

Dossier thématique : contribution à l'histoire du droit et des pratiques judiciaires en Chine

Special issue on Law:
Contribution to the Legal and Judicial History of China

法律專刊：
對中國法律學研究與刑法史的貢獻之一

Avant propos

L'idée de publier un dossier consacré au droit en Chine résulte d'un constat qui s'impose désormais d'évidence : ces dernières années, le droit (pris dans son acception la plus large) a progressivement échappé à la seule compétence des spécialistes pour investir la plupart des champs d'investigation des études chinoises. S'il n'est guère difficile de mesurer l'importance et les enjeux de cette discipline pour les chercheurs qui travaillent sur la Chine actuelle, les spécialistes de la Chine impériale ne manquent, en la matière, ni de vivacité ni de virtuosité. En témoignent ce dossier thématique et la bibliographie sélective qui l'accompagne.

L'étude du droit, de la pensée juridique et de la pratique judiciaire ne se cantonne plus aujourd'hui à la seule activité de traduction des codes de lois ou de documents normatifs. Avec l'ouverture aux chercheurs des archives impériales conservées à Taiwan, puis, dans les années 1980, de celles conservées à Pékin, les chercheurs, historiens du droit en tête, ont pu élargir et appréhender autrement les champs de leurs recherches. De par leur nature essentiellement judiciaire, ces archives ont notamment ouvert des perspectives nouvelles en nous donnant à observer les cas particuliers de justiciables ordinaires, marchands, paysans, artisans, déclassés, veuves, étudiants, petits fonctionnaires, etc. De fait, ces sources intéressent autant l'histoire juridique et judiciaire que l'histoire sociale, économique, religieuse ou des idées. Il n'est donc pas étonnant de voir aujourd'hui les sources légales et judiciaires alimenter nombre de travaux d'histoire sociale ou économique et donner lieu à des investigations croisées avec les champs de la littérature, de l'anthropologie ou des religions.

D'un point de vue chronologique, ce sont avant tout les travaux sur la

dynastie des Qing (1644-1911), et dans une moindre mesure sur celle des Ming (1368-1644), qui ont bénéficié de l'ouverture des archives. Cependant, par un effet d'entraînement, mais aussi au gré de découvertes plus ponctuelles mais non moins importantes¹ et du fait de la mise à disposition sur Internet de certains fonds² ou de la frénésie de publication de sources juridiques et judiciaires qui s'est emparée de certains spécialistes chinois³, toutes les périodes de l'ère impériale et républicaine sont potentiellement amenées à bénéficier des apports de ces sources. Et gageons que dans un avenir proche, nous verrons fleurir davantage de travaux relatifs aux époques antérieures.

Les six articles présentés au lecteur d'*Études chinoises* illustrent la diversité des approches dont l'histoire du droit tire son dynamisme, et tout autant la cohérence des sources et des questionnements qui confère à la discipline son identité propre. Ces articles devraient permettre au non-spécialiste de s'initier à des modes de raisonnement et à un vocabulaire un peu techniques, certes, mais qui permettent par-là même d'approfondir et de requalifier des questions classiques : l'influence des rites sur la vie sociale, la condition des épouses secondaires ou concubines, les conflits entre clans, l'ambivalence des modernisateurs vis-à-vis de la tradition qui les a formés. Une étude comme celle que Zhang Xiaoye consacre aux conflits entre clans dans la province du Hubei permet de percevoir les rites en action, dans leur contexte social (des conflits incessants entre clans rivaux), leurs manifestations judiciaires (ils inspirent les décisions de magistrats qui cherchent à désamorcer les conflits), et leur logique juridique (ils pallient l'absence d'un véritable droit civil). Le droit permet ainsi d'appréhender comme un phénomène historique le ritualisme chinois, autrement voué à

¹ Mentionnons par exemple la découverte il y a quelques années d'un code des Han sur planchettes de bambous à Zhangjiashan baptisé *Code de l'an 2* (*Ernian lüling* 二年律令) ou encore celle, dans les années 1980, d'une édition complète du *Recueil des jugements éclairés de magistrats fameux* (*Minggong shupan qingming ji* 名公書判清明集), exceptionnel recueil de cas judiciaires et documents administratifs des Song que l'on croyait disparu à jamais.

² L'une des plus riches collections mises à disposition en ligne est sans doute celle du Tōyō Bunka Kenkyūjo : <http://shanben.ioc.u-tokyo.ac.jp/index.html> (consulté le 03/11/2009).

