

**Historiens à la barre.
Comment les spécialistes du droit des Qing
participent à la création
du droit coutumier de Hong Kong**

Su Yigong

Traduction et présentation de Jérôme Bourgon *

Abstract

This is a testimony by a renowned historian of Qing law who recently appeared before the Hong Kong Supreme Court, to act as an expert in “Chinese customary law” at the request of a party involved in a dispute on land inheritance. At the opening of the trial, he recognized one well-known and estimated colleague in the expert engaged by the other party. During one week, these two legal historians called up a vast array of knowledge in Chinese history, culture, and law, to ensure the triumph of their party. The contest bore on lineage kinships and inheritance, on the mourning duties as represented in charts included in the Qing code, their legal significance and possible enforcement, on the tabooing of personal names in Chinese history, etc. As a result, this testimony raise questions on the very nature of so called “Chinese customary law”, and gives insights on the practice of Common law in a Chinese environment.

* Su Yigong est professeur à l’Institut d’études juridiques de l’Académie des sciences sociales de Chine. Jérôme Bourgon est directeur de recherche au CNRS.

Présentation

Ce texte nécessite quelques mots de présentation. Il ne s'agit pas d'un article scientifique, mais d'un récit, qui m'a tant intéressé lorsque je l'ai entendu que j'ai demandé au Professeur Su Yigong de bien vouloir le coucher par écrit. Historien du droit renommé, spécialiste du code des Qing, il a été cité à comparaître par la cour suprême de Hong Kong en tant qu'expert assistant la partie plaignante dans un litige portant sur l'administration des biens d'un grand lignage. À l'ouverture du procès, il a reconnu dans l'expert nommé par l'autre partie (le « *defendant* ») un alter ego, un historien du droit non moins renommé et qualifié que lui. C'est sa propre argumentation que développe ici Su Yigong, même s'il cite les arguments de l'autre partie et donne en introduction quelques éléments de mise en contexte. Le lecteur appréciera la qualité et la variété des arguments échangés, en se gardant bien de préjuger en faveur de l'un ou de l'autre, l'affaire attendant d'ailleurs encore le verdict définitif du tribunal.

L'intérêt est ailleurs. Il est, tout d'abord d'illustrer l'actualité du droit ancien, ou, si l'on préfère, l'historicité du droit présent. En pleine audience d'un litige en cours, voici qu'est soudain évoqué le destin malheureux d'un poète des Tang, à cause du prénom de son père ; et voici que le juge présidant les débats apporte son propre exemplaire d'un ouvrage écrit au début du IX^e siècle par le grand lettré Han Yu ! Au fil des débats, qu'il soit question d'adoption, de tabous portant sur les noms de famille, surgissent des exemples historiques tirés des histoires officielles ou de traités érudits. Tout ceci, qui peut sembler bien disparate et fort peu légal, trouve sa cohérence dans la recherche d'une définition de la parenté, et de ses effets juridiques. Il s'agit en l'espèce de savoir qui est le plus proche parent de l'ancêtre fondateur d'un lignage, pour déterminer qui a les meilleurs titres à exercer les fonctions d'administrateur des biens lignagers. Et tous les débats, toutes les citations érudites, renvoient en fait au code des Qing. Plus exactement, le débat se concentre sur ces tableaux placés au tout début du code, qui schématisent les relations luctuaires, c'est-à-dire les devoirs de deuils qu'étaient tenus d'observer les uns vis-à-vis des autres les parents de diverses générations. Comme le démontre Su devant le tribunal, ce sont là les équivalents chinois des degrés de parenté du droit canonique chrétien. Leur valeur n'est donc pas qu'illustrative, ils avaient force de loi pour déterminer le lien de parenté et, par voie de conséquence, pour trancher les litiges successoraux. Sous couvert de droit coutumier, c'est donc le droit de

l'époque impériale que la cour suprême consulte par le truchement des experts.

Un autre intérêt est l'éclairage ainsi porté sur le statut légal de la coutume et du droit coutumier. Alors même que le *common law* est souvent défini comme du droit coutumier consolidé par une série de décisions judiciaires, les juges hongkongais ont tranché nettement à l'encontre des coutumes chinoises : elles ne sont pas du droit. Cette position prend la forme un peu technique de la connaissance d'office (ou *judicial notice*) exposée dans la note n° 5 : « en niant avoir des coutumes chinoises une connaissance d'office, les tribunaux hongkongais ont indiqué que celles-ci ne pouvaient être considérées comme des règles connues de tous, et ils ont du même coup contraint la partie invoquant une coutume à apporter la preuve de son existence ». Autrement dit, la coutume est du domaine des choses qui se constatent, et non des règles qui s'appliquent. Le terme de droit coutumier est dès lors un abus de langage.

Ce récit a enfin le mérite de souligner le caractère foncièrement colonial et occidentaliste du droit coutumier. Alors que, dans notre affaire, tous les acteurs – juges, avocats, experts, plaignants et *defendants* – sont chinois et entendent le mandarin, alors que l'origine et la nature du litige, les documents invoqués, plongent le lecteur dans les profondeurs de l'histoire chinoise, les débats ne peuvent avoir lieu qu'en anglais. Et ce en contravention flagrante avec la *basic law*, dont l'art. 9 stipule expressément que la langue de la justice est le chinois, et que l'anglais peut *également* être utilisé. En pratique, c'est l'inverse. De même qu'Allah n'entend que les prières dites en arabe, il semble que la justice du *common law* ne puisse se dire qu'en anglais. On devine les à-peu-près, pour ne pas dire les contresens, qu'entraîne une telle méthode, quelle que soit la qualité des interprètes. Pour le tribunal, l'essentiel n'est pas de retranscrire fidèlement la parole des justiciables ou la signification des sources qu'ils invoquent, mais que leur jugement s'insère harmonieusement dans la série de précédents qui constituent le *common law*. Et cette harmonie ne souffre pas la traduction.

Qu'il me soit permis de remercier Su Yigong d'avoir bien voulu publier son témoignage, et d'avoir répondu avec une grande patience à toutes mes demandes d'éclaircissement. Il n'a pu cependant vérifier le résultat final, ne sachant pas le français. Cette traduction ainsi que les notes ou ajouts du traducteur (NDT, ADT), engagent donc ma seule responsabilité.

Le texte

Au troisième jour du premier mois de la vingt-et-unième année de l'ère Daoguang (21 janvier 1841), la flotte britannique prenait l'île de Hong Kong, et moins d'une semaine plus tard, les Elliott et Bremer cosignaient au nom de la couronne britannique une proclamation à l'intention des habitants du lieu leur certifiant que les lois et coutumes chinoises resteraient en vigueur¹. Les décisions judiciaires *Ho Tsz Tsun v. Ho Au Shi and Others*, et *The Estate of Chak Chiu Haang and Others* prises respectivement en 1915 et en 1925, vinrent confirmer ce statut légal conjoint des lois et des coutumes chinoises².

