique, l'avènement de l'idéologie confucéenne allait le reléguer à une place singulièrement dégradée, avec pour seule fonction, par son caractère exclusivement pénal, de servir de moyen commode pour mater le petit peuple.


I - Les mots du Droit dans la langue chinoise




Il n'existe dans la langue chinoise aucun mot qui rende exactement la conception occidentale de Droit. Si le vocabulaire est assez riche pour exprimer les actes législatifs émanant du pouvoir souverain ⁽⁶⁾, on a beaucoup plus de mal à trouver un équivalent correspondant à notre mot de Droit et l'on est alors obligé de recourir à un mot qui ne restitue que très imparfaitement cette idée: il s'agit du mot FA, que l'on a coutume de traduire par Droit.

Cependant, si l'on en explore la graphie, c'est à une **approche** beaucoup plus différenciée que l'on sera contraint. **Dans la langue** chinoise, le mot FA est susceptible d'être rendu **par deux graphies** différentes, et partant, propres à restituer deux

6) Cf. TSIEN Tche-Hao, *Le concept de Loi en Chine*, in A.P.D., t. 25 *La Loi*, Paris 1980, pp. 231-247.

acceptions.

1 - 正 formé dans sa partie supérieure de l'élément 金 , qui signifie *adapter, unir, assembler*; la partie inférieure ZHENG 正 exprime l'idée de *juste, droit, rectitude, légitime, redressé, exact*.. Dans son ensemble, le caractère qui combine ces deux idées renvoie alors à quelque chose dont la fonction est d'unir à ce qui est juste, ce qui peut correspondre assez bien avec une conception du droit comme source de l'équité.

2 - 灋 beaucoup plus complexe originellement, la seconde graphie se compose de trois éléments: SHUI 水  qui signifie *eau*, dont la surface est plane; QU 去 , qui a le sens de *repousser, rejeter* et ZHAI 廌  qui représente un animal fabuleux, sorte de bélier unicolore plutôt que licorne comme l'on traduit souvent ce mot; cet animal passait pour pouvoir distinguer le juste de l'injuste, l'innocent du coupable (7).

7) Cf. Déjà M. GRANET avait vu dans l'apparition de la "licorne" une trace d'une ordalie possible, cf. *Danses et Légendes de la Chine ancienne*, Paris 1959, t. I, pp. 141-142. G. Mac CORMACK, *Was the Ordeal known in Ancient China?*, in R.I.D.A., 3^{ème} série, t. XLII, 1995, pp. 71-93, analyse l'intervention de cette "licorne" lui aussi, dans un sens identique. A notre avis, il semble difficile de réduire l'intervention de l'animal en question à une telle procédure dans la mesure où, à lire attentivement le récit de MOZI (on en trouvera le texte infra en note 10), qui seul fonde la légende qui devait entourer l'intervention de cette "licorne", son apparition dans le cours d'une procédure pour désigner le coupable a été purement fortuite. En effet, rien dans ce récit ne semble corroborer l'idée que cette intervention ait été partie intégrante de la procédure, destinée à découvrir un coupable. Ce texte donne plutôt à penser que MOZI entendait signifier l'intervention d'une forme de justice immanente, inopinée, purement fortuite, et non la mise en œuvre d'une procédure organisée et recherchée par le juge, à l'image de ce que pouvaient être nos procédures médiévales, celles-là même auxquelles le

Le Shuowen (8) commente ainsi le mot: “*FA est plat comme l’eau; la licorne rejette de sa corne ce qui n’est pas correct*” (9).

Depuis lors, le mot s’est simplifié, ne conservant que son radical et sa partie inférieure, lui faisant perdre son intelligibilité (10); il s’écrit aujourd’hui 法 .

Le Shuowen, donnant son explication sur le sens du caractère, s’inspirait d’une anecdote qui avait été contée par Mozi (env. 479 - 381 av. J.C.) qui n’entendait, par le récit qu’il mettait en œuvre, que faire la preuve de l’existence des puissances surnaturelles et de la crainte qu’il fallait en avoir (11).

Concile de Latran IV tenta de mettre fin en interdisant aux clercs de participer à l’avenir à de telles procédures. C’est donc bien là où réside la différence essentielle à nos yeux, en ce que la justice immanente intervient de son propre chef, matérialisant ce qui paraît être une faute aux yeux de la conscience et la sanctionnant, non pas alors en la recherchant particulièrement, voire à l’encadrer par des règles qui viendraient la canaliser et en préciser les applications. Cette approche nous semble d’ailleurs mieux correspondre à l’économie de la pensée métaphysique générale de MOZI.

8) Le SHUOWEN est un dictionnaire qui a été compilé au 2^{ème} siècle av. J.C. et qui retrace l’étymologie, faisant l’exégèse d’environ 10000 mots.

9) Cité in TSIEN Tche-Hao, *Le concept de Loi en Chine*, op. cit., p. 232.

10) Cependant, au XVIII^{ème} siècle, DUAN Yucai (1785-1815), glosant le SHUOWEN, précisait encore: “*Corriger l’homme par le FA, c’est comme extirper le mal par la licorne.*” Il ne fait aucun doute que, dans son esprit, le mot FA avait conservé sa graphie ancienne.