³ On ne compte plus les collections de sources judiciaires ou de documents de droit publiées sous la direction de Yang Yifan 楊一凡 de l'Académie des sciences sociales de Chine dont l'un des moindres mérites est de contribuer à une large diffusion de sources rares et parfois totalement inédites de toutes époques.

rester une référence classique quelque peu intemporelle. Autre exemple, c'est encore le rite, ou ce qu'elle appelle « le li confucéen », qu'Hélène Piquet rencontre lorsqu'elle cherche à restituer le regard que les juristes chinois actuels portent sur le droit ancien, à l'heure des réformes accélérées et de la mondialisation juridique. Là non plus, le rite ne sort pas des livres, mais des « ressources endogènes » des « paradigmes locaux » – bref, d'une tradition juridique encore bien vivante. C'est bien, en effet, de cela, et non d'une vague tradition chinoise ou confucéenne, que parlent ces penseurs lorsqu'ils se demandent quelle place il faut concéder aux pratiques successorales excluant les héritiers de sexe féminin, en opposition flagrante au principes du code civil. Ou lorsqu'ils s'interrogent sur le statut qu'il convient d'accorder à ces « avocats aux pieds nus » qui rappellent furieusement les fameux « maîtres es-plaintes » (*litigation masters* ou *songshi* 訟師). Aujourd'hui comme hier, ceux qui aident les justiciables à rédiger des plaintes contre leurs concitoyens ou contre les représentants de l'État sont soupçonnés de favoriser les chicanes, pour en tirer profit.

Le lecteur déjà initié à l'histoire du droit chinois trouvera dans ce dossier d'excellentes mises au point sur des débats récents. L'article déjà cité de Zhang Xiaoye apporte des éléments décisifs dans la principale controverse de la dernière décennie : peut-on considérer qu'il y avait déjà un droit civil, ou son équivalent pratique, dans la Chine des Qing avant l'importation des codes de lois et des concepts juridiques occidentaux, comme le soutient une école américaine représentée principalement par Philip C. C. Huang (*cf.* la bibliographie ci-dessous) ? Ce dernier inférant la pratique des magistrats locaux et s'appuyant sur des archives locales, on appréciera qu'à l'issue d'une étude circonstanciée des registres de clan, Zhang Xiaoye réfute catégoriquement la thèse en question. Ceci en illustrant de manière on ne peut plus frappante le caractère incivil du droit pratiqué dans de tels cas : tortures diverses, preuves par ordalies, qui ne parviennent pas à compenser, on s'en doute, l'insuffisance des moyens de preuves matériels – comment prouver la possession d'une terre en l'absence d'un cadastre fiable ? – et la carence de certains concepts juridiques clés – la « propriété » apparaissant au fil des cas comme une notion des plus évanescentes, sinon inexistantes. C'est à une conclusion fort proche qu'aboutit Jiang Yonglin, à l'issue d'une étude consacrée aux contrats de ventes foncières qui servaient également de titres de propriété sous les Ming et les Qing. L'école américaine déjà citée voit dans ces contrats de vente l'assise d'un droit coutumier qui aurait garanti les droits de propriété et la sûreté des transactions, comme le fait le droit civil moderne (*cf.* Ze-

kin-Ocko-Gardella dans la bibliographie ci-dessous). Les procès étudiés par Jiang sont à l'opposé de cette image idyllique : les contrats donnent lieu à d'interminables « chicanes » (*haggling*), la possession ou la vente étant constamment remises en question devant des magistrats incapables de départager les plaignants, faute, là encore, d'instruments juridiques appropriés.

Le témoignage de Su Yigong éclaire la question du droit coutumier chinois, connexe de celle du droit civil des Qing évoquée plus haut. Ce spécialiste bien connu du code des Qing a été cité à comparaître devant la cour suprême de Hong Kong, en tant qu'expert assistant une partie dans un litige successoral entre deux branches d'un lignage. Il a retrouvé à la barre un de ses bons collègues venu assister l'autre partie. Alors que le droit coutumier est censé se développer « dans le peuple » (*minjian* 民間), spontanément et en toute indépendance du droit étatique, voire en opposition à lui, il est frappant de voir que les arguments échangés entre ces deux experts portent essentiellement sur le code des Qing, que la cour considère comme la coutume de la population des nouveaux territoires, se conformant d'ailleurs ainsi à la pratique du *common law* depuis plus d'un siècle. Lorsqu'il s'agit de définir la parenté pour savoir qui hérite dans un lignage cantonais, c'est la loi des ci-devant Qing qui fait référence, et non la coutume locale. De même, c'est bien le statut de la concubine, ou seconde épouse, tel que le définit le code des Qing qu'examinent, révisent, et amendent les juristes républicains étudiés par Lisa Tran. Ce qui fait d'ailleurs éclater le cadre civil auquel le droit moderne cantonne les questions matrimoniales : si l'on recherche les notions fondamentales sur le mariage, indique Tran avec finesse et autorité, c'est le code pénal de 1912, issu de celui des Qing, qu'il faut consulter.