Cependant, lorsqu'elles durent donner une définition de la coutume ou dire en quoi consistait le droit coutumier chinois généralement parlant, ou plus précisément le droit coutumier des Qing, les cours hongkongaises rencontrèrent une série de difficultés. Comme devait le constater bien plus tard le rapport Strickland :

La difficulté à laquelle s'est heurté le comité est que le droit coutumier chinois souffre du défaut qui frappe bien des systèmes de droit coutumier dans tout grand pays, en particulier dans un pays aussi grand que la Chine, c'est-à-dire

¹ Cf. Norton-Kyshe James William, *The History of the Laws and Courts of Hong Kong*, Hong Kong: Vetch and Lee Limited, 1971, volume I, p. 4-6 ; et l'ouvrage publié par les Archives n°1 de Chine, *Xianggang lishi wenti dang'antulu* 香港歷史問題檔案圖錄 (Album d'archives sur des questions d'histoire de Hong Kong), Hong Kong : Société Sanlian shudian, 1996, p. 58-59. Ajout du traducteur (désormais ADT) : Charles Elliott (1801-1875, superintendant du commerce à Macao fut le premier gouverneur de Hong Kong ; James John Gordon Bremer (1786-1850) était le contre-amiral de la flotte britannique qui prit Hong Kong en 1841. Ils représentaient donc respectivement les autorités civile et militaire de la nouvelle colonie.

² Cf. *The Hong Kong Law Report* (désormais *H.K.L.R.* pour toutes les citations à venir) [1915] vol. 10, p. 69 ; *H.K.L.R.* [1925], vol 20, p. 1. ADT : Rappelons que le *Common law* est un *case law* qui consiste essentiellement en décisions judiciaires sur des cas opposant une partie plaignante (ici Ho Tsz Tsun) à une partie défendante (Ho Aushi and Others), séparées par un *v.* qui signifie *versus* (contre). ADT : l'article 8 de la *Basic law* a perpétué cette reconnaissance du droit coutumier (*customary law*) au côté des autres composantes de l'ordre juridique hongkongais. « The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary laws, shall be maintained, except from any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region », art. 8, *The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*.

qu'il est sujet à des variations non seulement de province à province, mais parfois même de clan à clan dans le même voisinage. C'est ce qui ne peut manquer d'arriver en l'absence d'un code détaillé ou d'une doctrine qui acquiert force de loi par la jurisprudence.³

La principale mesure prise par les tribunaux de Hong Kong pour remédier à ce problème fut la citation d'experts comme témoins. Comme l'écrit Greenfield :

Les tribunaux de la Colonie ont reconnu la dualité du système juridique mais n'ont jamais tenté de définir le droit coutumier, en soulignant à chaque occasion que son contenu devait être prouvé *ad hoc* selon les besoins du cas en question, par un témoin professionnel [cité] en tant qu' « expert ».⁴

Comment prouver la coutume ? Et laquelle choisir ?

Hong Kong n'avait à l'origine qu'une très faible population, qui s'accrut à la suite de l'ouverture du port par l'afflux régulier d'immigrants venus de Chine, pour la plupart cantonais, hakkas ou originaires de Chaozhou et Swatow. Vers 1949 arrivèrent des Shanghaiëns, des Dan (*Danjia* 蛋家) – le peuple qui vit sur les jonques –, ainsi que des gens du Fujian, de Pékin, et d'autres provinces de Chine en plus faible proportion. Ces gens venus de différentes régions avaient des langues, des modes de vie et des coutumes très divers, ce qui posait une difficulté certaine pour prouver la coutume qu'ils étaient censés respecter. En 1962, dans le verdict *Lui Yuk-ping v.*

³ “The difficulty experienced by the Committee is that Chinese customary law suffers from the defect, which assails most systems of customary law in any large country and particularly in a country as large China, that it is subject to divergences not only from province to province but sometimes also from clan to clan in the same neighbourhood. This is bound to occur in the absence of a detailed code or a doctrine which acquires the binding effect of judicial decision.” *Chinese Law And Custom in Hong Kong*, Report of a Committee Appointed by The Governor in October 1948, Hong Kong: the Government Printer, 1953, Par. 31.

⁴ “The courts of the Colony have recognized the dual legal system but have never attempted to define the customary law, insisting in every case that its details be proved *ad hoc* for the purpose of that case, by a professional witness as an ‘expert’”, see Greenfield D. E., “Marriage by Chinese Law and Custom in Hong Kong”, *The International Comparative Law Quarterly*, 1958, 7-3, p. 437.

Chow To, le juge MacFee fut le premier à exprimer un doute quant à la citation des experts comme témoins de la coutume :

Si les lois et coutumes chinoises doivent être admises alors, certainement, leur existence doit faire l'objet d'une connaissance judiciaire d'office (*judicial notice*)⁵, et si la Cour sollicitait quelque lumière sur ce point, ou sur quelque autre loi de cette colonie, alors la procédure à suivre est de consulter les écrits qui font autorité en la matière, si nécessaire avec l'aide de conseils savants et de traducteurs⁶.

Et il ajoutait quelques lignes plus bas:

Que ce soit ici, à Hong Kong, ou n'importe où ailleurs, il n'y a évidemment plus aucune personne vivante qui ait une expérience pratique du droit chinois de 1843, et il doit y en avoir relativement peu qui en aient une expérience pratique datant d'avant la Révolution de 1911. Pourtant, la pratique prévaut dans nos tribunaux de faire appel au témoignage d'« experts » savants en ce droit. Il se peut qu'une telle pratique vienne des jours anciens où l'on trouvait encore des juristes expérimentés dans le droit d'avant 1843, mais en tout cas, elle n'a pas cessé lorsque, le temps passant, on n'en trouva plus.⁷

⁵ « Connaissance d'office », ou « connaissance judiciaire » est la traduction française usitée au Québec pour *judicial notice*. Il s'agit d'une règle de procédure concernant la preuve en justice, qui permet à la cour d'admettre un fait comme si notoirement connu qu'il ne peut plus être révoqué en doute. Cela se fait sur demande de la partie qui cherche à obtenir une décision de la cour sur une question. Ce qui a été admis comme « connaissance d'office » n'a pas besoin d'être certifié par témoin ou par preuve et ne peut être contesté par l'autre partie, même preuve à l'appui. (*Judicial notice is a rule in the law of evidence that allows a fact to be introduced into evidence if the truth of that fact is so notorious or well known that it cannot be refuted. This is done upon the request of the party seeking to have the fact at issue determined by the court. Matters admitted under judicial notice are accepted without being formally introduced by a witness or other rule of evidence, and even if one party wishes to lead evidence to the contrary*). C'est par ce biais qu'une coutume populaire peut devenir « coutume du tribunal » (*common law*). Comme on va le voir, une telle consécration a été refusée aux coutumes de Hong Kong.

⁶ “If Chinese law and custom is to be so accepted then surely its existence is a matter of which judicial notice is to be taken, and if the court should require any assistance on points of this, or any other law of this colony, then surely the proper procedure is to consult written authorities on the subject, if necessary with the assistance of learned counsel and translators”, *Lui Yuk-ping v Chow To*, *H.K.L.R.* [1962], p. 515.

⁷ “Here in Hong Kong, or anywhere else, there is obviously nobody now living who has had any practical experience of the Chinese law of 1843, and there must be comparatively few who have had practical experience of it immediately prior to the Revo-

L'appel au témoignage d'experts ne prit pas fin pour autant. Dans le verdict *Ng Ying Ho & Anor. v. Tam Suen Yu* de 1963, le juge Huggins, donnant pour raison qu'il n'y avait « pas de livre de droit chinois », autorisa un avocat qualifié à venir témoigner avec un statut d'expert apte à expliquer le droit chinois à la cour⁸. En 1967, dans le verdict *Wong Kam Yong & Anor. v. Man Chi Tai*, le même juge Huggins ne fit appel à aucun expert, mais se basa sur les « publications disponibles » en matière de droit chinois pour guider son jugement⁹. L'année suivante, dans le verdict *In Re Wong Choi-ho*, un autre magistrat, le juge Briggs, cita à nouveau des experts comme témoins¹⁰. Depuis lors, les tribunaux hongkongais ont eu constamment recours aux témoignages d'experts. Toutefois, ces témoignages n'ont pas de valeur décisive, le jugement final demeure la prérogative du tribunal, qui n'est pas tenu de considérer le témoignage des experts comme une preuve¹¹.