11) Voici le texte de l’anecdote de MOZI dans la traduction qu’en a proposée L. VANDERMEERSCH: “*Autrefois le prince Zhuang de Qi – 794/769 – avait deux ministres dont l’un s’appelait Wang Ligu et l’autre Zhong Lijiao. Ces deux personnes faisaient l’objet d’une instruction judiciaire depuis trois ans sans qu’on pût trancher leur cause. Le prince de Qi craignait de punir un innocent s’il les faisait exécuter tous les deux et de manquer de châtier un coupable s’il les relaxait l’un et l’autre. Il ordonna donc que ces hommes apportent un mouton et*

Le mot FA se trouve alors exprimer ce qui se rapproche, à nos yeux, le plus près de la notion de droit; il est même l'unique terme à pouvoir le faire (12). Mais également, et par extension, le FA sera le "modèle", et c'est bien dans ce sens, qui s'attache à l'idée d'une permanence, que l'école philosophique dite "Ecole des Lois" – FAJIA – fera du FA la norme du gouvernement qui a pour avantage et pour fonction de s'opposer à l'arbitraire des

*jurent par le sang sur l'autel du dieu du sol de Qi. Les deux hommes acceptèrent. On procéda donc au rite du sang versé: le mouton fut égorgé et l'on fit l'onction du sang; sans discontinuer, Wang Liguon prononça son serment et, dès qu'il eut fini, sans discontinuer, Zhong Lijiao prononça le sien. Mais à peine ce dernier était-il à la moitié de sa formule que le mouton se releva et se rua sur lui, brisant les attaches qui le liaient à la perche passée dans ses pattes pour se précipiter à coup de tête, démolissant l'emplacement de la prestation de serment. Parmi les gens de Qi de cette époque, il n'y en eut pas qui n'ait pas vu la chose s'il assistait à la séance, ou qui n'en ait pas entendu parler s'il n'était pas à proximité. Ceci est consigné dans la chronique de Qi. Les seigneurs en tirèrent cette leçon que tous ceux qui prêtent serment sans le faire du fond du cœur n'échapperont pas au châtement des puissances surnaturelles; ainsi leur mensonge sera dévoilé." (Mozi, chap. XXXI.) Sur MOZI, cf. FENG Youlan, *Précis d'histoire de la philosophie chinoise*, rééd. Paris 1985, pp. 68 ss.*

Il reste que la figure traditionnelle du juge idéal que l'ouvrage classique du ZUOZHUAN dénomme Ting jian ou "Juge ferme", en se reportant à la figure mythique de GAO YAO, le montre toujours accompagné, non d'un mouton, mais d'un animal unicorne qui a pour tâche de départager l'innocent du coupable. On peut se reporter à l'ouvrage de D. BODDE et C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Cambridge Massachussets, 1987, appendix F p. 560, pour en voir une illustration.

12) Cf. TSIEN Tche-hao, *op. cit.*, p. 235. C'est ainsi que, pour désigner les branches du droit à l'image de ce que nous faisons selon nos catégories occidentales, on voit ce mot utilisé pour exprimer le Droit Pénal – XINGFA –, ou le Droit Civil – MINFA. Pour évoquer la notion générale de Droit, ce même mot sera utilisé en combinaison avec un autre qui signifie "loi, commandement, ordre", dont le radical renvoie à la flûte qui était utilisée pour faire marcher les troupes ; il s'agit alors du mot FALÜ 法律 .

conventions ou des bienséances, des “rites” – LI 禮 – cultivés par les Confucéens.

3 - 刑 XING: le Shuowen commençait sa glose du mot FA en énonçant que “FA est la même chose que XING”, soulignant par là une constante sur laquelle nous aurons par la suite l’occasion de revenir, à savoir le caractère exclusivement répressif de la loi, plus que du Droit, chinoise.

Pour conclure ce bref panorama linguistique, il est nécessaire d’ajouter qu’il existe de nombreux autres termes techniques pour exprimer des modalités de la Loi, mais aucun d’entre eux n’est d’un grand secours pour serrer de près ou de loin notre concept de Droit. Il y a plus: le vocabulaire classique chinois ne comporte aucun vocable pour restituer l’idée de “droit” – avec **d** – se rapportant à ce que nous appellerions le droit ou les droits subjectifs. Ce sont deux autres notions, d’utilisation assez complexe, qui devaient permettre de définir l’espace de liberté juridique de l’individu: le MING 名, c’est-à-dire le “nom”, qui commande le statut de l’individu par rapport aux divers groupes au sein desquels il se trouve impliqué, état, communauté professionnelle, famille, ... et le FEN 分, qui correspond à la “part des droits et des devoirs” qui lui échoit en conséquence (13).

Dans le chinois contemporain, c’est encore à la notion de “pouvoir”, mais aussi d’“évaluation, estimation, examen, jugement”, et celle d’“intérêt” qu’il faut recourir pour restituer le

13) Cf. HU Yan-Mung, *Étude philosophique sur la conception de Ming et de Fen dans le droit chinois*, Paris 1932.

mot “droit” dans le contexte de “avoir le droit de”, très liée en conséquence à tout ce que l’“intérêt” comporte au plan matériel de possibilité de “gain, profit”. En effet, ce sont ces deux caractères combinés qui y correspondent alors QUANLI 權利.

II - Les récits sur l'origine du droit

- La tradition historique chinoise garde de l'apparition du droit dans l'histoire de la civilisation chinoise un singulier récit. Il nous a été conservé dans l'ouvrage dénommé *Le Livre par excellence*, Shujing, ouvrage qui est censé retracer des faits remontant à l'aube des temps historiques, se rapportant à la première dynastie des Xia, puis à la suivante, celle des Shang- Yin et enfin à celle des Zhou (14), à laquelle il consacre ses plus amples développements. Le récit met en scène l'Empereur mythique Shun, qui est considéré avec son prédécesseur Yao comme le parangon archétype du bon gouvernement, donnant ses instructions à l'un de ses ministres, Gao Yao, qui exerçait la fonction de Grand Juge, équivalant à ce que seraient les fonctions d'un ministre de la justice, en ces termes: “*Gao Yao, les tribus étrangères qui nous entourent troublent notre grand et beau pays. Les brigandages et les homicides se multiplient, les malfaiteurs*

14) Les dates traditionnelles affectées aux deux premières dynasties sont les suivantes: pour les Xia, 2205-1767, pour les Shang-Yin, 1766-1122; quant aux Zhou, ils devaient connaître deux phases, celles des Zhou occidentaux entre 1121 et 771, suivis par les Zhou orientaux entre 770 et 249, date à laquelle le roi de la principauté de Qin mit fin à la dynastie avant de fonder l'Empire unitaire en 221 et l'éphémère dynastie de Qin qui ne connut que deux Empereurs, Qin Shihuangdi (221-210) et Qin Ershi (209-207).

agissent tant à l'extérieur qu'à l'intérieur (15). *Vous êtes ministre de la Justice. Infligez aux criminels les cinq grands châtements en trois endroits différents* (16). *Mettez en vigueur les cinq sortes d'exil et assignez aux exilés trois régions différentes* (17). *Une grande perspicacité sera nécessaire pour obtenir que l'on se fie à votre justice*" (18).

