

Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit

Bjarne Melkevik

Volume 37, Number 3, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043400ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043400ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Melkevik, B. (1996). Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit. *Les Cahiers de droit*, 37(3), 603–627. <https://doi.org/10.7202/043400ar>

Article abstract

This study proposes insights into the underpinnings of Chinese legal culture. By analyzing the thinking of the School of Letists and by comparing it with Confucianism, the author attempts to isolate various significant aspects in order to understand this legal culture. By working from an historic overview, he analyzes how the legists conceived the law : first as an idea, then as a technique for power, after which as a question of efficiency and finally as a system. The author characterizes this conception of law as being entirely bureaucratic. In his conclusion, he underscores how this tradition has never managed to plant the seeds leading to a State based on the rule of law and legally recognized freedom.

Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit

Bjarne Melkevik*

La présente étude propose une interrogation sur la culture juridique chinoise. L'auteur, en analysant la pensée de l'École des légistes, et en comparant cette école avec le confucianisme, tente de saisir certains traits significatifs pour comprendre cette culture juridique. Après un rappel historique, il analyse la conception de loi selon le légisme : d'abord en tant qu'idée, ensuite comme technique de pouvoir, puis sous le rapport de l'efficacité, et enfin en tant que système. L'auteur caractérise cette conception de droit comme entièrement bureaucratique. Il souligne dans sa conclusion comment cette tradition n'a jamais su enraciner une conception de l'État de droit et des libertés juridiques.

This study proposes insights into the underpinnings of Chinese legal culture. By analyzing the thinking of the School of Letists and by comparing it with Confucianism, the author attempts to isolate various significant aspects in order to understand this legal culture. By working from an historic overview, he analyzes how the legists conceived the law : first as an idea, then as a technique for power, after which as a question of efficiency and finally as a system. The author characterizes this conception of law as being entirely bureaucratic. In his conclusion, he underscores how this tradition has never managed to plant the seeds leading to a State based on the rule of law and legally recognized freedom.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1. Le temps des légistes et des confucianistes.....	606
1.1 Quelques repères historiques.....	606
1.2 Le confucianisme et le <i>li</i>	607
1.3 Le légisme antique.....	608
1.4 La complémentarité entre confucianisme et légisme.....	610
2. L'École du <i>Fa</i> et la loi du roi.....	611
2.1 L'idée de loi chez les légistes.....	611
2.2 La loi comme technique de pouvoir.....	615
2.3 L'efficacité de la loi selon les légistes.....	619
2.4 Le <i>wou wei</i> légiste.....	623
2.5 Quelques remarques sur le légisme.....	625
Conclusion.....	625

Loin de nous l'intention de donner un exposé complet et entier de la culture juridique chinoise ou encore de mesurer toute l'ampleur et la profondeur d'une culture juridique millénaire. Toute personne abordant la culture juridique chinoise est en effet frappée par son étendue, sa complexité et son historicité. L'Occident, qui a longtemps eu tendance à réduire les cultures juridiques extra-occidentales soit à son contraire soit à son semblable, peut maintenant mieux se soucier de l'originalité et de l'authenticité qui s'expriment dans ces cultures. Nous devons au moins reconnaître que notre rencontre avec ces cultures se fait avec un regard qui voit déjà les choses d'une certaine façon, selon des suppositions et des concepts hérités de nos cultures d'origines respectives. Le regard que jette sur la Chine un spectateur occidental descendant le Yang-Tsé-Kiang n'est sûrement pas celui d'un participant de la vie culturelle chinoise.

L'objectif de cet article est d'analyser une partie du socle de la culture juridique chinoise, à savoir le légisme ancien ou l'École des lois (le *Fa Jia*). Nous voulons examiner le légisme sous l'angle de la philosophie du droit et sur le fond de la conception plutôt antijuridique du confucianisme. En insistant sur le légisme, nous souhaitons apporter une contribution pouvant servir à cerner la complexité de la culture juridique chinoise, de même qu'à mettre en lumière une école de pensée largement méconnue dans les milieux juridiques occidentaux et son apport déterminant à la culture juridique chinoise. Dans notre analyse, nous voulons privilégier la contribution la

plus systématique et la plus connue des légistes à savoir, Han Fei et son œuvre¹.

Précisons maintenant notre approche. Nous partons de la constatation de Xu Zhen Zhou selon laquelle :

Le confucianisme et le légisme constituent les deux sources principales [...] [de la culture juridique chinoise]. Ainsi, nous pouvons dire avec simplicité que le confucianisme et le légisme dominant ensemble la politique chinoise. Le premier est employé dans la propagande, dans l'éducation du peuple, avec pour but de former des sujets modèles et obéissants et d'amortir les conflits sociaux. Le légisme, lui, joue un rôle de répression des révoltes éventuelles, de prévention contre l'usurpation du pouvoir du roi par ceux qui l'ambitionnent et de maintien de l'ordre dans la société. [...] le premier est le masque ; le deuxième, la substance².

Xu Zhen Zhou confirme une impression largement partagée par les sinologues occidentaux : la question du droit et de la culture juridique en Chine n'est pas réductible au confucianisme. Ces sinologues s'inscrivent en faux contre René David et Camille Jauffret-Spinosi, qui écartent le légisme comme contraire à la mentalité de la majorité des Chinois et identifient, d'une façon assez réductrice, la culture juridique chinoise au seul confucianisme³. Car même si le confucianisme a été proclamé officiellement idéologie de l'État chinois et a acquis le statut de religion profane, dominant ainsi, apparemment, les questions de droit pendant deux millénaires, le fait est que le fondement juridique de la culture juridique chinoise se trouve dans la complémentarité du légisme et du confucianisme. Ils représentent ensemble

1. Nous utilisons les traductions de Han Fei par J. LÉVI dans *Dangers du discours (Stratégies du pouvoir IV^e et III^e siècle avant J.-C.)*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1985, pp. 21-115 (chapitre 1, intitulé « Han Fei Tseu » [maître Han Fei]) et par B. WATSON (dir.), *Han Fei Tzu: Basic Writings*, New York, Columbia University Press, 1964. Nous citons aussi Han Fei en utilisant les traductions françaises faites par Xu Zhen Zhou dans *L'art de la politique chez les légistes chinois*, coll. « Travaux du Centre d'analyse politique comparée de Bordeaux », Paris, Economica, 1995.

Ont aussi été consultés : Wen-Kuei LIAO (dir.), *The Complete Works of Han Fei Tzu*, Londres, 1959, et les traductions partielles de Han Fei que nous trouvons chez : Wen-Kuei LIAO (traducteur), « Learned Celebrities. A Criticism of the Confucians and the Moists », *Harvard Journal of Asiatic Studies*, vol. 3, 1938, pp. 161-171 ; E. R. HUGHES (dir.), *Chinese Philosophy in Classical Times*, Londres/New York, Dent & Sons/ Dutton & Co., 1942, pp. 254-268 ; Wing-Tsit CHAN, *A Source Book in Chinese Philosophy*, Princeton, Princeton University Press, 1963, pp. 252-261 ; W.T. DE BARY, Wing-tsit CHAN et B. WATSON, *Sources of Chinese Tradition*, New York, Columbia University Press, 1969, pp. 138-150 ; A. WALEY, *Three Ways of Thought in Ancient China*, Stanford, Stanford University Press, 1982, pp. 184-188.

2. XU Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 314. Voir aussi Xuefeng QI, « L'évolution et le nouvel essor de la législation chinoise après l'époque de Mao : ses orientations », (1994) 35 *C. de D.* 941, 943-944.

3. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, coll. « Précis Dalloz », 10^e édition, Paris, Dalloz, 1992, p. 426.

le socle de la culture juridique chinoise. Comme dans la relation entre le *Yin* et le *Yang*, ils se mouvaient, comme nous le verrons, dans une dialectique culturelle entre le *li* (les coutumes anciennes et les rites) des confucianistes et le *fa* (la loi donnée par le roi) des légistes.