Jusqu'à l'année 1990, la plupart des experts en droit coutumier chinois cités comme témoins par les tribunaux de Hong Kong étaient britanniques. Le plus célèbre d'entre eux, Anthony Dicks Q.C., avocat de la Couronne (Q.C. : *Queen Counsel*), qui a exercé comme avocat (*attorney*) à Hong Kong de 1968 à 1994, est à présent professeur émérite de droit chinois à la School of Oriental and African Studies de Londres. Parmi les quelques experts chinois, le plus notable est Hu Honglie, un natif de Shaoxing, dans la province du Zhejiang, qui émigra à Hong Kong en 1955 et y fit une longue carrière d'avocat (*barrister-at-Law*). Il préside à présent le conseil des administrateurs de l'université Shue Yan (Shuren daxue xiaojian 樹仁大學校監) alors qu'il approche de ses quatre vingt dix ans. Depuis 1990, et surtout depuis la rétrocession de Hong Kong en 1997, les

lution of 1911, yet the practice prevails in our courts of calling as witnesses learned 'experts' in such law; it may well be that such practice originated in by-gone days when lawyers experienced in Chinese law of 1843 were available, at all events it obviously has not stopped when, in the course of time, they ceased to become available", *opus cit.*, p. 531-532

⁸ *H.K.L.R.* [1963], p. 925.

⁹ *H.K.L.R.* [1967], p. 201.

¹⁰ *H.K.L.R.* [1969], p. 391.

¹¹ *Chan Chung-hing v. Wong Kim-wah*, *H.K.L.R.* [1986], pp. 713 to 728. NDT : Autrement dit encore, pour le *common law*, et malgré l'appellation abusive de « droit coutumier », la coutume n'est pas du droit, mais reste du domaine du fait ; la coutume n'est qu'une pratique, un usage, qui doit être prouvé, et non une règle admise *a priori*.

tribunaux ont commencé à faire appel à des universitaires de la Chine continentale.

Mon expertise sur un litige successoral

C'est ainsi que j'ai effectué une mission d'expert en novembre 2007 pour la Cour suprême de Hong Kong, qui m'a chargé d'assister la partie plaignante dans un cas de litige familial. L'affaire était assez simple : il s'agissait d'un différend survenu entre deux branches du lignage Deng 鄧 sur une propriété commune. En cantonais, le terme « tsu » (mandarin : *zu* 祖, lit. : « ancêtre », « aïeul ») sert à désigner les biens collectifs que les clans (*jiazu* 家族) ou les lignages (*zongzu* 宗族) de la Chine traditionnelle consacraient au culte des ancêtres. Au sein d'un lignage ou d'un clan, les diverses branches s'entendaient en général pour conserver en commun une part de terre et affecter son produit à l'entretien de l'autel des ancêtres, la célébration de quatre sacrifices annuels, ainsi qu'aux études des enfants du clan. On donnait à ces biens divers noms tels que « champ du sacrifice aux ancêtres » (*jitian* 祭田), « champ des sacrifices d'hiver et d'automne » (*zhengchang* 蒸嘗), « propriété affectée à l'autel des ancêtres » (*sichan* 祀產) ; à Taiwan, l'administration coloniale japonaise leur donna l'appellation de « bien commun affecté au culte des ancêtres » (*jisi gongye* 祭祀公業). En *common law*, cette pratique est appelée « Customary land trust ». À Hong Kong, aujourd'hui comme hier, on les désigne du terme « tsu » (lit. « aïeul, ancêtre »), et ils portent généralement le nom de l'ancêtre fondateur auquel les descendants offrent les sacrifices rituels (*xiangsizhe* 享祀者).

Dans le cas qui nous intéresse, le litige avait pour origine le fait que, dès 1920, notre « tsu » n'avait plus eu d'héritier en ligne directe. Les représentants des deux branches du lignage, que nous appellerons A (*jia* 甲) et B (*yi* 乙), prétendaient chacun avoir la propriété des biens communs, et revendiquaient le droit de désigner celui qui avait la charge de l'administrer. En 2006, B, qui assurait cette charge depuis bien des années, mourut. Son fils, que nous appellerons C (*bing* 丙), prétendit lui succéder comme administrateur, mais A refusa, et porta l'affaire devant la justice.

Comme la plainte impliquait une procédure faisant appel au droit des Qing, le tribunal demanda que le plaignant (A) la fasse suivre d'un rapport rédigé par un expert versé dans ce droit. Je reçus la requête du plaignant à

l'automne 2006, et je dus renvoyer l'avis d'expert qui m'était demandé avant la fin de l'année. L'avocat du plaignant m'informa que, une fois reçu par le tribunal, mon avis serait transmis à l'autre partie, le défendant (C), qui n'avait pas encore fait savoir s'il comptait solliciter l'avis de son propre expert en droit des Qing. On me dit que trouver l'expert adéquat n'étant pas chose facile de nos jours, il suffirait sans doute que je soumette mon rapport d'expert par écrit ; mais au cas où le défendant réussirait à trouver l'expert approprié, et s'il pouvait faire parvenir son rapport à la partie plaignante avant l'ouverture du procès, alors je devrais venir témoigner devant le tribunal.

Vers le début du mois d'octobre 2007, c'est-à-dire environ un mois avant la première audience, l'avocat du plaignant m'informa de ce que le défendant avait fini par trouver un expert, dont il me transmettait le rapport en espérant que je pourrai le discuter et l'évaluer (*pinggu* 評估), et il me pria de venir à Hong Kong à temps pour l'ouverture du procès, en me demandant en outre si je comptais faire ma déposition en chinois ou en anglais. Bien sûr, je choisis le chinois.

Le procès s'ouvrit le 1^{er} novembre 2007, dans le hall des audiences de l'immeuble de la Haute cour, sis rue Kam-Chung 金鐘, Queensway, sur l'île de Hong Kong, et il s'étendit sur une dizaine de jours. En défalquant quatre jours pour les deux week-ends, je comparus au total durant cinq jours. La première journée fut consacrée à des questions de procédure, parmi lesquelles la vérification par la cour que chacune des deux parties agréait l'expert choisi par l'autre. Je devais faire ma déposition au deuxième jour d'audience, mais comme le procès avait débuté un vendredi, j'en profitai pour visiter la côte du Guangdong. La semaine suivante, je pris part régulièrement aux débats du lundi au jeudi, parlant plus ou moins longtemps selon les moments, soit pour exposer tel ou tel trait particulier du système juridique des Qing, soit pour répondre à des questions posées par les avocats des deux parties. Avant chacune de mes dépositions, ou peu s'en faut, la Cour exigeait que je prête serment en lisant un court texte rédigé sur une feuille libre, dont le contenu était en gros que je m'engageais à faire un témoignage respectant les faits, sans les falsifier. Si j'avais été chrétien, j'aurais dû réciter un serment contenant des formules chrétiennes.

Bien que les juges, les deux parties et leurs avocats fussent tous chinois et que tous connussent le chinois mandarin, la langue de travail du tribunal ne pouvait être que l'anglais. Ayant choisi de faire ma déposition en chinois mandarin, le tribunal avait mis un traducteur à ma disposition. Il en allait de même pour l'expert de l'autre partie, qui s'exprimait en mandarin

et était assisté d'un traducteur. Cependant, mon vis-à-vis avait vécu longtemps à l'étranger, il parlait très bien l'anglais, de sorte qu'il fut souvent en mesure de corriger la traduction et prit même directement la parole en anglais à maintes reprises.