Un tel récit, bien évidemment mythique, sous-entend plusieurs aspects que l'on aurait tort de négliger. Le plus explicite est au moins que le droit ne représente jamais qu'un pis-aller, inventé pour contenir tout ce que la barbarie, – à savoir tout ce qui est étranger aux modèles de valeur et de culture proprement chinois –, risque d'imposer, avec son cortège de désordres, de

15) Le texte chinois comporte ici deux termes différents, l'un qui exprime l'idée de quelqu'un qui agit dehors, ou désigne le peuple tributaire révolté, JIAN (qui signifie aujourd'hui violeur), l'autre, GUI, qui se rattache à l'idée contraire d'un brigand du dedans, de l'intérieur.

16) Les cinq grands châtements consistaient en la peine capitale, la castration, l'amputation des mains, celle des pieds, enfin la marque au front. La première peine était infligée sur la place publique, la seconde, dans un endroit où l'on élevait des vers à soie en raison de la chaleur du lieu, et les trois dernières pénalités en un endroit fermé de peur que le grand air n'infectât les plaies.

17) Il y avait possibilité de faire remplacer en certains cas les cinq grands châtements par des peines de bannissement, elles-mêmes graduées en cinq degrés. Quant aux destinations affectées aux bannis, au nombre de trois, elles consistaient en un exil jusqu'aux extrémités les plus reculées des pays barbares, excluant donc les criminels les plus importants d'une résidence au sein de ce réceptacle de la civilisation par excellence; d'autres pouvaient être envoyés aux frontières des pays chinois, donc sur les marges, mais sans être toutefois totalement exclus; les moins coupables enfin, à mille li de leur pays.

18) Shujing, Paris 1950, chap. Shundian (l'exemple de Shun), trad COUVREUR, nb 20, pp. 26-27.

crimes, bref, de tout ce qui semble être exactement les valeurs antinomiques des valeurs chinoises. Cela signifie qu'avant que l'ordre barbare ne fasse supporter ce poids à l'aire chinoise, il n'y avait aucun besoin d'un quelconque droit pour contraindre les conduites sociales. Et pourtant, loin s'en faut que la tradition chinoise porte l'idée d'un âge d'or perdu, âge d'or parce que non réglé, non régulé. Bien au contraire, cette même tradition s'appuie constamment sur l'excellence de cet âge d'or en référence avec une régulation si parfaite qu'elle n'avait justement aucun besoin d'un droit pour venir sanctionner quoi que ce soit: le modèle moral de conduite donné par le prince à ses sujets suffisait alors à infuser dans leurs comportements ces règles attestant d'un ordre primordial et immuable, le microcosme humain étant le miroir de cet ordre parfait qui règne dans l'ordre macrocosmique.

Le discours de la tradition chinoise sur cette reproduction dans l'ordre humain de celui qui régit le macrocosme a trouvé son application dans le domaine constitutionnel même, puisque l'idée du Mandat Céleste, TIANMING 天命, en est totalement dépendante. Point n'est besoin de revenir sur un aspect des choses que nous avons eu déjà l'occasion d'aborder dans cette revue (19). Il reste que ce **modèle** idéal, car il s'agit bien d'un idéal, a trouvé aux yeux de la **tradition** confucéenne ses modèles archétypaux dans les figures des **grands souverains**

19) Cf. D. GAURIER, *Responsabilité politique, responsabilité morale en Chine ancienne: le Fils du Ciel et le Mandat Céleste*, R.I.D.A., 3^{ème} série, t. XXXIX, 1992, pp. 27-54.

prédynastiques, en un temps où l'homme naissait à la civilisation, sous la houlette de personnages symboliques tels que Fuxi qui a créé l'art de la divination, Shennong qui a initié l'homme à l'agriculture, Huangdi auquel sont attribuées de multiples inventions: les rites, la musique, le calendrier, les vêtements; il établit les premiers temples et passe pour avoir institué cette division des champs en neuf parties, une partie centrale cultivée en commun autour de laquelle s'ordonnent huit parties distribuées aux familles (20). Leur font suite des figures plus floues, sur lesquelles rien n'était à dire et qui, en conséquence, ont pu très tôt et facilement devenir les Saints par excellence, ceux qui incarnaient l'entière perfection que l'idéologie du temps des Zhou se plaisait à porter et à donner comme modèles, tels Yao et ce Shun que l'on a vu tout de suite délivrer ses instructions à son ministre et, par là même, inventer le droit (21).

On peut voir ainsi combien l'atmosphère qui entoure cette **invention** du droit relève directement de l'idéologie et d'une relecture **du passé** qui se construit sur la valorisation de comportements **desquels il** n'aurait fallu jamais s'éloigner. En quelque sorte, la **barbarie est** **En quelque sorte, la barbarie est** venue de ce que les valeurs morales **qui ont pu servir** dans les temps anciens pour canaliser

20) C'est cette division que rend la graphie JING 井 qui désigne et nomme ce système de répartition des terres pour lequel plaidait avec tant de flamme Mengzi, cf. l'ouvrage qui porte son nom, trad COUVREUR, in *Les Quatre Livres*, op. cit., Liv. III, chap. I, pp. 413-414.