Autant de chemins qui ramènent à une même question : apprécier la tradition juridique chinoise pour ce qu'elle est, avec ses points forts et ses carences, sans lui surimposer des concepts étrangers tels que la partition droit civil/droit pénal, ou le droit coutumier. Encore faut-il pour cela satisfaire à une exigence très simple, mais si souvent négligée : lire les juristes de l'époque impériale. Le grand intérêt de l'article de Tam Cha-kai est d'attirer l'attention sur ce savoir juridique ancien, et la compétence qui en découlait. Sous les derniers Ming, un juge compétent avait des chances de promotions enviables et enviées, ce qui fut une incitation à une large diffusion des traités juridiques et des recueils de cas judiciaires. Sous les Qing, le droit ne fut plus un critère de promotion pour les fonctionnaires, mais les progrès de la discipline juridique furent conservés et développés par les

muyou, ces secrétaires privés engagés par des magistrats. Ainsi, les techniques d'interprétation du code et l'art du bon jugement furent-ils largement diffusés, produisant cette culture juridique qui a fécondé non seulement la science de gouvernement et les savoirs lettrés, mais tout autant le théâtre, les romans, la culture populaire et le langage courant.

Au fil des articles, le droit apparaît comme une partie essentielle mais longtemps occultée de la tradition chinoise, de sorte que les progrès de cette discipline devraient concerner tous ceux qui s'intéressent à la civilisation chinoise.

Jérôme Bourgon et Claude Chevaleyre

Bibliographie sélective⁴

La présente bibliographie rend uniquement compte des ouvrages récents ou incontournables en langues occidentales lorsqu'il est question de l'histoire du droit en Chine. Nous n'avons retenu ici, et à titre indicatif, qu'un nombre restreint des nombreuses publications récemment parues en matière de droit contemporain.

BERNHARDT Kathryn and HUANG Philip C. C., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford: Stanford University Press, 1994, 340 p.

BOURGON Jérôme (dir.), « La coutume et la norme en Chine et au Japon », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 2001, 23.

BOURGON Jérôme, *Supplices chinois*, Bruxelles : La Maison d'à côté, 2007, 235 p.

BROOK Timothy, BOURGON Jérôme and BLUE Gregory, *Death by a thousand Cuts*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2008, 336 p.

BODDE Derk and MORRIS Clarence, *Law in Imperial China Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases (Translated from the Hsing-an hui-lan), with Historical, Social, and Juridical Commentaries*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1967, 615 p.

BUOYE Thomas, *Manslaughter, Markets, and Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in 18th Century China*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 2000, 283 p.

⁴ Bibliographie établie par Claude Chevaleyre et Frédéric Constant.