Dans un premier temps, nous situerons, historiquement et politiquement, l'École des légistes et son adversaire, le confucianisme. Dans un deuxième temps, nous examinerons la conception de la loi chez les légistes.

1. Le temps des légistes et des confucianistes

Le socle de la culture juridique, que nous avons identifié dans la complémentarité du confucianisme et du légisme, s'est formé à une époque cruciale et décisive de l'histoire de la Chine. En conséquence, nous situons d'abord la formation de ces théories dans leurs contextes historiques respectifs et nous verrons surtout comment l'une et l'autre étaient des réponses à une crise politique et sociale déchirant littéralement la société chinoise. Nous examinerons ensuite la réponse des confucianistes et celle des légistes à ces situations de crise. Enfin, nous traiterons de la complémentarité des deux écoles.

1.1 Quelques repères historiques

L'historiographie chinoise débute vers 4 000 ans av. J.-C., avec le récit d'une succession légendaire de rois sages, qui auraient découvert les éléments fondamentaux de la civilisation et fixé les règles rituelles de la vie quotidienne et politique. Trois dynasties se sont établies par la suite : la dynastie des Xia (du XXI^e au XVI^e siècle av. J.-C. environ), la dynastie des Shang (du XVI^e au XI^e siècle av. J.-C. environ) et la dynastie des Zhou (du XI^e siècle à l'an 256 av. J.-C.), qui se divise elle-même en deux périodes soit celle des Zhou de l'Ouest (de 1050 à 772 av. J.-C. environ) et celle des Zhou de l'Est (de 771 à 256 av. J.-C. environ). Cette dernière période se divise aussi en deux périodes, soit la période du Printemps-Automne (de 770 à 476 av. J.-C. environ) et la période des Royaumes Combattants (de 475 à 221 av. J.-C. environ). Le confucianisme apparaît pendant la période du Printemps-Automne, le légisme surtout pendant celle des Royaumes Combattants.

La chute des Zhou de l'Ouest, en l'an 772 av. J.-C., a été causée par la révolte des notables féodaux. La dynastie des Zhou de l'Est, qui allait prendre la suite, était très affaiblie. Les seigneurs ne respectaient plus l'autorité du roi, lequel était réduit à son rôle religieux d'intermédiaire avec le Ciel. Les anciens domaines féodaux étaient devenus de véritables royaumes indépendants. Aucun de ces seigneurs, ces autres « rois », n'était

alors assez fort pour vaincre les autres. Cette période est caractérisée par des guerres civiles à répétition et par l'insécurité économique et sociale.

La dynastie des Qin réussira à faire l'unité chinoise en 221 av. J.-C. et instaurera le premier Empire chinois⁴. Le succès de cette entreprise, de même que son échec, sera attribué au légisme. En fait, les Qin avaient, pendant des siècles, pratiqué la politique légiste dans leur propre royaume (le Qin) avant de réussir à vaincre tous leurs rivaux. Cette politique avait fait du royaume Qin un pays riche et solidement organisé, grâce à une administration compétente et à une armée très puissante. Cependant, la dynastie des Qin sera de courte durée, puisqu'elle sera renversée par des révoltes populaires après avoir durement appliqué les recettes légistes à l'Empire entier. Cet échec sera attribué au légisme. D'où le jugement qu'il est un moyen sûr pour gouverner un pays et pour l'enrichir, mais inapte à susciter l'adhésion populaire.

1.2 Le confucianisme et le *li*

Confucius vécut en Chine de 551 à 479 av. J.-C., sous la dynastie des Zhou de l'Est. Il est le fondateur de la doctrine qui porte maintenant son nom, le confucianisme. Il convient de souligner que le confucianisme est à la fois un courant politique, philosophique et éthique et, dans son sens moderne, une religion rationaliste divinatoire. Pour ce qui est de la loi, le confucianisme croit que celle-ci est secondaire, superflue et ne concerne que les hommes corrompus et sans assises sociales. Pour le confucianisme, c'est la vertu qui doit régner sur tous les plans, tant personnel et politique que social. Cette vertu est symbolisée par le *li* (les rites).

En fait, Confucius voulait réinstaller l'ancien ordre hiérarchique détruit par les guerres civiles. Les sources de cet ordre hiérarchique sont la mythologie des rois anciens et le *li*, associés au système mythique et cosmogonique ancien. Le *li* peut à la fois signifier des rites, des coutumes, des conventions sociales, et résumer la croyance en des modèles de conduites concrètes et affectives entre les personnes. Il existe, selon Confucius, cinq modèles de relations affectives de base : la relation entre seigneur et vassal (ou chef de famille), entre père et fils, entre aîné et cadet, entre mari et femme et, enfin, entre ami et compagnon.

4. Pour une analyse du légisme sous les Quin, voir G.L. DORSEY, *Jurisculture*, vol. 3 : « China », New Brunswick (U SA), Transaction Publishers, 1993, pp. 125-148.

Dans le confucianisme, les relations personnelles et sociales sont basées sur le modèle de l'affection familiale, où la personne supérieure doit aimer la personne inférieure et où celle-ci doit vénérer la première. Les cinq modèles de relations personnelles de base expriment symétriquement des relations hiérarchiques dérivées d'une idéologie pyramidale et patriarcale.

Le confucianisme se caractérise ainsi, sur le plan juridique, en prônant le règne du *li*, autrement dit le règne de l'homme sur l'homme comme moyen de fonder la légalité sur des rapports concrets, affectifs et particuliers. Pour les confucianistes, le problème du gouvernement, de l'administration et même des relations internationales, est uniquement un problème d'*hommes*, plus spécifiquement, un problème de choix, de qualité et de vertu des hommes. Ce qui compte à leurs yeux, c'est la vertu des hommes qui détiennent le pouvoir et la vertu de ceux qui obéissent. Il suffit, selon le confucianisme, d'avoir des hommes vertueux et instruits aux postes de responsabilité pour que règnent l'harmonie et l'ordre dans la société.

La connaissance du *li* nécessite cependant, selon le confucianisme, un bon système éducatif. La connaissance du *li* n'est que fragmentaire, incomplète et superficielle dans l'ensemble du peuple. Seulement le lettré (l'instruit confucianiste) peut acquérir, par l'ascension des degrés d'instruction éthique, une compréhension « vraie » et complète. Au sommet de cette pyramide se trouvent les sages confucianistes qui détiennent réellement le pouvoir dans la société. C'est cette doctrine qui fait des lettrés confucianistes les « bureaucrates célestes » qui gouverneront la Chine pendant des millénaires. Cependant, la doctrine qui a mis en marche la bureaucratie chinoise n'était pas confucianiste, mais légiste.

1.3 Le légisme antique

Le légisme se situe surtout dans la dernière période des Royaumes Combattants, qui est considérée comme la période classique du légisme. Il devient ensuite doctrine d'État dans la courte dynastie des Qin (221 à 207 av. J.-C.), se prolonge dans la première période de la dynastie des Han (206 av. J.-C. à 220 après J.-C.), pour s'effacer en tant qu'école de pensée devant la montée du confucianisme à compter du premier siècle après J.-C. Les plus connus des légistes sont sans aucun doute Han Fei (environ 280 à 233 av.

J.-C.) et Shang Yang (mort en 338 av. J.C.)⁵. Parmi les autres légistes connus, citons Li Kui, Shen Dao et Shen Bu Hai⁶.

Les légistes étaient presque tous des hauts fonctionnaires ou des magistrats des différents royaumes. Leurs idées et leurs stratégies étaient élaborées dans l'intention de servir aux seigneurs et aux rois comme recette de gouvernement. Le légisme n'était pas une école de pensée créée par un fondateur ou organisée autour d'une philosophie systématique. L'expression « légisme » (*Fa Jia*) fait référence à la traduction des mots chinois *fa*, « la loi », et *jia*, « école de pensée ». Ce qui caractérise en fait tous les légistes, c'est le désir de revaloriser la loi et de faire de la loi le centre névralgique de l'ordre social. Les légistes étaient un groupe d'hommes de terrain, prônant la primauté de la loi en opposition et en contradiction aux anciens rites hiérarchiques du *li* des confucianistes. En fait, cette opposition au *li* et au confucianisme faisait, dans une certaine mesure, leur unité.