21) Sur ces figures mythiques, on pourra se reporter avec bénéfice à H. MASPERO, *La Chine antique*, Paris 1965, pp. 26-27.

correctement les comportements humains se sont affadiés et ont laissé place à de possibles déviations. A cet égard, le récit dont nous venons de proposer la lecture est lui-même tout empreint de cette idéologie: le Shujing dans son intégralité ne poursuit d'autre but que de venir justifier les changements des maisons régnantes par leur éloignement progressif des valeurs morales au nom desquelles le Mandat Céleste passe d'une maison indigne à une nouvelle qui renoue avec la dignité des origines. On peut même dire que toute cette œuvre est commandée par le désir de justifier la légitimité d'une prise de pouvoir, celle des Zhou, par l'indignité, et donc la fatale déchéance de la maison précédente, celle des Shang-Yin, modèle qui sera à son tour appliqué pour justifier la prise de pouvoir par le premier souverain Shang contre le dernier des Xia. Il y a là une forme de mécanique idéologique bien huilée, mais qui ne peut cependant totalement cacher le fait que les Zhou ont dû batailler ferme pour s'imposer face aux derniers Shang-Yin, et plus encore, parce qu'il leur fallait pallier un déficit de culture initiale face à leur prédécesseurs éduqués auxquels ils ont emprunté des modèles déjà émergents, en les perfectionnant, pour se concilier les populations soumises et ne pas paraître à leurs yeux comme de purs barbares (22).

L'invention du droit fut donc une réponse à la force sauvage de la barbarie. Toutefois, il ne paraît pas que le barbare ait visé toujours et exclusivement celui qui venait assaillir de l'extérieur le monde civilisé. On sait, certes, que ce fut là la raison qui motiva

22) Cf. Sur ce point D. GAURIER, *Responsabilité politique...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

la construction, dès le règne de Qin Shihuangdi au III^{ème} siècle avant notre ère, de la grande muraille de Chine, aux fins de se protéger des populations venant du Nord et connues sous le terme générique de Xiongnu, restitué en français par la non moins générique dénomination de Huns. Cette volonté de se protéger vis-à-vis de l'extérieur a été durable et l'on sait que les travaux de cette grande muraille ont duré longtemps, alors que l'efficacité du procédé s'est révélée bien décevante et n'a jamais véritablement pu constituer un barrage bien étanche.

Si donc l'on parcourt les ouvrages rituels portés par l'École confucéenne, il ne fait aucun doute que le "barbare" n'est pas seulement cet étranger-là, mais qu'il désigne de façon générale tous les êtres qui sont par trop rustiques pour pouvoir pénétrer le véritable sens des rites, des convenances, et accorder leur conduite en conformité avec ce sens d'une vie morale et sociale régulée de façon subtile. Un passage du Liji nous semble très révélateur à cet égard; on y lit en effet: "*Les rites ne descendent pas jusqu'aux gens du commun, les châtiments ne montent pas jusqu'aux grands officiers*" (23). Ce texte fait ainsi une nette opposition entre SHUREN 庶人 que l'on traduit par *gens du commun* et DAFU 大夫 que l'on a restitué par *grands officiers*.

23) Ces deux règles si nettes sont contenues dans le premier chapitre de cet ouvrage, intitulé QULI ou *Abrégé sur les rites*, cf. Trad. COUVREUR, t. I, 1^{ère} partie, § 50-51, p. 53. Le Liji, dans son entier, consiste essentiellement en une compilation sans véritable ordre de pièces consignant divers rituels relatifs au mariage, aux funérailles, etc, avec souvent un détail considérable sur le deuil et les honneurs à rendre aux défunts, les offrandes, les sacrifices. Rien n'interdit de penser que cette compilation ait intégré des pièces d'une certaine ancienneté, elle n'en remonte pas moins dans son état actuel à une date assez récente, à savoir le second siècle de notre ère.

L'opposition a pu recouvrir originellement des contradictions ethniques telles qu'elles ont pu exister entre populations subjuguées et catégories victorieuses, mais ce n'est plus le cas à la fin de la période Zhou dès lors qu'avec les modifications et les évolutions des rapports de production, la catégorie *gens du commun* accuse plus nettement une nature de catégorie sociale opposée à une catégorie aristocratique, atténuant ainsi le caractère radical que la phaséologie suggérait ici, pour le ramener à ce qui n'est plus qu'un simple clivage hiérarchique (24). Le passage précité ne signifie donc pas autre chose que le droit, ou plus exactement les châtements, ne vaut, ne valent que pour le commun qui est inaccessible à la civilisation, aux valeurs partagées par la catégorie aristocratique; seuls ceux qui se retrouvent à un niveau d'éducation élevé, qui ont donc capacité à se pénétrer de la véritable signification morale agissante, des façons de se comporter, des rites, sont de ce fait même appelés à échapper à la répression pénale brutale et, la domination de la philosophie confucéenne aidant, il n'est pas jusqu'au Code de la dernière dynastie qui n'ait répercuté cette façon de voir en autorisant huit catégories de personnes à échapper à l'autorité du magistrat ordinaire et à ressortir alors à une juridiction extraordinaire (25), voir à ne pas encourir les mêmes pénalités.

24) Sur tous ces points, il faut se reporter à l'analyse très serrée des inscriptions anciennes et du vocabulaire qu'elles mettent en œuvre par L. VANDERMEERSCH, *Wangdao ou la Voie Royale, recherches sur l'esprit des institutions de la Chine archaïque*, t. II – *Les structures politiques, les Rites*, Paris 1980, pp. 153 ss. et plus spécialement pp. 173 ss.

25) Le *Da Qing Lüli*, Code des Grands Qing, dans la 3^{ème} section de son premier livre, ne fait que reproduire une disposition dont on trouve déjà la mention dans le Code de la dynastie Tang (promulgué sous l'Empereur Tang Taizong qui régna de 627 à 649) ou *Gu Tanglü shuyi* qui constitue l'archétype de tous les Codes dynastiques qui suivront, jusqu'à celui de la dernière dynastie: l'article 7 de ce Code, à l'instar de la troisième section du Code Qing, s'intitule *Bayi* ou les *Huit délibérations*, thème dont on trouvait déjà la trace dans le *Zhouli* ou Rites des Zhou (ouvrage rédigé à la fin de l'Antiquité bien qu'on lui assignât traditionnellement une origine plus haute; il inspira certains réformateurs et notamment Wang Mang qui vécut entre 32 av. J.C. et 22 ap.