- CH'Ü T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris : Mouton, 1961, 304 p.
- DELMAS-MARTY Mireille et WILL Pierre-Etienne (dir.), *La Chine et la démocratie*, Paris : Fayard, 2007, 893 p.
- FURTH Charlotte, ZEITLIN Judith T. and HSIUNG Ping-chen (ed.), *Thinking with Cases: Specialist Knowledge in Chinese Cultural History*, Honolulu: Hawaii University Press, 2007, 346 p.
- HANSEN Valerie, *Negotiating Daily Life in Traditional China: How Ordinary People Used Contracts, 600-1400*, New Haven: Yale University Press, 1995, 304 p.
- HEGEL Robert E. and CARLITZ Katherine (ed.), *Writing and Law in Late Imperial China: Crime, Conflict, and Judgment*, Seattle: University of Washington Press, 2007, 343 p.
- HUANG Philip C. C., *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford: Stanford University Press, 1996, 288 p.
- HULSEWÉ A. F. P., *An annotated translation of the Ch'in legal and administrative rules of the 3rd century B.C. discovered in Yün-meng Prefecture, Hu-pei Province, in 1975*, Leiden: E.J Brill, 1985, 242 p.
- JIANG Yonglin (trad.), *The Great Ming Code: Da Ming Lü*, Seattle: University of Washington Press, 2004, 319 p.
- KATZ Paul R. *Divine Justice: Religion and the Development of Chinese Legal Culture*, London: Routledge, 2009, 224 p.
- KINKLEY Jeffrey C., *Chinese Justice, the Fiction: Law and Literature in Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2000, 520 p.
- LAUWAERT Françoise, *Le meurtre en famille : parricide et infanticide en Chine (18^e-19^e siècles)*, Paris : Odile Jacob, 1999, 366 p.
- LEWIS Mark E., *Sanctioned Violence in Early China*, Albany: State University of New York Press, 1990, 384 p.
- LIANG Linxia, *Delivering Justice in Qing China: Civil Trials in the Magistrate's Court*, Oxford: Oxford University Press, 2007, 300 p.
- LIU Yongping, *Origins of Chinese Law: Penal and Administrative Law in its Early Development*, Oxford: Oxford University Press, 1998, 376 p.
- LIU James T. C. and MCKNIGHT Brian E., *Enlightened Judgments: Ch'ing-Ming chi, the Sung Dynasty Collection*, Albany: State University of New York Press, 1999, 640 p.
- MACAULEY Melissa, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford: Stanford University Press, 1998, 436 p.

Contribution à l'histoire du droit et des pratiques judiciaires en Chine

- MACCORMACK Geoffrey, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, Athens: University of Georgia Press, 1996, 280 p.
- MACCORMACK Geoffrey, *Traditional Chinese Penal Law*, Edinburgh: University of Edinburgh Press, 1991, 312 p.
- MCKNIGHT Brian E., *Law and Order in Sung China*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 1992, 576 p.
- MEIJER Marinus J., *Murder and Adultery in Late Imperial China: A Study of Law and Morality*, Leiden: Brill, 1991, 137 p.
- RATCHNEVSKY Paul, *Un Code des Yuan*, Paris : Institut des Hautes études chinoises, 1985, 426 p.
- SOMMER Matthew H., *Sex Law and Society in Late Imperial China*, Stanford: Stanford University Press, 2000, 413 p.
- VAN DER SPENKEL Sybille, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis*, London: University of London/Athlone Press, 1977, 180 p.
- VAN GULICK Robert H., *T'ang-yin-pi-shih, Parallel Cases from under the Pear-tree, A 13th Century Manual of Jurisprudence and Detection, Translated from the Original Chinese with an Introduction and Notes*, Leiden: Brill, 1956, 198 p.
- XU Xiaoqun, *Trial of Modernity. Judicial Reform in Early Twentieth-Century China 1901-1937* Stanford: Stanford University Press, 2008, 378 p.
- ZELIN Madeleine, OCKO Jonathan and GARDELLA Robert, *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2004, 408 p.

Bibliographie de droit chinois contemporain

- BIDDULPH Sarah, *Legal Reform and Administrative Detention Powers in China*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 2007, 484 p.
- DEWOST Jean-Louis, *Un nouveau regard sur le droit chinois*, Paris : Société de législation comparée, 2008, 268 p.
- DOLAIS Yves et SAGOT Jacques (dir.), « La Chine et le droit en 2008. Bilan après 30 ans d'ouverture », *La Gazette du Palais*, 2008, 172-173.
- DOWDLE Michael W. and BALME Stéphanie, *Constitutionalism and Judicial Power in China*, New York: Palgrave Macmillan, 2009, 336 p.
- LUBMAN Stanley, *Bird in a cage - legal reform in China after Mao*, Stanford: Stanford University Press, 1999, 447 p.

Dossier thématique

- PIQUET Hélène, *Le droit du travail dans la Chine des réformes*, Paris : L'Harmattan, 2000, 332 p.
- PIQUET Hélène, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 208 p.
- PEERENBOOM Randall, *China's Long march toward Rule of Law*, Los Angeles: University of California Press, 2002, 673 p.
- TANNER Murray Scot, *The politics of lawmaking in Post-Mao China: institutions, processes and democratic prospects*, Oxford: Oxford University Press, 1999, 286 p.
- TURNER Karen G., FEINERMAN James V. and KENT Guy, *The limits of the rule of law in China*, Seattle: University of Washington Press, 2000, 348 p.
- ZIMMERMAN James M., *China law Deskbook: a legal guide for foreign-invested enterprises*, Chicago: American Bar Association Section of International Law, 2005, 1171 p.