Cet expert était un savant de renommée internationale, il était chinois, mais pas de Chine continentale. J'avais déjà souvent dans le passé eu affaire à ce collègue plus âgé, pour lequel j'avais le plus grand respect. Nous avions sur l'affaire en question un accord de fond, les divergences ne portant que sur des points de détail qui sont exposés ci-dessous.

Le nom du fils ne peut être celui du père

Notre premier désaccord portait sur le fait que, dans le registre généalogique du lignage produit par la partie défendante, le père et le fils qui s'étaient succédés à la charge d'administrateurs des biens du lignage portaient tous deux le même nom et le même prénom. Ces registres généalogiques constituent un domaine de spécialité en soi et requièrent un surcroît de connaissances spécifiques selon qu'ils datent des Qing ou de la République, selon qu'ils proviennent de Hong Kong ou de la province du Guangdong, tous éléments dont je ne suis pas expert. Comme je ne pouvais me charger que de ce qui dans notre affaire avait trait au droit des Qing, l'avocat du plaignant fit appel à un savant hongkongais réputé, qui se chargea de la question des registres généalogiques. Autrement dit, la partie plaignante eut désormais deux experts, chacun dans son domaine : moi-même en tant qu'expert du code des Qing, et mon éminent collègue hongkongais en tant que spécialiste des registres généalogiques de lignage. La partie défendante garda son expert unique, qui se chargea de l'un et l'autre aspect.

Il n'y avait pas besoin d'être un spécialiste des registres généalogiques pour savoir que la mention d'un père et d'un fils portant les mêmes noms et prénoms posait problème vis-à-vis du droit et des coutumes chinoises. J'exprimai sur ce point mon désaccord avec le rapport établi par l'expert de la partie défendante. L'interdiction que les fils et petits fils portent le même nom que leurs père et aïeul est un fait bien connu de l'histoire chinoise ; c'était non seulement une prescription légale, mais aussi une règle unanimement observée par la société. Dans son rapport, l'expert de l'autre partie citait un extrait du *Shihui juli*, soutenant que cet interdit « n'était pas absolu, car dans l'histoire chinoise, on trouve beaucoup de cas

de père et fils portant le même nom, à l'époque des Cinq dynasties et des Dix royaumes, notamment »¹².

J'examinais attentivement les pièces annexées à son rapport par l'expert de l'autre partie, et m'aperçus que les exemples cités dataient en fait de l'époque des Wei-Jin et des Dynasties du Nord et du Sud, et non de celle des Cinq dynasties et Dix royaumes. Il faut préciser ici que la période dite des Dynasties du Nord et du Sud est très particulière, car l'idéologie confucéenne fut alors âprement contestée et la morale lettrée battue en brèche par des discours spontanéistes (*ziran lilun* 自然理論). Des lettrés « détestant leur époque et méprisant ses mœurs » (*fenshi jisu* 憤世嫉俗) comme Ruan Ji 阮籍, Ji Kang 嵇康 allaient jusqu'à répudier Tang et Wu, fondateurs respectivement des dynasties Shang et Zhou, et dédaignaient même le duc Zhou, qui parraina la fondation de la dynastie des Zhou et fut érigé par Confucius en parangon du gouvernement vertueux¹³. Cette attitude cynique les amena à justifier qu'« un fils s'appelle par les mêmes caractères d'écriture que son père » (*zi hu fuzi* 子呼父字). Pourtant, même à cette époque, père et fils ne pouvaient avoir exactement le même nom : soit ils n'avaient qu'un seul caractère en commun, comme c'est par exemple le cas de Wang Xizhi 王羲之 et de son fils Wang Xianzhi¹⁴. Soit la prononciation des deux prénoms était la même, mais le caractère écrit était différent, comme dans le cas des empereurs Xianwen

¹² NDT : Chen Yuan 陳垣 (1880-1971) est un historien et bibliographe qui a notamment étudié le système familial et le culte des ancêtres chinois. Il a été honoré du titre de « trésor culturel » par Mao Tsé-toung, avant de mourir victime de la Révolution culturelle. Le *Shihui juli* 史諱舉例 (Exemples de tabous des noms tirés de l'histoire [chinoise]) est un recueil regroupant quelques 80 cas de tabous des noms (noms de famille, de lieux, de fonctions et, bien sûr, d'empereurs) glanés dans les histoires officielles des dynasties chinoises. Publié en 1958, l'ouvrage est couramment réédité en Chine populaire, par exemple à la Zhonghua shuju en 2004.

¹³ NDT : Ji Kang 嵇康 (223-262) et Ruan Ji 阮籍 (210-263) furent les deux plus éminents des « Sept sages de la forêt de Bambou », groupe de poètes et lettrés influencés par le taoïsme qui se livrèrent à une critique de l'engagement confucéen, en se retirant ostensiblement d'une époque marquée par les guerres civiles et les affrontements entre royaumes rivaux qui suivirent la disparition de la dynastie des Han.

¹⁴ NDT : Wang Xizhi 王羲之 (303-361) est un des plus grands calligraphes chinois, qui a profondément influencé le style cursif, *caoshu* 草書 ; son fils Wang Xianzhi 王獻之 (344-386) continua son œuvre, de sorte qu'ils sont communément appelés « les deux Wang » par les amateurs de calligraphie.

Xianwen di 獻文帝 (r. 465-471) et Xiaowen Xiaowen di 孝文帝 (r. 471-499) de la dynastie des Wei du Nord (386-534), qui de leur nom personnel s'appelaient le premier Hong 弘 et le second Hong 宏¹⁵.

Dans son rapport, l'expert de l'autre partie disait encore : « Il y a bien eu une coutume interdisant au fils de porter le nom du père, mais cela n'a jamais été interdit dans le droit écrit des diverses dynasties qui se sont succédées au cours de l'histoire chinoise », ce qui est encore plus contraire à la vérité que ce qui précède. Dans le code des Tang, la première partie intitulée « définitions et règles » ainsi que dans la section intitulée « système des fonctions » (*zhizhi* 職制) contiennent chacune une loi énonçant la même règle :

« Lorsque le nom d'une préfecture, ou un titre officiel, [a un caractère en commun avec le nom] du père ou du grand-père [du postulant], cela constitue une infraction [à l'interdiction de porter le même nom qu'eux], ceux qui dissimulent ce fait ou le négligent... sont punis d'un an de servitude pénale »¹⁶.

Si un caractère en commun entre le nom du père ou du grand-père et le nom d'un poste ou d'un titre officiel interdisait d'accepter ce poste ou ce titre, alors, à plus forte raison, le fait de porter le même nom qu'eux constituait un crime encore plus grave au regard de la loi. Ainsi, sous les Tang, le grand poète Li He ne put obtenir le doctorat, car le prénom de son père était Jinsu et commençait donc par une syllabe de même prononciation que le titre de docteur, *jinshi*. Han Yu, le célèbre lettré, composa bien une

¹⁵ NDT : Les souverains de la dynastie des Wei du Nord, fondée par les nomades Tabghatch, dont la transcription chinoise est Tuoba 拓拔, avaient pour nom de famille Tuoba, suivi d'un nom personnel (qu'on ne peut appeler prénom puisque la coutume chinoise est de les placer à la suite du nom de famille). Le nom de famille Tuoba fut remplacé en 496 par le nom chinois de Yuan 元 sous le règne de l'empereur Xiaowen, précisément, de sorte que son père, l'empereur Xianwen, porte devant l'histoire le nom de Tuoba Hong 拓拔弘, et lui même le nom de Yuan Hong 元宏. Le tabou porte sur les noms personnels, qui diffèrent par le caractère employé, même si la prononciation est identique.