Le légisme exprime le diagnostic que font des hauts fonctionnaires de différents États à l'égard de la crise de la société chinoise. Ils observent que l'essor démographique a créé la famine, que la multiplication des principautés a engendré la guerre et que la corruption a détruit le pouvoir. Forts de ces constatations, les légistes décident de mettre en œuvre des moyens pour atteindre la forme de société souhaitée. C'est cette décision qui les a amenés à étudier la question de la loi comme moyen susceptible de faire régner un ordre social stable et sécuritaire. L'essence du légisme est, sur ce plan, une idéologie de l'administration. Il leur faut instaurer une administration qualifiée et dévouée à l'intérêt du roi, administration qui, en remplaçant l'ancien système féodal source de guerre et de convoitise, peut assurer la cohérence sociale et juridique. La politique légiste abolit donc, pendant la dynastie Qin, l'ancien ordre féodal au profit d'une administration hiérarchique fonctionnant selon des lois et des ordres écrits, également applicables à tous.

Les légistes cherchaient ainsi à instaurer une mentalité nouvelle en rupture avec les usages aristocratiques archaïques chers aux confucianistes.

5. Sur le légisme, voir : J. LÉVI, *Les fonctionnaires divins. Politique, despotisme et mystique en Chine ancienne*, Paris, Seuil, 1989, pp. 89-146 ; M. GRANET, *La pensée chinoise*, Paris, La renaissance du livre, 1934, pp. 457-471 ; J. NEEDHAM, *Science and Civilisation in China*, vol. 2 : « History of Scientist Thought », Cambridge, Cambridge University Press, 1962, pp. 204-215 et 518-584 ; H.G. CREEL, *Chinese Thought from Confucius to Mao Tsetung*, Chicago, Chicago University Press, 1953, pp. 135-158 ; FUNG Yu-Lan, *History of Chinese Philosophy*, vol. 1 : « The Period of the philosophers », Princeton, Princeton University Press, 1952, pp. 312-336 ; B.I. SCHWARTZ, *The World of Thought in Ancient China*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, pp. 321-349.

6. Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, pp. 87-101.

Ils cherchaient à inculquer une mentalité pratique, pouvant prendre en charge la réalité politique et sociale concrète, c'est-à-dire nullement comme crise éthique, ainsi que l'analysaient les confucianistes, mais en tant que déstructuration politique et sociale empiriquement constatable. Le légisme était ainsi le champion du changement politique et social profond de son temps.

En tant qu'école de pensée, le légisme sera éclipsé par le confucianisme. La mainmise du confucianisme sur la société chinoise pendant la dynastie Han est accompagnée du déclin du légisme. L'empereur Wu, de la dynastie des Han de l'Ouest, accepta sur le conseil des confucianistes, particulièrement de Dong Zhong Shu (104-179), d'interdire toutes les autres doctrines philosophiques et politiques rivales pour que le confucianisme soit le seul respecté, le seul enseigné et le seul propagé par l'État. Le confucianisme en tant qu'idéologie d'État servait, par conséquent, à la préparation des concours impériaux de recrutement pour l'administration publique et surtout pour la magistrature.

Nous ne trouvons pas de successeurs aux légistes sur le plan de la théorie de la loi après l'interdiction faite par l'empereur Wu. Ce qui ne veut pas dire pour autant que le légisme disparaît, mais qu'il s'établit un compromis pratique entre le confucianisme et le légisme.

1.4 La complémentarité entre confucianisme et légisme

Si le confucianisme gagne pratiquement la lutte contre le légisme, c'est une victoire qui, fonctionnellement, annonce un partage de compétence⁷. Le confucianisme se voit investi du *li* comme éthique sociale, et le légisme du *fa* comme moyen d'administration, de contrôle et de répression. Nous pouvons à ce sujet évoquer deux raisons.

D'abord, le système du *li* présuppose une relation concrète et particulière entre les personnes, une proximité qui correspondait à celle de l'ancien système de féodalité aboli par la politique légiste. Il présuppose aussi une proximité de l'ordre de l'oralité, qui n'existait plus à partir des Han, dès lors qu'il s'est agi de gouverner un pays aussi vaste que l'Europe, où l'administration devait fonctionner sur la base de lois et d'ordres écrits. Il relève aussi d'une conception de l'ordre naturel-culturel et ne peut jamais être objet d'un acte de volonté. En fait, le résultat de la politique légiste fut, historiquement parlant, la naissance d'un État unifié et d'une administration

7. Voir M. KALTENMARK, *La philosophie chinoise*, coll. « Que Sais-je ? », n° 707, 3^e édition, Paris, PUF, 1987, p. 58. Comme Kaltenmark le remarque : « L'influence de l'école [légiste] ne disparut toutefois pas entièrement, son esprit se retrouve dans toute l'histoire du droit chinois qui resta essentiellement un droit pénal ».

capable de gouverner tout le pays. Les confucianistes n'ont jamais contesté ni l'un ni l'autre, mais ont repris cette nouvelle donnée et, surtout, ont accordé le monopole de tous les postes, autant supérieurs qu'inférieurs, aux lettrés confucianistes.

Comme le confucianisme ne donnait pas de recettes de gouvernement adaptées à l'immensité de l'Empire, le légisme fut adopté comme politique non avouée pour gouverner la Chine. Les lettrés confucianistes ont très vite découvert que gouverner un pays n'était pas une question d'éthique et que les crises de cette société ne se résolvaient pas en appelant à la vertu. En fait, les lettrés confucianistes étaient obligés d'administrer un pays complexe comportant différents peuples aux coutumes différentes. Ils étaient obligés de gérer des crises, des famines, des invasions, des rébellions, des catastrophes naturelles, de construire des villes, des canaux, etc. Le moyen administratif pour accomplir tout cela leur était fourni par le légisme : le droit bureaucratique, droit qu'il convient maintenant d'étudier.

2. L'École du *Fa* et la loi du roi

Cette petite incursion dans l'histoire nous a permis de voir que le mot clé du légisme est le *fa* (la loi). C'est par la loi (*fa*) que les légistes voulaient instaurer un ordre social stable et sécuritaire. C'est par la loi qu'ils voulaient réformer la société et par elle que le souverain devait régner. C'est la loi qui est, comme l'indique le nom de leur école, le centre de leur univers. Ce qui nous amène à étudier la signification légiste de la loi, qui est à l'antipode de la conception occidentale. Le droit bureaucratique est un droit hiérarchique d'administration, de contrôle et de châtement.

Nous examinerons d'abord l'idée de loi chez les légistes. Ensuite, nous analyserons la loi comme technique de pouvoir, puis nous réfléchirons sur l'efficacité de la loi et évoquerons ensuite le système de *wou wei* légiste. En dernier lieu, nous ferons brièvement quelques réflexions pour tenter de caractériser la culture juridique chinoise sur son versant de *fa*.

2.1 L'idée de loi chez les légistes

La pierre angulaire de la philosophie légiste est leur idée de la loi. Il convient de souligner ses traits caractéristiques. Le légisme ne donne jamais une définition rationnelle ou conceptuelle de la loi, mais cherche à saisir sa physionomie par des images, des métaphores et des symboles évoquant de prétendues « réalités » sociologiques et historiques. Nous insisterons sur quatre traits qui nous semblent primordiaux afin de saisir la loi en tant que représentation concrète du pouvoir du roi. Avant de les aborder, nous devons rappeler un fait culturel permettant de comprendre cette façon de

penser qui, loin de toute conceptualisation occidentale, tente de « peindre » la loi en référant à la réalité. Nous emploierons l'expression « hyperréalisme de la pensée chinoise » pour référer à ce fait culturel.