Quand bien même ils s'appliquaient aux barbares, les châtiments semblent n'avoir pas obéi dans l'Antiquité à une conception plutôt moderne qui ne verrait en eux que l'expression d'une violence légale. Le commentaire Zuozhuan des Annales Printemps-Automne ⁽²⁶⁾ nous conserve la trace de constitutions

J.C.) dont un des commentaires vient préciser le sens: "*Les huit délibérations s'appliquent aux hommes qui ont droit à ce qu'on délibère sur leurs infractions*", ce qui vient signifier qu'au moment de condamner le coupable, alors que la Loi de l'État énonce sans distinction ce que doivent être les sanctions, on peut à l'égard de certains individus nommés dans ces huit catégories faire intervenir le rang des individus pour apprécier la gravité des faits reprochés. De la même façon, le commentaire supérieur du Code Tang reprend l'un des commentateurs du passage du Liji qui précisait: "*S'ils commettent des infractions, ils sont jugés sous le régime des Huit Délibérations et le poids de la sentence n'est alors pas gouverné par les Codes pénaux*". Il reste que la première mention qui ait été faite de ces Huit Délibérations dans un Code remonte à la dynastie Wei (220-264). Cf. E. BIOT, *Le Zhouli ou Rites des Zhou*, Paris 1851, t. II, pp. 320-322; *The Tang Code*, trad. W. JOHNSON, vol. I, Princeton University Press 1979, p. 83 ; G. BOULAIS, *Manuel du Code chinois*, Var. Sin. N° 55, Shanghai 1924, nb 50, pp. 32-33; E. BALAZS, *Traité juridique du Suishu*, Leyde 1954, p. 145 note 185. Sur la codification chinoise et un panorama général s'y rapportant, cf. D. GAURIER, *La mise par écrit des normes juridiques et ses conséquences sur la formation de la pensée juridique, étude historique et comparative*, thèse D.E. Nantes 1988, multigraphiée, t. I, pp. 137 ss. et 177 ss.

26) Les Annales Printemps-Automne ou *Chronique de la Principauté de Lu*, en chinois Chunqiu, i.e. Printemps-Automne (période historique qui correspond aux années comprises entre 722 et 481) qui retracent l'histoire de la principauté de Lu entre 787 et 480, dont on prétend qu'elle est l'œuvre de Confucius lui-même, donnent sous chaque date des notations extrêmement brèves. Cette brièveté est cependant considérée comme une qualité puisque le rédacteur de cette chronique s'est tout particulièrement attaché à appliquer aux faits décrits et rapportés leur vraie qualification par l'usage d'un vocabulaire très précis. Une telle recherche, qui recoupe un certain nombre de préoccupations de type nominaliste, devait déboucher sur une théorie portée par l'École confucéenne, dite théorie de la "*rectification des noms, des vocables*" ou Zhengming. Ce fut donc le travail de certains des commentateurs de fournir les éléments d'une histoire beaucoup plus détaillée, non seulement sur la petite principauté de Lu, mais aussi sur les autres royaumes environnants. Le commentaire de Zuo, dénommé Zuozhuan, est à cet égard presque comparable au travail d'un Thucydide, puisqu'il reconstitue bon nombre de discours tenus par les hommes politiques de l'époque. Il existe également deux autres commentaires de ces

pénales qu'il rapporte à Yu de la dynastie des Xia ou à Tang de la dynastie des Shang-Yin, ou qu'il dénomme encore, les "*Neuf châtiments des Zhou*" (27). Le texte du commentaire n'utilise

mêmes Annales, celui de Gongyang et celui de Guliang, mais bien différents du premier, dans la mesure où ces deux derniers s'attachent beaucoup plus à en dégager le sens moral, philosophique que la narration des événements.

27) Cf. Chunqiu Zuo zhuan ou *Chronique de la Principauté de Lu*, trad COUVREUR, t. III, Paris 1950, p. 118. Le texte mérite que l'on s'y arrête un peu, car il recèle bien des attitudes spécifiques que l'on retrouvera par la suite à l'égard de la place du droit. Citons des extraits de ce passage dans la traduction qu'en a donnée COUVREUR: "*Les anciens souverains, qui ont pensé mûrement les choses avant d'établir des lois, n'ont pas fait de lois sur les crimes. Ils ont craint d'éveiller dans le peuple l'esprit de discussion. Mais comme on ne peut pas empêcher tous les crimes, ils ont opposé à leurs sujets la barrière de la justice, les ont liés par des règlements administratifs, les ont traités comme il convenait (...). Ils ont statué des châtiments sévères et réprimé la licence en inspirant la crainte. (...). (Cependant) quand le peuple sait qu'il y a des lois pour régler les châtiments, il n'a pas de crainte respectueuse de l'autorité: l'esprit de discussion s'éveille, on invoque la lettre de la loi et l'on est heureux de se persuader que ses mauvaises actions ne tombent pas sous le coup de la loi; le gouvernement est impossible. Quand le trouble fut dans l'administration des Xia, les Châtiments (xing) de Yu parurent. Quand le trouble fut dans l'administration des Shang, les Châtiments de Tang parurent. Quand le trouble fut dans l'administration des Zhou, les Neuf Châtiments des Zhou parurent. Ces trois séries de châtiments ont paru un peu avant la fin de ces trois dynasties. (...). Vous avez renouvelé les lois pénales des trois dynasties en les faisant graver sur des chaudières et espérez ainsi maintenir le peuple dans la tranquillité. (...). A quoi serviront ces châtiments? Le peuple en fera un sujet de discussion, abandonnera la pratique de ses devoirs et s'appuiera sur les seuls textes (shu, le mot chinois renvoie ici au livre, donc par extension au texte écrit); il discutera sans cesse sur des vétilles. Les troubles, les procès criminels se multiplieront; dans le même temps, on achètera les juges par des présents. (...). Une principauté sur le point de périr a beaucoup de lois". C'est là un extrait d'une diatribe lancée par un lettré de la principauté de Jin, pour réprimander le premier ministre de la principauté de Zheng qui venait de faire publier sur des chaudières de bronze un code pénal. On verra, par la suite, Confucius lui-même reprendre les principaux termes de cette argumentation à l'encontre de ministres de l'état de Jin qui entreprirent à leur tour de publier une telle codification. Cf. Chunqiu Zuo zhuan ou *Chronique...*, op. cit., pp. 456-457.*