¹⁶ NDT : C'est là la citation abrégé de l'extrait suivant : « 府號官稱犯名：諸府號官稱犯父祖名而冒榮居之祖父母父母老疾無侍委親之官即妄增年狀以求入侍及冒衰求仕者徒一年 ». Il s'agit respectivement des *lü* n° 20, du 3^e juan du code des Tang, dans la partie « définitions et règles » (*mingli* 名例), et du *lü* n° 121, dans le 10^e juan du code, dans la section « Système des fonctions, 2 » (*zhizhi* 職制—中) de la partie « fonctionnaires » (*li* 吏).

« Critique du tabou des noms » (*huibian* 諱辯) pour venir en aide à Li He, mais cela n’y changea rien ¹⁷. À partir des Song, l’interdiction devint encore plus stricte, de sorte que la situation sous les Ming et les Qing n’avait plus rien à voir avec ce qu’elle était sous les Wei-Jin ou les dynasties du Nord et du Sud.

Celui qui jugeait notre affaire, le magistrat Chen, juge suppléant à la Cour suprême, était un érudit en matière de culture chinoise, et voilà qu’il sort un petit exemplaire de la « Critique du tabou des noms » de Han Yu qu’il avait apporté et qu’il le cite en plein tribunal ! L’expert de l’autre partie était d’un esprit très ouvert, et il reconnut devant la Cour qu’il avait rédigé son rapport durant le voyage, sans disposer des sources nécessaires, ce qui expliquait son erreur. Mais il dit alors que s’il avait cru qu’un père et un fils pouvaient assumer la charge d’administrateur du lignage sous le même nom, c’est parce qu’il s’était fié à ce que le défendant lui avait dit, qui lui paraissait une explication raisonnable. Le juge lui demanda alors : « Croyez-vous que le fait que père et fils portent le même nom était fréquent sous les Qing ». « Non », répondit l’expert. Le juge demanda encore : « Avez-vous personnellement vu ou entendu parler d’une telle situation ? – Non ». Le juge demanda enfin : « Ce genre de choses arrive-t-il à Taiwan ? – Non plus ». Le juge dit : « Mais cela arrive chez les Occidentaux ? – Oui, répondit l’expert, mais dans ce cas, il faut ajouter Senior ou Junior au nom propre pour distinguer le père du fils ».

¹⁷ NDT : Allusion à un épisode célèbre et tragique qui abrégua la vie du poète Li He 李賀 (790-816), mort à l’âge de 26 ans. Enfant prodige, son génie précoce étonna les lettrés de son temps, notamment Han Yu 韓愈 (768–824), le premier d’entre eux, dont il aurait célébré la première rencontre en improvisant un poème, alors qu’il n’était âgé que de sept ans ! L’examen impérial auquel il se présenta à l’âge de 21 ans n’aurait été qu’une formalité, si l’examineur ne l’avait déclassé en invoquant la ressemblance phonétique entre le nom du poste anciennement occupé par son père défunt, qui avait été fonctionnaire à Jinsu 晉蘇, et celui du titre pour lequel concourait Li He : docteur (*jinshi* 進士). Il s’agissait vraisemblablement d’une cabale, dont le tabou des noms ne fut qu’un prétexte.

De la place des fils et des neveux dans le système de deuil

Le second point en litige était de savoir si les fils et les neveux avaient la même place dans le tableau de deuil, ce qui leur aurait imposé les mêmes obligations luctuaires (c'est-à-dire de deuil) et, par suite, les mêmes droits successoraux. L'expert de l'autre partie expliqua à la Cour que, sous les Qing, le fait d'appartenir à la fonction publique rejaillissait sur la postérité, car le statut du père pouvait être transmis au fils. S'il n'y avait pas de fils, l'État pouvait permettre la transmission à un neveu, conformément à une disposition légale.

L'expert développa son argumentation à partir d'une phrase du *Classique des rites* que j'avais moi-même citée dans ma déposition devant la Cour. Il s'agit d'un extrait d'un chapitre intitulé Tan Gong qui dit : « Les rejetons des frères aînés et cadets sont tous [considérés comme] des fils » (*xiongdi zhi zi you zi* 兄弟之子猶子)¹⁸. L'autre expert disait : « Cette phrase n'est pas une invention du Professeur Su Yigong, elle est bien dans le *Classique des Rites*. Selon moi, il s'agit d'un exemple montrant que, dans bien des circonstances, le fils et le neveu avaient le même statut. D'ailleurs, regardez le « Tableau général des devoirs luctuaires existant entre les neuf degrés de parenté et les cinq degrés de deuil d'un lignage » (*benzong jiuzu wufu zhengfu zhi tu* 本宗九族五服正服之圖), et vous verrez que les fils et les neveux y sont regroupés en dessous de la case « Ego » (*ji* 己), ce qui veut dire que la tenue de deuil qu'ils doivent

¹⁸ NDT : Tan Gong 檀弓 (nom d'un interlocuteur de Confucius) est le titre du second chapitre du *Classique des Rites* (*Liji* 礼记) ; voici le passage complet dont l'extrait cité est tiré : 喪服，兄弟之子猶子也，蓋引而進之也；嫂叔之無服也。蓋推而遠之也；姑 姊妹之薄也，蓋有受我而厚之者也。 Et voici la traduction de Couvreur Séraphin, *Li ki ou mémoires sur les bienséances et les cérémonies : avec une double traduction en français et en latin*, Ho kien fou : Imprimerie de la mission catholique, 1913 Tome 1, p. 70. : « Un frère porte le deuil pour le fils de son frère comme pour son propre fils (pendant une année), car il doit témoigner une grande affection envers lui. Un frère puîné ne porte pas le deuil pour la femme d'un frère plus âgé que lui, ni celle-ci pour le frère puîné de son mari, car on doit toujours maintenir entre eux une séparation stricte (ils doivent s'interdire toute relation mutuelle). Pour une tante paternelle et une sœur soit plus âgée soit moins âgée que nous, (si elles ne sont pas mariées, le deuil dure un an ; si elles sont mariées), le deuil est diminué (et réduit à neuf mois), car elles ont passé à d'autres familles qui doivent accomplir pleinement pour elles les cérémonies d'usage ».

porter, ainsi que la durée pendant laquelle ils doivent la porter, sont identiques ». ¹⁹