Il est courant, dans la culture juridique occidentale, de faire une distinction entre le mot « loi » lui-même et la fonction ou le rôle institutionnel attribués à ce mot dans le droit. Les acteurs du droit, comme les vocables juridiques, portent dans la culture juridique occidentale le « masque » d'une représentation abstraite⁸. La culture juridique chinoise, par contre, prône un hyperréalisme où une telle distinction est impensable. Ainsi, l'individu concret et empirique se trouve derrière le mot ou le rôle. Il n'en est pas autrement avec le mot « loi ». Il sera donc inutile et futile, dans cette culture juridique, de construire le concept de loi selon une logique occidentale se référant à la justice de la cité, à la volonté générale, à l'auto-législation de la volonté de tous, ou à d'autres constructions abstraites. La culture chinoise, dans son hyperréalisme, demande toujours à savoir qui est « derrière » les mots. En fait, ce que nous voyons à l'œuvre dans la culture chinoise, c'est la transition d'une cosmogonie initiale à un hyperréalisme la prolongeant dans une question unique : qui est ton maître ? Cette question désigne le roi comme le maître concret et empirique de la loi.

Si le confucianisme et le légisme partagent cet hyperréalisme et le réfèrent cosmogonique et divinatoire qui le fonde, ces deux écoles divergent quant à la notion du roi comme maître souverain.

Le confucianisme a repris l'idée traditionnelle selon laquelle le détenteur du pouvoir est désigné par le Tian Ming, c'est à dire qu'il reçoit de ce dernier le Mandat céleste. C'est le Ciel, gouverneur suprême de l'univers, qui est supposé le choisir et lui attribuer le pouvoir pour appliquer sa volonté sur terre. C'est aussi selon cette tradition que l'on a désigné des empereurs comme Tian Zi, fils du Ciel. Pour s'en rendre digne et pour le rester, celui qui se voit investi du Mandat céleste doit se soumettre au processus continu de perfectionnement de ses qualités personnelles de bonté, de bienveillance, d'indulgence, etc. Bien entendu, ce perfectionnement sera dispensé par des lettrés confucianistes. Dans la conception confucianiste de la loi comme expression de la volonté personnelle du souverain, s'expriment les qualités tout à fait concrètes de bonté, de bienveillance et d'indulgence de la personne du roi à l'égard de ses sujets. Ce qui

8. Voir J.M. TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », vol. 11 : « Philosophie du droit », Bordeaux, Éditions Bière, 1995, ou, du même auteur, *Persona ou la justice au double visage*, coll. « Biblioteca di filosofia oggi », Gênes, Studio Editoriale di Cultura, 1990.

n'empêche pas le concept de loi, pour des raisons que nous avons invoquées plus tôt, d'être secondaire et vil.

Pour les légistes, par contre, la souveraineté s'exprimant dans l'idée de loi est une construction rationnelle créée par les hommes pour les hommes. La naissance du pouvoir politique représentait pour les légistes quelque chose de concret, quelque chose d'empirique⁹. Prenant l'exemple des rois légendaires de la Chine archaïque, ils s'efforçaient de démontrer que la création du pouvoir fut un effort unilatéral et empirique, du seul fait qu'une personne se fait roi. Le peuple restait complètement passif dans ce processus, sauf en apportant la légitimité au roi et en acceptant son pouvoir. Il était donc possible de conclure que l'acte fondateur de la société politique résidait dans la force ou l'habileté du roi. Ce qui signifie que la loi n'est que l'expression de la force et de l'habileté du roi.

Bien que le confucianisme et le légisme se concentrent sur la personne supposée être « derrière » le concept de loi, et même si les deux préconisent l'omnipotence du roi, le légisme exprime avant tout un réalisme sociologique et empirique. Là où le confucianisme demande au souverain de se perfectionner, le légisme demande au souverain de « chevaucher le vent » en tant que maître incontestable du pays et de l'ordre social.

La première caractéristique de la loi chez les légistes peut maintenant être évoquée : la loi est absolue. Il n'y a rien qui puisse l'égaliser (surtout pas le *li* confucianiste) et il n'y a rien qui puisse servir à la contester. Même le roi qui fait la loi est, comme nous le verrons, soumis à celle-ci. La loi est le signe du pouvoir et de l'habileté du roi. Elle est la marque de l'omnipotence du roi.

Un côté de cet absolutisme de la loi concerne le roi lui-même et sa façon de régner par la loi. Dans le légisme, la loi se substitue au règne personnel du roi. En fait, le roi abandonne sa volonté personnelle au profit de la loi :

[...] La loi sert d'arme au roi pour gouverner le pays et réprimer les malintentionnés. Sa volonté personnelle, au contraire, entrave la bonne administration. Donc, quand la loi est appliquée, le pays est bien gouverné. Quand la volonté personnelle du roi l'emporte, le pays se trouve en désordre¹⁰.

Le roi laisse travailler la loi à sa place. L'absolutisme de la loi signifie le retrait du roi en tant qu'individu.

L'idée des légistes est que le gouvernement par la loi est supérieur et préférable au gouvernement par les hommes préconisé par le confucia-

9. Voir FUNG Yu-Lan, *op. cit.*, note 5, p. 315. Fung Yu-Lan cite le légiste Shang Yang (*Livre du Seigneur Shang*) ; voir J. LÉVI, *op. cit.*, note 1, pp. 119-125.

10. Le *Guan Zi*, ouvrage classique du légisme, cité par XU Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 263.

nisme. Le règne de la loi évite les préjugés, les incertitudes, et surtout que la volonté du roi soit dictée par ses seuls sentiments ou par son entourage.

Pour les légistes, la loi sert à administrer le pays, à traiter rapidement, facilement et surtout efficacement tous les problèmes en fonction de l'habileté et du pouvoir absolu du roi tels qu'exprimés par la loi.

La deuxième caractéristique est que la législation doit prendre en considération des circonstances historiques, naturelles et humaines. L'idée de loi exprime, de cette façon, un enracinement sociographique de première importance. Ce qui fait des légistes, et surtout de Han Fei, les premiers sociologues du droit.

Comme la loi n'est pas faite pour exprimer la vertu (comme dans le confucianisme) mais pour régner, pour vaincre les résistances et pour accroître le pouvoir du roi, les légistes préconisent que le souverain, avant d'arrêter sa volonté par la loi, prenne le pouls de la population, de la réalité. En tant que doctrine réformatrice prônant des changements économiques, politiques et sociaux majeurs, le légisme voit bien que la loi doit avoir un enracinement concret et réaliste dans les situations :

Ceux qui ont l'intention de bien gouverner le pays, doivent d'abord observer la vie politique et l'administration et connaître les coutumes des citoyens. Il faut chercher les causes de la stabilité et des révoltes, étudier les expériences de réussite et d'échec, avant d'entreprendre le processus législatif¹¹.

Ce que prône le légisme, c'est une analyse objective de la situation réelle d'un pays à un moment donné de son histoire. Le légisme présuppose une méthode d'observation sociologique réfléchie en vue de prendre le pouls de la réalité et de faire, par le biais de la loi, des expériences sociales directement sur le corps social. La loi n'a donc rien d'immuable, mais doit au contraire, pour que le pays soit bien gouverné, changer quand les situations changent. Elle doit épouser les formes de la réalité. En fait, les légistes conçoivent la loi comme le reflet des changements du pays.

La troisième caractéristique est l'égalité. L'absolutisme de la loi nécessite, selon les légistes, que tous soient également soumis à la loi. Le légisme prône l'égalité à l'égard de la loi. Personne n'est au-dessus de la loi : ni le roi, ni les cours de justice, ni les nobles, ni les lettrés. Il n'y a aucun privilège, ni même d'exception à la loi. Il s'agit d'une pensée révolutionnaire pour l'époque et qui s'inscrit, encore une fois, en faux par rapport au confucianisme. Comme le dit le *Guan Zi*, « la loi est la règle unique pour le monde entier¹² ». À noter qu'il s'agit ici d'une révolution dans la culture chinoise.

11. *Id.*, p. 257.