qu'un seul terme pour exprimer ces législations pénales, XING dont on a vu qu'il signifiait *châtiment* plutôt que *Code pénal* comme le restitue COUVREUR. En quoi pouvaient alors consister ces listes légales de châtiments? Elles n'ont très certainement rien à voir avec un quelconque équivalent de code pénal en tant que tel, mais sont vraisemblablement beaucoup plus proches de variantes successives de rituels de supplices, voire du cérémonial des exécutions. Le Zhouli nous a conservé la trace de tel rituels, notamment en assignant au Grand Préposé aux brigands, le Dasikou, la fonction d'humilier les malfaiteurs par la peine de la "*manifestation publique*", dont un commentaire vient préciser les modalités en ces termes: "*Il prend ceux qui ont violé les lois sans excuse. Il écrit leurs infractions sur un grand tableau et le place sur leur dos. Cette punition est seulement infâmante et moindre que les cinq grands châtiments*". Le même Zhouli mentionne un peu après le recours à une pierre veinée dénommée JIASHI, pour "*rectifier les hommes qui ont perdu le sens moral*"; le

commentaire vient dire ce en quoi la peine consiste: “*La pierre jiashi est une pierre veinée; on désire que les individus vicieux se repentent et s’améliorent en considérant la disposition régulière des veines de cette pierre*” (28).

A les considérer dans leur sens profond, ces rituels semblent bien avoir eu pour fonction de re-former le coupable, si tant est que son caractère vicieux soit réformable. Il reste qu’à cet égard, l’homophonie entre deux graphies est éclairante: d’une part, la graphie de XING 刑 *châtiment*, et celle de XING 形 *forme*; châtier un coupable, n’est-ce pas avant tout chercher à lui redonner forme? Une telle idée, qui ne saurait cependant gommer la cruauté d’autres formes de châtiments, ne nous en paraît pas moins relever d’un idéal humaniste qui n’a rien à envier à la philosophie de notre siècle des Lumières, même si les fondements ne sont pas tout à fait assimilables les uns aux autres (29)

Une dernière remarque peut être faite: les textes classiques nous montrent fréquemment que les rituels pénaux étaient mis en vigueur principalement soit au cours d’une chasse qui était alors l’occasion de pratiquer de grands exercices militaires, soit lors d’expéditions lancées sur les marches contre les barbares qui campaient aux frontières. L’attitude du législateur peut, eu égard

28) Cf. Zhouli ou *Rites des Zhou*, trad E. BIOT, *op. cit.*, t. II, pp. 310-311.

29) Le chinois ancien donnait cependant une unique graphie au mot XING.

Il semble que la substitution du radical SHAN 山 *plume* au radical DAO 刀 *couteau* soit tardive.

à ces circonstances spécifiques, s'interpréter comme recelant une volonté de s'éloigner de l'ordre des choses, parce que ce qui est aux franges de l'ordre social harmonieux, ce qui réside aux frontières, nécessite alors que l'on use de mesures destinées à rétablir l'harmonie par des moyens appropriés, au-delà du seul rituel qui peut se révéler ici bien insuffisant ⁽³⁰⁾.

III - Le débat sur la place du droit: Confucéens vs Légistes

Sans vouloir entrer dans le détail du débat de philosophie politique qui devait animer la période Printemps-Automne, celle des Royaumes Combattants qui lui fait suite ⁽³¹⁾, pour trouver son aboutissement exacerbé avec le régime imposé par le premier Empereur Qin Shihuangdi, on peut cependant, à partir de deux exemples que nous fournit la littérature classique, en poser les termes généraux.

En 536 av. J.C., Zichan, ministre du seigneur de la principauté de Zheng, avait entrepris de faire publier une forme

30) Cf. J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Paris-Pékin 1936, p. 90, note 14.

31) Ces deux périodes historiques qui se situent à la fin du règne des Zhou correspondent, pour la première, à la période décrite par la *Chronique de la Principauté de Lu*, dénommée en chinois, on l'a vu, *Printemps-Automne*; pour la seconde, les *Royaumes combattants* ou *Zhanguo* désignent un temps qui va du V^{ème} au III^{ème} siècle av. J.C. durant lequel sept principaux États cherchèrent à s'assurer la prédominance sur les autres, jusqu'à ce que l'un d'entre eux, sis sur les marches occidentales du bassin de la civilisation chinoise, l'État de Qin, l'emporte définitivement puisque c'est son souverain, Qin Shihuangdi, qui réunit sous sa férule l'ensemble des anciennes principautés en créant l'Empire unitaire en 221 av. J.C.

de code pénal en faisant fondre à cet effet des chaudières de bronze sur lesquelles étaient alors gravées les dispositions de ce code. Vingt-trois années plus tard, la même chose était entreprise par un ministre de la principauté de Jin. Ces deux codifications devaient susciter chez les traditionalistes, représentés par un certain Shu Xiang dans le premier cas, et Confucius lui-même dans le second, une violente diatribe dont le but premier a été de dénoncer ces dispositions codifiées comme anti-rituelles. Les deux opposants reprennent à peu près les mêmes critiques ⁽³²⁾: la codification des châtiments, désormais enserrés dans un texte *ne varietur*, va faire perdre au justiciable le sens même de la Loi céleste, et au juge, le sens de ce que doit être l'équité; ne reposant dès lors plus sur le Mandat céleste, l'ordre social ne sera plus réglé que par la mécanique d'une législation humaine, source d'imperfections et, donc, générant chicanes et discussions sans fin.

En somme, c'est toute la fonction rituelle qui est bafouée dans la mesure où, à cette Loi d'ordre qui préside à l'agencement de l'univers et que le souverain doit copier pour régir la société humaine, ce qui exige de lui une qualité morale qui lui permet de communier à cet ordre cosmique et d'en pénétrer les subtiles linéaments, sera substituée une simple loi positive, humaine, donc faillible au plus haut point.