¹⁹ NDT : Il s'agit de l'un des quelque dix tableaux qui précèdent le chapitre premier du code pénal des Qing (*Da Qing lǐli*) – voir la planche ci-jointe. C'est le premier des tableaux consacrés aux relations luctuaires, ou devoirs de deuil, qui sont la manière chinoise d'instituer les degrés de parenté. Le tableau procède d'une case centrale représentant « Ego » (*ji* 己) ou « Soi » (*shen* 身), c'est-à-dire le représentant de la génération en cours, dont dérivent des séries verticales de cases représentant les degrés ascendants (père et mère, grand-père grand mère), ou les descendants (fils-fille, etc.), et des séries horizontales représentant les collatéraux (frères utérins, leurs épouses, puis demi-frères issus de concubines, etc., d'un second lit). Les lignes verticales et horizontales se combinent en diagonales : aux côtés des enfants en ligne directe prennent place les neveux germains (fils de frères utérins), les neveux issus de demi-frères, etc. – ceci décrivant la partie droite du tableau, représentant la parenté du père, qui a sa contrepartie dans la partie gauche, représentant la parenté de la mère. L'ensemble représentant les « neuf degrés de parenté » ou « neuf clans » *jiuzu* 九族. Sur notre tableau, en effet la ligne d'ascendance patrilinéaire (ou agnatique) est représentée sur neuf générations (du trisaïeul d'Ego, *gaozu* 高祖 à l'arrière-arrière-petit-fils d'Ego, *yuansun* 元孫, les autres relations (affins, collatéraux, etc.) s'ordonnant par rapport à ce tronc central. La relation d'« Ego » ou de « Soi » à chacun de ces degrés de parenté prend la forme d'obligations rituelles dues en cas de deuil. Ces obligations se répartissent en cinq degrés, ou « cinq deuils » *wufu* 五服, matérialisés par une certaine tenue vestimentaire (le terme *fu* signifiant aussi bien « vêtement » que « deuil »), et le laps de temps durant lequel elle doit être portée. Ces cinq degrés sont 1. *Zhancui* 斬衰, robe sans ourlet à bords effrangés, portée 27 mois pour le deuil des parents et du mari ; 2. *Zicui* 齊衰, robe sans ourlet à bords droits, portée entre 27 mois et trois mois, pour le deuil des grands-parents et autres ascendants 3. *Dagong* 大功, 9 ou 7 mois pour les frères et sœurs, les enfants, etc. 4. *Xiaogong* 小功, 5 mois pour les oncles, tantes, etc. 5. *Sima* 緦麻, robe de coton écru, portée durant 3 mois pour les parents éloignés. Il faut ajouter le deuil d'un an 期年, qui s'intercale entre le deuxième et le troisième degré, auquel il est souvent assimilé. Neuf degrés de parenté sont donc exprimés par le truchement de cinq ou six degrés de deuil, d'où des regroupements. Le débat entre nos experts en droit des Qing vise à établir si les neveux se trouvaient dans la même case que les fils, impliquant les mêmes devoirs de deuil et les mêmes droits en terme de succession.

<p>圖之服正服</p> <p>凡嫡孫父卒為祖父母承重服斬衰三年若為曾高祖父母承重服亦同祖在為祖母止服杖期</p>		<p>本宗九族五</p>	
		<p>AIEUX</p>	
<p>父母 齊衰三月</p>		<p>高祖 即公公太婆</p>	
<p>父母 齊衰五月</p>		<p>曾祖 即公公太婆</p>	
<p>母 齊衰殺貽</p>		<p>祖父 即公婆</p>	
<p>母 齊衰</p>		<p>父 斬衰</p>	
<p>身 齊衰</p>		<p>己 斬衰</p>	
<p>子 齊衰</p>		<p>長子 斬衰</p>	
<p>孫 齊衰</p>		<p>長子婦 斬衰</p>	
<p>曾孫 齊衰</p>		<p>曾孫 斬衰</p>	
<p>玄孫 齊衰</p>		<p>玄孫 斬衰</p>	

La case qu'il désignait dans le tableau « des neuf relations claniques et des cinq deuils » est celle située immédiatement sous celle d'Ego, verticalement, et qui contient l'expression « pour le fils aîné, deuil d'un an » (*changzi qinian* 長子期年), et celle qui se trouve également sous celle d'Ego, mais en diagonale, et qui contient l'expression « pour les neveux, deuil d'un an » (*zhi qinian* 侄期年). Je fis alors passer à l'avocat de notre partie une note exprimant mon désaccord sur ce point : dans le tableau, la relation du fils au père est matérialisée par la case d'Ego qui se trouve sous celle de son père, à la mort duquel il doit observer le Grand deuil *zhancui*. Sous la case d'Ego, on trouve la case « pour le fils aîné, deuil d'un an », qui matérialise le fait qu'un père à la mort d'un fils doit observer le deuil d'un an. Quant à la case d'à côté, où l'on trouve l'expression « neveu :

deuil d'un an », elle matérialise l'obligation luctuaire d'un neveu envers un oncle, ou d'un oncle envers un neveu²⁰. L'autre expert prit alors le temps de bien observer le tableau, puis reconnut : « En effet, j'avais mal regardé ».

Définition légale de la parenté

Le troisième point en litige portait sur l'étendue des relations de parenté. Dans notre affaire, un des principaux arguments sur lesquels se fondait la plaidoirie de la partie défendante est qu'elle croyait avoir un lien de parenté plus proche de l'ancêtre fondateur du « tsu » que la partie adverse. L'expert de la partie défendante disait ainsi :

Comment déterminer si un lien de parenté est proche ou lointain ? Certainement pas en se basant sur des tableaux comme celui dont il vient d'être question, car ces tableaux des cinq deuils n'ont pour fonction que de spécifier la durée du deuil et le type de vêtement qu'il faut porter, et non de déterminer le degré de parenté. Il y a certes quelque rapport entre les [devoirs de] deuil et les degrés de parenté, mais dans bien des cas, il s'agit d'une rencontre accidentelle, et non d'une relation nécessaire.

J'opposais à ce raisonnement les arguments suivants.

Le droit des Qing définit les degrés de parenté en termes de devoirs de deuil. Ce n'est pas là un point de vue personnel, mais celui de Dai Yanhui ou de Shi Shangkuan dans leurs ouvrages qui font autorité en matière de droit des relations familiales (*qinshu fa* 亲属法)²¹. Si l'on dit qu'il n'y a pas de relation nécessaire entre les devoirs de deuil et les degrés de parenté, alors sur quoi se fon-

²⁰ ADT : la relation « diagonale » liant le père d'Ego à l'un de ses neveux, qui s'exprime par un deuil d'un an dans les deux sens, n'est pas assimilable à la relation « verticale » qui lie Ego à son père, ou les fils d'Ego à celui-ci, marquée par l'inégalité déjà indiquée : Grand deuil *zhancui* de 27 mois observé par le fils à la mort du père, deuil d'un an seulement observé par le père à la mort du fils. Autrement dit, les positions des fils et des neveux ne sont pas interchangeables, ce qui vaut aussi pour la succession aux titres et aux biens.

²¹ Cf. Dai Yanhui 戴炎輝 et Dai Donghong 戴東雄, *Zhongguo qinshu fa* 中國親屬法 (Droit de la parenté chinoise), Taipei : Taiwan daxue faxueyuan Fuli she, 2000 ; Shi Shangkuan 史尚寬, *Qinshu falun* 親屬法論 (Droit de la parenté chinoise), Beijing : Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, 2000.

der pour déterminer ces derniers ? Il y a certes des variations dans cette relation, selon qu'il s'agit de descendance directe entre père et fils, ou de relations entre oncles et neveux, et qu'on envisage la relation dans un sens ascendant ou descendant, comme nous venons de le voir, mais cela n'affecte en rien le calcul des degrés de parenté. Chaque case du tableau dont il a été question plus haut représente bien un degré de parenté, calculé très précisément, qu'on peut comparer au calcul des degrés dans le droit canonique de l'Europe (qui trouve son origine dans le système de germanité entre frères utérins). Si la Cour et l'autre partie en doutent, qu'on me fournisse un exemple, et je calculerai le degré de parenté.