12. *Ibid.*

L'objectif du paradigme légiste de l'égalité n'était sûrement pas de valoriser l'égalité normative, comme le fait la culture juridique occidentale, mais de supprimer tous les privilèges sociaux traditionnels, de même que les inégalités qui pouvaient porter atteinte au roi et à la loi. Nous pouvons remarquer que l'égalité en question était hiérarchiquement fondée. Les citoyens sont égaux aux yeux de la loi, contrairement à la culture juridique occidentale où l'individu se présente égal devant la loi. Selon les légistes, le traitement que la loi prévoit est le même pour tous ; mais on ne reconnaît pas une égalité initiale et essentielle attribuée à l'homme, comme dans la culture juridique occidentale. Mentionnons qu'une des premières manifestations de la réaction confucianiste après l'éviction des légistes sous les Han fut la restauration des anciens privilèges et immunités juridiques au bénéfice des classes supérieures¹³.

L'idée de loi qui se concrétise dans ces trois caractéristiques peut se résumer en un désir de remplacer le gouvernement des hommes par le règne de la loi. Le légisme propose ainsi une révolution de la pensée juridique chinoise. Un occidental moderne aurait pu escompter que le légisme inaugure une modernisation ou une rationalisation égalisatrice, comme celle intervenue dans la société occidentale. Mais ce jugement n'aurait pas tenu compte de l'hyperréalisme de la pensée chinoise.

L'idée de loi des légistes n'est simplement pas fondée, comme dans la culture juridique occidentale, sur la base d'une transcendance, mais sur la base d'une relation où le souverain impose sa volonté à ses sujets. L'hyper-réalisme légiste introduit, en effet, l'idée de loi dans une logique tout à fait particulière, où la loi est un élément même de la réalité. La loi ne peut pas, comme dans la culture occidentale, évoquer l'idée d'un réservoir symbolique et normatif dépassant l'homme et le pouvoir, mais uniquement l'attribution factuelle du pouvoir aux détenteurs de l'autorité.

Les conséquences de cette façon de voir peuvent être étudiées en examinant la loi comme technique de pouvoir.

2.2 La loi comme technique de pouvoir

En tant que hauts fonctionnaires ou conseillers d'État, les légistes expliquent avec éloquence l'importance du pouvoir pour le roi : ce qui fait du roi un dominant n'est ni son intelligence, ni sa lignée familiale, ni sa moralité supérieure, mais seulement le pouvoir et l'habileté avec laquelle il réussit à imposer sa volonté. Il faut donc savoir comment sauvegarder le pouvoir, le renforcer et le mettre à l'abri de l'usurpation. Il s'agit ici de l'art

13. Voir P.M. CHAN, *Law and Justice. The Legal System in China 2400 B.C. to 1960 A.D.*, New York, Dunellen, 1973, pp. 35-37.

du roi (le *shu*¹⁴) que nous examinerons en tant qu'art concevant la loi comme composante technique du pouvoir. Nous décrirons d'abord la relation entre la loi et les fonctionnaires, puis la relation entre la loi et les citoyens, ces deux relations ne référant qu'à l'absolutisme de la loi.

Examinons donc la relation entre la loi et les fonctionnaires (les magistrats y étant inclus). Les légistes, comme hauts fonctionnaires et ministres, avaient une connaissance intime et détaillée des affaires administratives. Leur sens pratique se manifestait aussi dans l'élaboration d'un système administratif très développé, visant à s'assurer que la loi puisse servir au pouvoir royal pour gouverner le pays adéquatement. L'idée fondamentale est que le fonctionnaire ne doit pas porter ombrage à l'omnipotence de la loi, qu'il n'est qu'un serviteur, qu'un engrenage dans une machine.

Nous avons déjà mentionné que les légistes concevaient la loi comme absolue, comme principe de pouvoir ne pouvant être contré ou divisé qu'au risque d'être détruit ou usurpé. Lisons le Guan Zi :

[...] S'il y a deux rois, le pays ne fonctionne pas normalement. S'il y a deux chefs dans une famille, cette famille se trouve en désordre. Quand le pouvoir n'est pas suffisamment concentré, les gens ne respectent plus les ordres du roi¹⁵.

Il faut donc que le pouvoir du roi et la loi, comme expression de son commandement, soient un tout unique et incontestable, qu'il n'existe rien ni personne qui puisse porter ombrage à la loi, surtout pas un fonctionnaire.

Même si le roi règne par la loi, il a besoin de fonctionnaires pour la rendre efficace. Les légistes préconisent en conséquence que le roi délègue des pouvoirs aux fonctionnaires pour appliquer la loi. Mais pour exclure toute possibilité d'usurpation du pouvoir du roi et de la loi, les légistes recommandent certaines précautions.

Comme le roi gouverne par la loi, ses fonctionnaires doivent faire de même. Selon la logique confucianiste, ils ne doivent pas « faire à leur guise » : ils ne doivent pas substituer leur propre jugement à la loi mais l'appliquer strictement. Celle-ci doit donc être cohérente avec la stratégie de pouvoir des légistes pour que ce soit vraiment la loi qui soit appliquée et non pas des jugements personnels. Les initiatives personnelles doivent être sévèrement réprimées. Le *Guan Zi* l'affirme comme suit :

[...] Quand la loi est cohérente, elle devient un ensemble de règles uniques, suivies par les fonctionnaires. Quand la loi est claire, les fonctionnaires peuvent ajuster leur action sur elle. Sinon, ils la méprisent et font à leur guise [...] La crise du pays commence par là¹⁶.

14. Voir Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 311.

15. *Id.*, p. 283.

16. *Id.*, p. 264.

La loi doit aussi être claire et détaillée. Han Fei le dit de cette façon :

[...] Quand les textes sont moins précis, les gens se disputent. Quand la loi est abstraite et ambiguë, les gens doutent des jugements. C'est ainsi que les textes classiques sont détaillés et la loi du roi sage toujours précise¹⁷.

La loi, comme technique de pouvoir, doit aussi être publiée pour que tout le monde puisse contrôler et vérifier son application. Selon Han Fei : « [...] La loi est inscrite dans le code civil, expliquée par le gouvernement et publiée pour le peuple¹⁸ ». Aussi :

[...] Les lois doivent être réunies et affichées sous forme de tableaux [...] exposés dans tous les offices administratifs, elles doivent être rendues publiques dans l'ensemble du peuple [...] Il y a loi lorsque les décrets ont été affichés et que les châtiments et les peines paraissent inévitables à tous les esprits. Les récompenses sont attachées à l'observation respectueuse des lois et les peines à leur violation¹⁹.

Certes, la loi doit être publiée pour avertir le peuple de ce qui l'attend s'il porte atteinte à la loi, mais aussi pour pouvoir contrôler les fonctionnaires dans leur travail.

C'est aussi son caractère public qui la rend obligatoire. Il s'agit là d'une position entièrement moderne, qui contraste avec la possibilité pour le sage confucianiste de découvrir (de créer artificiellement) de nouvelles dispositions légales.

Cet aspect de la loi considéré comme technique de pouvoir se résume, comme nous l'avons mentionné plus tôt, dans la construction d'un système administratif hiérarchisé, détaillé et fonctionnel. Si on le compare avec les systèmes administratifs européens de la même époque, force est de constater que le système chinois était redoutable dans son efficacité. Signalons uniquement la question du choix des fonctionnaires, telle que l'envisagent les légistes. Ces derniers considéraient que la sélection des fonctionnaires devait se faire à partir de la base, dans les provinces, en favorisant l'acquisition d'une expérience pratique. Les fonctionnaires, comme les généraux de l'armée, devaient commencer au bas de l'échelle et n'obtenir de promotion qu'au mérite. En fait, les légistes préféraient un système basé sur le mérite au système des lettrés confucianistes. Il va sans dire que le caractère révolutionnaire qui se cache dans ce projet légiste représente une des occasions ratées pour la culture chinoise.

Le deuxième aspect de la loi comme technique de pouvoir concerne la relation entre la loi et le peuple. Comme ce dernier peut représenter une menace pour la loi ou, du moins, lui porter ombrage, il est tout à fait

17. *Id.*, p. 266.