Dans ce débat, on discerne bien deux mondes en opposition l'un à l'autre: un monde tout empreint d'une tradition qui tend à

32) Nous avons proposé un extrait de la critique faite par Shu Xiang dans la note 27 ci-dessus.

renouer avec un passé largement réinterprété et surévalué, portée par une catégorie sociale qui tend à perdre en puissance, représentant un monde aristocratique, face à un monde marchand qui monte en puissance, novateur, qui a tendance à tarifer et pratiquera de même en ce qui concerne une adéquation entre les infractions et les peines qu'elles encourent. Si cette mentalité est bien présente à la fin du VI^{ème} siècle avant notre ère, elle n'en remonte pas moins certainement plus haut dans le temps: le Shujing a conservé un chapitre qui s'intitule *Châtiments de Lü* ou Lüxing, censé nous présenter des règles remontant au roi Mu de la dynastie Zhou, fin XII^{ème}-début XI^{ème}, établies par un grand prévôt aux brigands, le marquis de Lü. Or ce dernier aurait autorisé le principe du rachat des peines qui permettait de convertir, dans les cas où une culpabilité ne s'imposait pas de façon absolue, les peines encourues en une amende proportionnée et tarifée en fonction du degré de la peine (33)

33) SIMA QIAN, dans son *Shiji* ou *Mémoires historiques*, trad. E. CHAVANNES, t. I, Paris 1967, pp. 259-265, nous décrit cette législation en ces termes: "*Le marquis de Fu parla avec le roi et ainsi fut composée la Réforme des Peines et des Supplices (il y a là une différence avec ce que nous rapporte le Shujing qui parle des Châtiments faits par Lü). Le roi dit: (...) Lorsque les deux parties sont venues entièrement prêtes devant le tribunal, les juges décident d'après les cinq témoignages (ce sont les cinq modes d'investigation dont le juge dispose: par les témoignages, par les apparences, par les sentiments, par les oreilles, par les yeux); lorsque les cinq témoignages assurent la culpabilité et sont évidents, les juges règlent le cas au moyen des cinq châtiments. Si les cinq châtiments ne sont pas véritablement mérités, ils règlent le cas au moyen des cinq amendes. (...). Lorsqu'il est douteux que la peine de la marque soit méritée et qu'on en fait grâce, l'amende sera de 100 shua (soit 3 livres de cuivre); lorsqu'il est douteux que la peine de l'ablation du nez soit méritée et qu'on en fait grâce, l'amende sera du double ou du quintuple; (...) lorsqu'il est douteux que la peine de l'ablation des rotules (le Shujing parle de l'ablation des pieds) soit méritée et qu'on en fait grâce, l'amende sera du double moins un tiers; (...) lorsqu'il est douteux que la peine de castration soit méritée et qu'on en fait grâce, la peine sera de 500 shua; (...) lorsqu'il est douteux que la peine capitale soit méritée et qu'on en fait grâce, l'amende sera de 1000 shua. (...)*".

Cette pratique, si proche de la façon des marchands de comptabiliser et de rémunérer la culpabilité, ne semble pourtant pas avoir suscité de tollé chez les conservateurs qui en ont même intégré le principe dans le canon des institutions posées par les anciens rois-sages. Pourtant, elle porte bel et bien atteinte à l'orthodoxie rituelle en transformant le supplice, dans toute sa réalité éprouvante, en un simple tarif abstrait, qui fait disparaître corps et biens tout lien entre châtement et forme ⁽³⁴⁾. Faudrait-il donc penser que les parvenus de l'argent, exclus du régime des rites, ont néanmoins réussi à se faire prendre en compte en introduisant une comptabilité au sein même de ces rituels?

La fin du VI^{ème} siècle av. J.C. voit une autre initiative qui, cette fois-ci, rompt plus encore avec les usages traditionnels: un grand officier de la principauté de Zheng prit sur lui, sans en avoir reçu mandat de quiconque, de composer un nouveau code pénal, dénommé Zhuxing ou *Châtiments écrits sur bambou* ⁽³⁵⁾. Une telle initiative valut néanmoins à son auteur, Deng Xi ⁽³⁶⁾, la

34) Il faut bien se garder de voir en ces tarifications un équivalent du "wergeld" porté par les *Leges barbarorum*. Ces dernières posent une exacte correspondance entre l'atteinte portée et sa réparation financière, alors que les amendes chinoises ne sont qu'indicatives et ne lient pas l'arbitraire du juge qui a tout loisir d'user de l'équité pour apprécier la gravité de la faute, et donc, de sa punition.

35) Cf. Chunqiu Zuozhuan ou *Chronique...*, *op. cit.*, t. III, p. 250.

36) L'auteur de ce code, Deng Xi, est répertorié comme fondateur d'une École de pensée dénommée Xingming Jia ou *École des noms et des châtements-formes*. Les membres de ce mouvement utilisaient une dialectique sophistiquée ruinant la philosophie ritualiste par le recours à des paradoxes et en prônant un positivisme logique. Cf. FONG Youlan, *Histoire de la philosophie chinoise*, Paris 1952, pp. 99-100.

mort pour son audace. Il reste que le ministre d'alors se servit de ce travail, qu'il trouva fort utile, en le constituant en loi positive. L'avancée faite en la matière a tenu, non au contenu même de l'œuvre qui ne devait sans doute pas considérablement trancher avec celles qui la précédaient, mais plutôt à ce que la loi pénale apparaissait désormais comme totalement détachée de tout mandat transcendant. Plus encore, dans le domaine des châtiments, ce n'est plus leur fonction rituelle qui est soulignée, mais leur rapport à la faute commise et à sa qualification, à savoir son nom auquel correspondra logiquement le châtiment.