L'expert de l'autre partie ne répondit rien, mais son avocat me demanda :

Êtes vous d'accord pour considérer que ce tableau des cinq deuils, bien qu'il ait été inclus dans le Code des Qing, n'avait pas force de loi ? Et qu'on ne peut donc de nos jours se fonder sur lui pour calculer les degrés de parenté ?

Je répondis par la négative :

S'il n'avait pas eu force de loi, pourquoi l'aurait-on inclus dans le code pénal ? Et si l'on ne se fonde pas sur ce tableau, sur quel critère établir le degré de parenté ?

À vrai dire, cette polémique devant la cour à propos des cinq degrés de deuil, c'est au départ l'expert de l'autre partie qui l'avait initiée, en disant : « Les relations de parenté ne peuvent englober dix huit générations d'ancêtres ». Le sens de ces paroles était que la relation entre l'ancêtre fondateur du « tsu » et le plaignant que j'assistais était déjà assez lointaine. C'est en développant cet argument que l'expert et l'avocat du défendant avaient été entraînés à dénier toute portée légale au tableau des Cinq deuils, ce qui m'amena à répondre ainsi :

Si l'on se base sur le registre généalogique produit par la partie défendante, [on doit constater] que les deux parties non seulement n'ont avec l'ancêtre fondateur du « tsu » qu'une relation trop éloignée pour qu'elle puisse figurer dans le Tableau des Cinq deuils, mais qui plus est qu'elle dépasse les six générations. Le Code des Qing définit les degrés de parenté et de deuil dans la limite de quatre générations [en amont d'Ego, soit jusqu'à son trisaïeul], mais au-delà, du point de vue de la loi aussi bien que du système rituel, il n'y a plus relation de parenté. Aussi, indiquai-je, bien qu'il puisse y avoir un lien de sang, de parenté

naturelle avec l'ancêtre fondateur, du point de vue du droit des Qing, les deux parties n'ont avec cet ancêtre pas plus de rapport qu'un simple passant.²²

Sur ce point, l'expert de l'autre partie a constamment et de vive voix contesté mon opinion.

L'hypothèse de l'héritier adoptif

Le quatrième point litigieux était de savoir si les descendants de branches collatérales pouvaient devenir des usufruitiers ou des ayants droits potentiels (*guanxi ren* 關係人) du « tsu »²³. C'était un autre point crucial de l'affaire, sur lequel il y avait entente entre mon vis-à-vis et moi-même, ainsi qu'entre les deux parties, sur les éléments suivants :

Selon le droit coutumier [observé sous les] Qing, l'usufruit du « tsu » était limité aux fils et aux petits fils de l'ancêtre fondateur, et seuls les descendants mâles portant le nom de l'ancêtre fondateur d'un « tsu » prenaient rang parmi les ayants droit de ce « tsu ». Il en découle que les frères de l'Ancêtre fondateur n'avaient pas la qualité d'ayant droit. En d'autres termes, seuls les descendants directs de l'ancêtre fondateur pouvaient être les usufruitiers ou les ayants droit du patrimoine du « tsu ». Les deux parties reconnaissaient qu'elles n'étaient ni l'une ni l'autre des descendants directs de l'Ancêtre fondateur, mais l'autre expert, dans la conclusion de son rapport, prétendait que seule la partie défendante avait qualité à recevoir l'usufruit des biens du « tsu », au prix d'une contradiction, que je révoquai en doute auprès de la Cour.

L'autre expert donna alors à la Cour l'explication suivante :

Chacun admet que le « tsu » qui fait l'objet du litige a été établi dans un passé assez ancien. Toutefois, la postérité directe de l'ancêtre fondateur s'est éteinte assez vite, ce fut dès lors une « lignée interrompue » ; mais voici qu'à présent, force nous est de constater que ce « tsu » existe toujours. Voilà qui nous oblige à faire l'hypothèse qu'il y a eu à un moment donné adoption d'un héritier par un ancêtre du défendant que je représente.

²² Cf. Shi Shangkuan, *op. cit.*, p. 76.

²³ NDT : « Usufruitier » correspond au terme *shouyi ren* 受益人 dont le sens exact est « celui qui reçoit les bénéfices ». « Ayants droit potentiels » correspond au terme beaucoup plus vague de *guanxi ren*, « ceux qui sont en rapport avec » le tsu.

L'expert insistait particulièrement sur ce point :

Il s'agit d'une déduction (*tuiding* 推定), et non d'un constat de fait (*duanding* 斷定). Il n'y a pas de preuve certaine démontrant que l'ancêtre du défendant a été adopté par un descendant de l'ancêtre fondateur du « tsu », mais si cette adoption n'avait pas eu lieu, notre « tsu » aurait forcément disparu ; puisque nous constatons son existence, nous sommes forcés d'accepter l'hypothèse qu'il y a bien eu adoption.

Sous les Qing, le droit et la coutume autorisaient expressément celui qui n'avait pas de fils à instituer un héritier qu'il devait choisir parmi les membres du lignage en respectant l'ordre de la parentèle (*qinshu zhi xu* 亲属之序) et celui des générations (*zhaomu* 昭穆). Une fois établi, l'héritier entretenait avec celui qui l'avait adopté une relation de paternité fictive (*nizhi de fuzi guanxi* 擬制的父子關係), et rompait la relation avec son père naturel.

Pour autant, les deux parties reconnaissaient que tout établissement d'héritier, que ce soit par le passage d'un rejeton d'une branche du lignage à celle où il doit être établi comme héritier (*guoji* 过繼), ou que ce soit par le regroupement de ces deux branches (*jiantiao* 兼祧) afin d'éviter l'extinction de celle qui fournit l'héritier, tout établissement d'héritier, donc, était une affaire de première importance pour le lignage, qui exigeait qu'un document écrit en double exemplaire soit remis à l'une et l'autre partie, ou tout autre moyen de preuve²⁴.

Mais alors, fis-je remarquer :

Le registre généalogique produit par le défendant, non seulement ne comporte aucune mention d'un établissement d'héritier par passage d'une branche à l'autre ou d'un regroupement de branches, mais, qui plus est, depuis l'ancêtre du défendant jusqu'au défendant lui-même, tous les descendants se trouvent dans sa lignée, et aucun ne se trouve dans la ligne de l'ancêtre fondateur. Cela voudrait-il dire que les descendants du défendant ont occupé le patrimoine de l'ancêtre fondateur, sans pourtant continuer sa lignée ? S'il en était ainsi, il faudrait considérer que, d'après les lois et coutume des Qing, le « tsu » en litige a

²⁴ Sur cette pratique de « regrouper deux branches » pour qu'un même individu hérite dans les deux, voir la note suivante, et le cas cité dans l'article.

cessé d'exister depuis longtemps, et que le défendant et ses ancêtres n'ont fait qu'usurper son patrimoine !

L'expert de l'autre partie ne répondit pas à ma révocation en doute, mais avança un autre argument :

Quand un testateur (*beijicheng* 被繼承) n'a pas de fils, si ses frères ont des fils, alors en vertu du droit des Qing il est libre de d'établir un de ces neveux comme héritier.