18. *Id.*, p. 274.

19. Han Fei, cité par M. GRANET, *op. cit.*, note 5, p. 465.

conforme à l'esprit des légistes d'observer que la loi doit d'abord « vaincre » le peuple :

Tous les anciens rois qui réussirent à vaincre le monde avaient vaincu d'abord leurs peuples ; ceux qui réussissent à triompher de leurs ennemis ont d'abord triomphé de leurs sujets. Le point crucial pour vaincre le peuple consiste à le dissuader²⁰.

La loi est faite par le roi et elle exprime sa volonté. Le roi n'a donc besoin ni de raisons ni du consentement du peuple. Il est important de remarquer comment le texte écarte toute possibilité de convaincre, en privilégiant la notion stratégique de vaincre et de triompher. En fait, le roi et la loi doivent vaincre le peuple selon une perspective militaire de soumission et de défaite. Pour que la loi soit tout, le peuple doit n'être rien.

Cette volonté de vaincre le peuple s'accompagne chez les légistes d'une volonté de nivellement social. Selon eux, seules la guerre et l'agriculture doivent être encouragées, ce qui entraîne la possibilité de supprimer ou d'éliminer les classes « dangereuses » aux yeux des légistes : les commerçants, les artisans (de produits de luxe), les ermites, les intellectuels, les enseignants, les moralistes, les philanthropes et autres groupes du genre²¹. Il s'agit, pour les légistes, de classes inutiles, dangereuses et susceptibles, par leur richesse ou leurs idées, de porter atteinte à la suprématie de la loi.

Les légistes considèrent la loi comme la seule idéologie acceptable et permise dans la société. Le *Shen Zi* l'exprime de cette façon :

La loi doit être la règle stable de l'administration du pays. Par conséquent, il est défendu aux sophistes de préconiser ce que la loi interdit, aux fonctionnaires et aux intellectuels d'accomplir des exploits et de fonder leur réputation en dehors de la loi²².

Plus significative encore est l'opinion que la loi comme idéologie officielle exprime la « vérité » pour les individus. Comme le dit Han Fei :

[...] Dans le pays du roi sage, les livres n'existent pas, la loi fait fonction de texte officiel pour éduquer les masses. Il n'y a pas de citations de paroles de rois anciens pour servir à l'instruction ; les fonctionnaires tiennent lieu de professeurs au peuple. Les duels sont interdits ; on n'obtient la gloire que sur les champs de batailles. C'est ainsi que les paroles et les comportements de tous les citoyens se conforment à la loi²³.

Il n'y a pas de vérité en dehors de la loi, tel est le message des légistes. La loi, c'est la vérité du pays. Il s'ensuit que la vérité est artificielle, créée par les hommes, mais surtout que la question de l'autorité se conjugue avec les critères du jugement juridique, scientifique et social.

20. Shang Yang, cité par Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 268.

21. A. WALEY, *op. cit.*, note 1, pp. 170-176.

22. Cité par Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 264.

23. *Id.*, p. 255.

Nous sommes ici devant un des aspects les plus importants de la culture juridique chinoise, sinon de la culture chinoise tout simplement. Car le paradigme selon lequel la loi, et le roi derrière la loi, décident en toute quiétude de la « vérité » a des conséquences énormes. Ce paradigme a largement condamné la culture chinoise à être une culture mimétique où l'innovation devient suspecte.

L'intérêt de cette façon de concevoir la loi comme technique de pouvoir est que la loi est pensée et intellectualisée dans une perspective stratégique. La loi est un pion utilisé d'une façon stratégique pour vaincre sans qu'il y ait de bataille. Il s'agit ici d'un des aspects particuliers de la culture chinoise qui, en pensant la « guerre », la supprime dans une pensée stratégique où la victoire est déjà assurée par la position des pions.

2.3 L'efficacité de la loi selon les légistes

Analysons maintenant la question de l'efficacité de la loi. Le roi possède donc, selon les légistes, deux instruments pour que se réalisent ses desseins politiques : la récompense et le châtiment. Pour analyser ces instruments, nous devons d'abord faire, hyperréalisme légiste oblige, une incursion dans la question de la nature de l'homme ou, pour éviter la métaphysique occidentale, la question de la motivation empirique ou « behavioriste » de l'homme²⁴.

Débutons une fois de plus avec le confucianisme. Le confucianisme classique enseigne que l'homme est, par nature, bon. Si parfois des gens n'ont pas un comportement correct, le confucianisme enseigne que c'est parce qu'ils ont perdu leur bonne nature sous la mauvaise influence de la société. La société corrompt l'homme, selon le confucianisme classique. Pour cette raison, le perfectionnement (l'éducation éthique) convient à tous pour leur rappeler leur nature perdue et réformer leurs défauts.

Pour les légistes, le paradigme de l'égale bonté de l'homme représente un piège à éviter, un piège justifiant l'inégalité devant la loi. De même, en justifiant le processus de perfectionnement éthique des personnes, il porte ombrage au pouvoir absolu du roi, puisqu'il se substitue à la loi comme expression de l'ordre social. L'intention des légistes, en insistant sur « l'intéressement », sur l'intérêt concret et empirique de chaque personne, est de chercher à justifier l'égalité devant la loi, de même qu'à assurer le rôle concret et pédagogique de la loi. L'efficacité se réfère ainsi dans le légisme

24. Voir B.I. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 5, p. 321 qui désigne tout le légisme comme « The Behaviorist Science », et FUNG Yu-Lan, *op. cit.*, note 5, pp. 327-330, qui donne les citations principales de Han Fei sur cette question.

à l'effet pédagogique de la loi, qui incite à se soumettre sans condition et sans réserve.

Selon les légistes, l'homme tel que l'on peut l'observer empiriquement est soumis à ses intérêts, à ses « appétits ». La possibilité de créer légalement une sphère socialisée lui permettant de vivre en paix avec ses semblables nécessite, par conséquent, que le souverain prenne conscience de ce fait et l'utilise dans la loi pour s'assurer de son efficacité.

La motivation sociale de l'homme est, selon le légisme, concrète et empirique. Le légisme ne refuse pas l'altruisme, l'amour ou la solidarité, mais souligne que de tels actes sont individuels, isolés, et surtout sujets aux vicissitudes des sentiments irraisonnés. L'intérêt prime donc par sa généralité, ce que Han Fei exprime de cette façon :

[...] Quand un garçon est né, ils [les parents] se félicitent. Quand une fille est née, ils la tuent parfois. La racine de cette différence d'attitude vient d'une considération, d'un calcul d'intérêts à long terme. Ainsi, même les parents traitent leurs enfants en calculant leurs intérêts, alors peut-on agir autrement quand il n'y a pas de liens de parenté²⁵ ?

L'intérêt représente quelque chose de concret et de stable dans l'ordre social :

La relation entre le fils et la mère est l'amour, mais celle entre le roi et ses sujets concerne le calcul des intérêts. Alors que même une mère n'arrivera jamais à diriger sa famille seulement avec de l'amour, peut-on espérer que le roi puisse gouverner son pays uniquement par l'indulgence ? ... Ceux qui assurent le pouvoir du roi n'ont rien à faire de la bonté et la bienveillance ... Par contre, ces qualités le détruiront tout autant que la cruauté²⁶.

Il faut souligner qu'il n'est pas question d'intérêts communs ou d'une quelconque docte combinaison d'intérêts publics et privés, mais uniquement et cruellement d'un hyperréalisme attestant que la motivation du roi n'a rien à voir avec celle du peuple. C'est le roi qui fait le calcul des intérêts selon ses desseins, insondables pour le peuple. Quant aux intérêts du peuple, ils sont matériels, palpables et concrets. Le peuple veut du pain, des maisons et d'autres choses du même genre et le roi peut les leur donner pourvu que ce soit à son avantage. Il faut ainsi que le peuple reste toujours sur sa faim.