Les Légistes, c'est-à-dire les membres de l'École des Lois ou Fa Jia, allaient pousser encore plus loin ce mercantilisme juridique, en le transformant en une mécanique de la loi positive, fondée exclusivement sur une logique des fins et des moyens. L'ouvrage intitulé Han Feizi, du nom du grand théoricien du Légisme, pose clairement les nouveaux termes du débat: le bien ne correspond plus à un ordre préétabli avec lequel il faut renouer ou dont il ne faut pas s'écarter; il devient une fin en vue de laquelle l'homme d'État doit savoir ajuster sa politique comme l'archer ajuste son tir. De même que le tir à l'arc ⁽³⁷⁾, la politique

37) Cette métaphore avec le tir à l'arc est développée dans le chap. 41 du Han Feizi. Nous empruntons à l'ouvrage de L. VANDERMEERSCH déjà cité, *Wangdao ou la Voie royale...*, t. II, p. 453 la traduction de cet extrait: *“Les doctrines et les conduites doivent être jugées à l'application, comme à la cible. Prenez une flèche de chasse bien acérée, et tirez au hasard; à tout coup la pointe de flèche atteindra une herbe d'automne (symbole de ce qu'il y a de plus ténu) mais cela ne veut pas dire que vous soyez un bon archer, car le but n'était pas déterminé. Établissez une cible de cinq pouces, et retirez-vous à cent pas; si vous n'êtes pas Yi ou Fengmeng (le maître et son élève qui sont les prototypes des archers parfaits de la tradition chinoise), vous ne serez pas capable d'atteindre le but sans chance; c'est qu'il est maintenant déterminé. Par conséquent, lorsque le but est déterminé, même pour Yi et Fengmeng, une cible de cinq pouces est difficile à atteindre; mais si le but est indéterminé, il n'y a rien de difficile à toucher une herbe d'automne en tirant au hasard.*

met en jeu une technique élaborée de façon rationnelle qui vise à faire que châtiments et récompenses correspondent aux fins poursuivies par l'homme d'État. C'est alors la loi positive qui viendra préciser châtiments et récompenses, en tarifant les actes selon une rigoureuse échelle qui permettra de peser très efficacement sur les conduites afin de les faire s'accorder avec les buts politiques que le pouvoir s'est assignés.

Le Légisme s'inscrit ainsi de plein pied en prolongement des codifications émergentes du VI^{ème} siècle. C'est avec Shang Yang que ces codifications devaient culminer: au milieu du IV^{ème} siècle, Shang Yang allait instituer dans l'État périphérique de Qin une législation que tout devait opposer aux idées portées par le courant traditionaliste: d'abord, la loi devenait générale dans son objet, puisque le pouvoir assortissait toute disposition édictée par lui de rigoureuses sanctions pénales; en outre, châtiments et récompenses devenaient d'application universelle à

Aujourd'hui, on entend les doctrines, on observe les conduites, sans les juger à l'application comme à la cible. Bien que les doctrines soient très élaborées et les conduites très fermement tenues, il y va des systèmes qu'elles représentent comme du tir au hasard. "

On peut trouver une autre traduction du passage dans J. ESCARRA, *Le droit chinois, op. cit.*, pp. 99-100.

l'égard de tous les sujets du prince, quel que soit leur statut social; ce qui revenait à abolir les rites qui exceptaient de la loi criminelle, on s'en souvient, l'aristocratie; enfin, et ce n'est pas là le moindre aspect, la loi était écrite, purement positive, affichée pour être connue de tous, non pas tant pour offrir une garantie au justiciable contre l'arbitraire du juge, mais bien pour supprimer aux agents d'exécution toute volonté d'initiative; l'équité tant vantée par les Confucéens cède la place à la rigueur d'une loi qui ne reçoit aucune exception et aucune possibilité de se voir modérer par quelque circonstance atténuante. La loi en tant que telle s'est ainsi trouvée enfermée dans sa seule acception de loi répressive.

Dans la vision soutenue par les Légistes, le souverain se trouve placé au centre de tout, centre duquel il ne fait rien et ne bouge pas, tout en dirigeant tous les actes vers l'objectif qu'il a choisi par le jeu mécanique des peines et des récompenses. A cet égard, le souverain procède au non-agir tout en étant à l'origine de tout, à l'image du Dao.

Cette vision remplaçait l'extrême complexité du système rituel par une mécanique beaucoup plus simple et implacable. Les Confucéens, lorsqu'ils réinvestirent les cercles politiques dirigeants, dès la dynastie des Han, pour en détenir ensuite l'exclusivité un peu plus tard, sauront saisir tout ce que cette loi avait de commode pour le pouvoir; certes, ils en atténueront les angles les plus durs, ils "confucianiseront" certains des aspects les plus tranchants, mais ils ne discuteront jamais cette loi positive sous son angle exclusivement pénal. Le rétablissement

des Rites, LI 禮, leur a suffi pour tendre à signifier que l'on avait restauré la voie de Civilisation. On peut dire que les Confucéens ont au moins eu l'esprit pratique, sachant garder ce qui était utile tout en faisant à nouveau valoir leurs modèles moraux. Mais leur absence dans le débat même sur la loi, sur le droit en tant que règle d'organisation sociale, si ce n'est pour lui opposer une vision morale et élitiste du monde, a eu pour conséquence de dégrader considérablement et durablement la fonction sociale et organisatrice du droit dans les civilisations de l'Extrême-Orient, face à nous autres, Occidentaux, qui ne cessons avec force, de faire prévaloir notre modèle d'État de droit, donnant au droit une fonction sociale et régulatrice indispensable des rapports sociaux et politiques. Les deux attitudes, poussées à l'extrême, peuvent déboucher sur des impasses: c'est ce que les Chinois ont bien vu, qui n'ont pas totalement sacrifié le côté utile de la loi, c'est ce que ne voient pas certains pays occidentaux qui accordent au droit une place qui confine à l'asphyxie sociale et paralyse à terme toute initiative par peur des risques encourus – et de leurs conséquences juridiques – ainsi que les États-Unis semblent le manifester de manière presque caricaturale. Il serait alors urgent de restaurer une morale sociale, ce que d'aucuns ont appelé l'esprit civique. Le débat sur le droit en serait alors rehaussé et revivifié.