Et il transmet à la cour un extrait du *Florilège des décisions judiciaires de Yu Chenlong* qu'il avait recopié²⁵. Il s'agissait d'un cas datant des Qing, intitulé « Un ingénieux verdict sur un litige successoral » (*Zhengduo sichan zhi miaopi* 爭奪嗣產之妙批), qu'on peut résumer ainsi : la famille Ji était composée de cinq frères, dont Shaogu, l'aîné, n'avait pas de fils, dont le deuxième, Shaotan, le troisième, Shaokui, le quatrième, Shaowen, avaient chacun un fils, et le dernier, Shaokong, était le seul à avoir deux fils. Quand Shaogu, l'aîné, mourut sans descendance, l'ordre de la parentèle imposait que le fils unique du deuxième frère, Shaotan, soit institué l'héritier du premier, mais comme la branche aînée ne pouvait être regroupée avec une autre, Shaotan dut lui laisser son unique fils, il fallut que le fils du troisième frère fût institué son héritier, et il en alla de même avec le fils unique du quatrième frère, qui fut institué héritier du troisième. Le problème est que Shaogu, l'aîné, était très pauvre, et le cinquième frère, Shaokong l'était presque autant, alors que les deuxième, troisième et quatrième frères étaient très riches. Issu d'une famille aisée, le fils du deuxième frère devait en sortir pour aller succéder dans une famille où il tomberait soudain dans un extrême dénuement, tandis que le patrimoine de sa famille passerait au fils de la troisième branche. Ne pouvant s'y résigner, il propo-

²⁵ NDT : Il s'agit du *Yu Chenglong pandu jinghua* 于成龍判牘精華, recueil de 33 sentences rendues par Yu Chenlong (1617-1684), un fameux fonctionnaire que l'empereur Kangxi célébra comme « le plus intègre de l'Empire ». Au moment où Yu Chenlong rendit ce verdict, le fait qu'un même individu soit désigné comme « successeur dans deux branches d'un même lignage » (*chengji liangfang zongtiao* 承繼兩方宗祧, couramment abrégé en *chengtiao* 承祧) était encore interdit, car la loi cherchait à maintenir l'ordre hiérarchique entre branches et la priorité de la branche aînée. La succession à deux branches d'un même lignage fut finalement autorisée par un article additionnel introduit dans le code des Qing en 1773. Sur ce point, voir Bourgon Jérôme, « Un juriste nommé Yuan Mei », *Études chinoises*, 1995, 14-2, p. 66-70 en particulier.

sa que le fils aîné de Shaokong, le cinquième frère qui avait deux fils, passa dans la famille de Shaogu pour y être institué héritier, et il envisageait en outre de donner une partie de son patrimoine à Shaokong, mais celui refusa et porta l'affaire en justice. Dans son jugement, le magistrat décida de répartir également la fortune des deuxième, troisième et troisième branches entre les cinq branches du lignage, et fit passer le fils de Shaotan, le deuxième frère, dans la famille de l'aîné Shaogu pour lui succéder, tandis que le fils du troisième frère passait dans la branche du deuxième. Ce verdict une fois proclamé, Shaotan refusa tout d'abord de s'y soumettre, mais comme il n'y avait pas d'autre moyen de ménager l'intérêt de tous, il finit par accepter.

L'avocat du plaignant, dont j'étais l'expert attitré, m'ayant demandé au cours de l'audience si j'étais d'accord avec l'affirmation de l'expert du défendant, selon laquelle le droit des Qing permettait d'instituer un héritier en toute liberté, j'exprimais mon désaccord en ces termes :

Le système rituel traditionnel a établi une règle qui a été constamment suivie au cours de l'histoire chinoise, règle qui exige que « Si la branche aînée n'a pas de fils, les branches secondaires ne sauraient en avoir un ». En d'autres termes, quand le frère aîné n'a pas de fils en état d'hériter, si les frères cadets en ont, le rite les contraint à faire passer leur fils pour continuer la lignée du frère aîné. Mais cela ne signifie pas que la loi permettait d'instituer l'héritier selon son bon plaisir, il fallait se conformer à l'ordre strict des degrés de parenté, ainsi qu'aux délibérations du lignage et à l'accord des parties concernées. En particulier, s'il manquait cette dernière condition, la succession devenait très difficile à réaliser.

Sur ce point, je me référerai notamment à la « Grande controverse sur les rites » (Da Li yi 大禮議) qui survint durant l'ère Jiajing 嘉靖 (r. 1522-1567) sous la dynastie des Ming.

Voici un résumé de cette affaire : en 1521, l'empereur Zhengde (r. 1506-1521) mourut sans postérité, non sans laisser un décret ordonnant qu'un cousin [plus jeune] (*tangdi* 堂弟), le fils d'un frère de l'empereur défunt lui succédât sous le nom d'empereur Jiajing. Comme cette transmission « d'aîné à cadet » de même génération n'était pas conforme à la succession « de père en fils » qui était depuis très longtemps la norme, des ministres insistèrent pour que le nouvel empereur Jiajing vénérât le père de Zhengde, l'empereur Hongzhi 弘治 (r. 1487-1505) comme son propre père, avec toutes les marques de piété filiale. D'après les règles imposées

par les lois rituelles, l'empereur Jiajing ne devait désormais plus avoir avec son père véritable, le prince Xingxian 興獻, le lien d'un fils à son père, mais seulement celui d'un neveu à son oncle. Mais Jiajing rejeta l'avis du ministère des Rites et entreprit de vénérer l'empereur Hongzhi sous le titre d'« oncle empereur défunt » (Huang bo kao 皇伯考), et il persista à rendre les devoirs filiaux à son véritable père, qu'il éleva même à titre posthume à la dignité impériale, sous le nom d'« empereur Xian » (Xian Huangdi 獻皇帝).

Il s'agit certes là d'un cas extrême, dans lequel, en outre, une des parties était un puissant empereur, mais il permet de montrer à quel point, lorsque avait lieu une adoption par passage d'une branche à l'autre d'un lignage, il ne suffisait pas de se conformer aux prescriptions rituelles et légales pour agir ensuite à sa guise, il fallait le consentement formel de toutes les parties intéressées, à commencer par celui de l'adopté lui-même.

Je montrais ensuite que le jugement de Yu Chenglong sur un litige successoral inféré par l'expert de la partie adverse ne pouvait pas non plus servir à démontrer que le droit des Ming ou des Qing laissait à chacun la capacité d'établir un héritier à sa guise. S'il en avait été ainsi, comment la justice aurait-elle encore pu être saisie de tels cas ? Qui plus est, si le juge n'avait pas fait une nouvelle répartition du patrimoine entre les cinq frères, on peut craindre que les délibérations entre les parties n'aient jamais trouvé d'issue. Cela démontre précisément que, contrairement à ce qu'en concluait la partie adverse, toute institution d'un héritier adoptif exigeait absolument qu'on en passe par une certaine procédure, et que les parties intéressées négocient et s'entendent ²⁶.

Ma déposition terminée, je dus prendre congé, car des affaires pressantes m'attendaient en Chine. À ce moment, l'expert de l'autre partie se leva et vint me serrer la main. Tous les points que nous avons débattus, tous les arguments que nous avons échangés durant plusieurs jours avaient été portés devant la Cour par le truchement des avocats des deux parties, de

²⁶ ADT : L'adoption d'un héritier dans le lignage en litige aurait nécessairement dû laisser des traces ; l'absence de telles traces rendait fort douteuse l'hypothèse de l'adoption formulée par l'expert de la partie défendante. Celle-ci n'avait donc pas davantage de titre à administrer le lignage que l'autre partie, et aurait dû accepter l'alternance au poste d'administrateur au lieu de chercher à le monopoliser.

sorte que nous ne nous étions jamais parlé directement, face à face. La polémique qui nous avait opposés ne portait que sur des points d'érudition, de sorte qu'elle n'avait nullement affecté la cordialité de nos rapports. J'ai toujours pour cet expert le plus grand respect, et nous avons conservé les meilleures relations.