Nous pouvons dire que ce système de calcul d'intérêts se résume à un utilitarisme poussé à son extrême. Comme dans l'utilitarisme de Bentham et de Mill, il s'agit d'un utilitarisme ouvertement amoral et non-éthique. Mais, cette forme d'utilitarisme est plus perfectionnée et empirique que l'utilitarisme occidental développé par Bentham et Mill, en ce qu'elle n'invoque pas une quelconque fondation ontologique soi-disant scientifique,

25. Cité par Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 278.

26. *Id.*, pp. 255-256.

mais se réalise dans l'exploitation directe, à la fois draconienne et subtile, de la psychologie individuelle.

Sur la base de cette conception « behavioriste » de la psychologie humaine, il n'est pas étonnant de constater que le roi doit appliquer la loi à l'homme selon des paramètres qui lui correspondent, à savoir une logique de récompense et de châtement.

Les récompenses représentent une faible portion du système légiste. Elles visent avant tout la construction d'une administration centralisée et le contrôle des fonctionnaires. Son sens est que les fonctionnaires ne doivent recevoir comme récompenses (traitement, gratification et honneur) que celles qui vient du roi. Ce qui concorde parfaitement avec le rôle des légistes comme organisateurs d'une administration au service du roi seul.

Plus largement, la notion de récompense est en parfaite harmonie avec la vision stratégique des légistes, voulant que le peuple canalise ses forces dans l'agriculture et la guerre afin de renforcer le pouvoir du roi. Écoutons Shang Yang à ce sujet :

Ainsi, ceux qui gouvernent habilement le pays, fixent une seule voie aux citoyens pour leur carrière (à savoir l'agriculture et la guerre) ... Quand les citoyens voient que la récompense du roi ne vient que par cette voie, ils la suivront²⁷.

Personne ne pourra devenir riche, obtenir un poste dans la fonction publique, acquérir de l'honneur ou de la renommée que s'il l'obtient comme récompense du roi. C'est le roi seul qui doit distribuer ces récompenses, et on ne peut les obtenir que par lui. C'est par le roi que tout s'obtient et non pas à la suite d'une évaluation publique ou faite par des pairs. Une telle évaluation devient même néfaste dans ce système et doit être combattue.

Tandis que les récompenses ne concernent que la politique et les stratégies du roi, les peines et les châtements ont, quant à eux, une portée beaucoup plus large. Ils sont l'essence même de l'obéissance de tous à la volonté d'une seule personne. Le légisme rejoint ici le confucianisme juridique, en qualifiant la loi par le châtement, ce qui semble d'ailleurs avoir eu comme effet d'identifier la loi au châtement pénal dans la culture chinoise²⁸. Quoi qu'il en soit,

[...] Le peuple craint la loi sévère et la sanction impitoyable. Ainsi, le roi sage impose ce qu'il craint afin de prévenir les crimes, de sorte que le pays se trouve stable et

27. *Id.*, p. 231.

28. Rappelons que les premières lois de l'Occident, comme celles de Hammourabi ou de Rome, règlent toutes des affaires « privées », comme des transactions commerciales, etc. La loi réglant les affaires « publiques » est, généralement parlant, un phénomène juridique moderne dans la culture juridique occidentale.

en ordre. Je m'aperçois donc que la bonté et indulgence ne sont guère utiles et que la loi est seule capable de gouverner le pays²⁹.

Il est important de souligner que la menace de châtiment dépend exclusivement de la loi. Comme celle-ci exprime un unique souci d'efficacité, il n'y a pas besoin de contrepoids comme la culpabilité ou la circonscription logique du crime, comme c'est le cas dans la culture occidentale. Dans la logique légiste, la transgression est factuelle et non normative à l'égard de la loi. En fait, seule compte l'efficacité de la loi, qui se mesure à l'obéissance absolue et sans réserve du peuple. Une conséquence de cette constatation est que la crainte et la peur doivent, selon le légisme, être omniprésentes pour motiver les individus.

Dans une perspective occidentale, les légistes privilégient une doctrine de prévention générale, où la personne n'a pas d'importance. Ce qui compte, c'est l'effet que le châtiment exemplaire peut avoir sur la population. La punition doit inspirer la crainte et la frayeur pour motiver même le plus endurci des hommes. Le légisme privilégie des peines extrêmement sévères, pouvant même être jugées, selon la culture juridique occidentale, d'une cruauté inhumaine : torture, mutilation, décapitation, pour ne citer que quelques exemples. Certes, le légisme n'a pas inventé ces formes de punition, puisqu'elles existaient dans la culture juridique chinoise antérieure, mais il leur attribue une légitimité à l'intérieur même de l'idée de loi, ce qui a eu comme conséquence de les pérenniser.

Le châtiment ne concerne pas uniquement l'individu en tant que tel, mais peut s'étendre à toute sa famille, à sa parenté ou encore à son groupe ou unité. Raffinant les moyens d'inculcation de la crainte, les légistes inventent une panoplie de systèmes de supervision et de responsabilité collective, où la crainte de punition pousse les individus à l'autocensure et à l'autocontrôle collectif. Le seul qui puisse échapper à la responsabilité collective est celui qui dénonce les autres. En effet, le légisme considère le recours à la délation comme un véritable art du pouvoir.

En somme, le pouvoir de donner une récompense ou d'infliger un châtiment est un instrument crucial pour le pouvoir. Les légistes pensent cette logique de récompenses et de châtiments en fonction de l'affirmation du pouvoir royal. Comme Shang Yang le dit :

[...] Dans un pays bien gouverné, les sanctions dépassent toujours les récompenses. Chez un roi sage, la proportion entre les sanctions et les récompenses est de neuf pour un. Alors que dans un pays faible, cette proportion est d'une sanction pour neuf récompenses³⁰.

29. Han Fei, cité par Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 256.

30. Cité par Xu Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 254.

La loi des légistes n'instaure donc pas un quelconque droit pénal, mais plutôt un droit bureaucratique accompagné d'une logique de récompenses et de châtiments pour le rendre efficace.

2.4 Le *wou wei* légiste

Le côté draconien du système de récompenses et de châtiments appliqué directement aux individus devra cependant être évalué en examinant l'autre versant de l'efficacité de la loi, à savoir, la loi comme « le règne du non-agir » comme application du *wou wei* des taoïstes³¹, mais du *wou wei* pensé autrement que chez les taoïstes. Disons d'abord quelques mots sur ce paradigme.

Le paradigme du *wou wei* est le point cardinal de la pensée taoïste. Il signifie « ne rien faire pour tout faire » ou, en d'autres mots, le *Tao* lui-même qui « reste toujours sans action et pourtant réalise tout³² ». Le taoïsme se construit sur la croyance d'un ordre commun à la nature et à la culture, ordre qui rythme l'univers, les animaux et les hommes, et que la pensée chinoise classique concevait comme unitaire. Le sage ou le Prince qui adopte le principe de *wou wei* n'intervient donc pas dans le cours des choses, mais laisse les choses suivre leur cours et leur rythme. Le sage fonctionne en exerçant un guidage mythico-religieux, tel un aimant qui attire les individus vers lui tout en les laissant aller à leur spontanéité naturelle, à leurs propres « lois » naturelles.

Là où le paradigme du *wou wei* taoïste exprime plutôt une passivité, le légalisme prône, quant à lui, une politique active et agressive et des méthodes d'intervention instrumentales et utilitaristes. L'utilisation que les légistes font du paradigme du *wou wei* est donc le contraire de ce que prônent les taoïstes. Écoutons Han Fei :

Les affaires de l'État sont abondantes et compliquées. Mais il n'y a qu'un point crucial au centre. Le roi sage surveille simplement ce point en confiant le reste aux fonctionnaires. Ainsi, il n'a rien fait apparemment et les choses s'arrangent³³.

Ou encore le *Shen Zi* :

Les anciens rois ne s'épuisaient pas dans l'administration du pays. Ils confiaient les affaires de l'État à la loi ou la justice aux sanctions et aux récompenses. Ils ne contraignaient pas la loi céleste ni la nature humaine, ne reprochaient pas de petites fautes à leurs sujets et n'insistaient pas sur les questions insolubles ... Ils ne

31. FONG Yeou-Lan, *Précis d'histoire de la philosophie chinoise*, Paris, Payot, 1952, pp. 176-178.

32. M. KALTENMARK, *op. cit.*, note 7, pp. 38-40 ; J. NEEDHAM, *op. cit.*, note 5, pp. 68-70.

33. Cité par XU Zhen Zhou, *op. cit.*, note 1, p. 283.

s'occupaient pas des questions en dehors de la loi, mais ne retardaient pas non plus des affaires décidées par elle³⁴.

La loi comme commandement du roi, selon les légistes, est ici pensée en tant que paradigme constitutif de l'ordre social. Quand la loi règne, la stabilité, la prospérité et la sécurité suivent. Comme la loi a préalablement pris le pouls de la société et que son contenu exprime le système commun de motivation, elle lui permet de suivre son cours naturel spontané. Le roi n'a pas à intervenir : il laisse régner la loi.

Il convient de synthétiser le rôle de la loi comme système de récompenses et de châtiments et le paradigme du *wou wei*. Notre culture occidentale nous a habitués à des jugements dyadiques qui opposent une notion à une autre. Par exemple, nous opposons le bien au mal. Dans la culture chinoise, une telle approche n'a aucun sens, puisqu'elle considère que de telles notions sont liées, complémentaires et alternatives. Ainsi, le plus grand bien peut sortir du plus cruel et impitoyable mal. Ainsi en est-il de la relation entre l'aspect utilitaire et sévère de la loi et le *wou wei*. En fait, les légistes pensent la loi de façon utilitaire et sévère pour mieux réaliser le *wou wei*.

Le raisonnement légiste peut être expliqué grâce à la citation suivante :

Ainsi, punir sévèrement un criminel pour dissuader tous les autres dans le pays constitue un bon procédé. Maintenant, les gens qui ne savent pas gouverner un pays qualifient les sanctions sévères de cruauté. Ils allèguent que si une sanction légère peut dissuader les *malintentionnés*, pourquoi faut-il l'alourdir ? Cette vision est tout à fait naïve. Dans la réalité, ceux qui peuvent être dissuadés par une sanction sévère ne sont pas forcément arrêtés par une sanction légère. Mais ceux qui peuvent être dissuadés par une sanction légère le sont automatiquement par une sanction sévère. Donc, quand le roi impose des sanctions sévères, les crimes disparaissent et ces sanctions sont, par conséquent, non employées. Dans ce cas-là, est-ce que les sanctions sévères sont cruelles³⁵ ?

La réponse qui s'impose, selon Han Fei, est évidemment que les sanctions sévères ne sont pas cruelles comme les confucianistes le prétendaient, mais appropriées puisqu'elles font diminuer la somme totale de souffrances. En fait, plus la sanction est cruelle et appliquée strictement, plus les gens sont susceptibles de suivre les lois. Si le plus grand nombre possible de personnes suivent les lois, les peines cruelles et strictes ne peuvent concerner que quelques individus irréductibles et dangereux. Ce qui fait, en somme, que la totalité des peines soit réduite à son minimum. Aux légistes d'indiquer qu'une cruauté bien pratiquée représente le plus grand bien pour l'ordre social.

34. *Id.*, p. 262.

35. *Id.*, pp. 267-268.

L'utilitarisme légiste et un système de sanctions expéditif permettent ainsi à l'ordre social de suivre son cours naturel et au roi de le contempler. Le roi n'a rien à faire car il a tout fait. Comme le cœur (selon la culture chinoise) ou la tête (selon la culture occidentale), il peut observer et contrôler le cours des choses. Il est comme un « manager » moderne qui, dans l'anonymat de son bureau, veille à ce que tout marche selon ses plans ou encore comme le parfait « autopoïésien » moderne cher à Luhmann ou Teubner, qui regarde le système fonctionner parfaitement dans toute sa splendeur.

Comme l'homme n'a plus de place sinon comme objet, l'efficacité de la loi s'affirme comme un système qui fonctionne de façon autonome, sans que soit nécessaire aucune intervention de qui que ce soit. La loi, en assurant l'autoreproduction du système, lui confère ce caractère automatique qui est l'essence même du cosmos dans la culture chinoise. Inutile donc de dire qu'il n'y a là de place ni pour des juristes ni pour des avocats, ni même pour des juges indépendants se croyant investis d'une mission comme celle de réaliser et de dire la justice. La seule nécessité est d'avoir des administrateurs pour assurer le fonctionnement d'un droit entièrement bureaucratique.

2.5 Quelques remarques sur le légisme

L'idée de *fa* (de loi) se révèle dans le légisme comme un système très élaboré de contrôle et de répression de la population. C'est d'abord et avant tout un système conçu pour gouverner, pour planifier et pour assurer une harmonie irénique de l'ordre social. Le légisme prône un droit entièrement bureaucratique. C'est un droit conçu pour administrer le pays comme si les personnes étaient des « choses », l'antithèse complète d'un État de droit.

Le confucianisme et le légisme se complètent ainsi dans le refus unanime d'un État de droit. Certes pour des raisons divergentes : le confucianisme croit au gouvernement par les hommes moralement « supérieurs », tandis que le légisme croit à un droit bureaucratique. Ils se complètent dans le fait que le droit bureaucratique permet à ces hommes moralement « supérieurs » de toujours se tenir aux postes de commande. Grâce précisément à cette complémentarité que nous avons signalé dès le départ, l'élite lettrée confucianiste s'est tenue au pouvoir et a gouverné au moyen du droit bureaucratique des légistes.

Conclusion

L'interrogation d'une autre pensée et d'une autre culture nous permet le plus souvent de renouveler le regard que nous pouvons porter sur notre

propre culture. La différence entre les cultures juridiques chinoise et occidentale se dessine dans la façon de penser le phénomène juridique : l'absolutisme de la loi et l'obéissance bureaucratique dans la culture chinoise, la souveraineté de l'individu et le projet irréductible de justice dans la culture occidentale.

Quelques mots encore pour terminer notre analyse de la contribution légiste à la culture juridique chinoise. En fait, beaucoup de choses ont changé en Chine depuis la période des Zhou de l'Est, qui avait vu naître le confucianisme et le légisme, les deux piliers de la culture juridique chinoise. La société chinoise a, depuis lors, géré des transformations et des mutations profondes. Pendant le dernier siècle, la Chine a changé économiquement, politiquement et socialement d'une façon si drastique que nous pouvons faire une analogie avec la période des Zhou de l'Est. Ces changements ont aussi eu des conséquences profondes pour le droit chinois. Il est significatif qu'aussi bien le républicanisme moderne du début du siècle que le régime communiste contemporain aient tenté, chacun à sa façon, de réformer et de moderniser la conception culturelle du *fa* et de l'harmoniser avec l'héritage du *li*. Or, au-delà de la question pressante et culturellement difficile de réformer et de redessiner la conception traditionnelle du *li* et du *fa*, il nous semble que tout projet de modernisation ne peut se réaliser qu'en aménageant une place pour un troisième pilier, à savoir, le *jus* moderne et un véritable État de droit³⁶. En insistant sur cette constatation, nous pouvons souligner deux absences majeures dans la culture juridique chinoise.

Premièrement, c'est l'absence d'une culture de l'argumentation et de l'adversité. La culture juridique occidentale trouve son origine dans la lutte entre des rivaux égaux. Ce n'est pas sans raison que la culture juridique occidentale pense qu'il n'y a de droit que là où il y a égalité, et qu'il y a absence de droit là où il y a inégalité. Le modèle occidental pense le droit selon un modèle où deux combattants se font face et se battent pour déterminer un vainqueur. La culture juridique occidentale est profondément et essentiellement polémique. La résultante de cette conception polémique occidentale est, sur le plan politique, de forcer l'État à rendre compte de ses motifs, de ses raisons et de ses évaluations, de même que de forcer les responsables politiques à rendre compte de leurs politiques. Le droit sert la politique en assurant un espace public, sans pour autant être réductible à la politique.

36. Voir Xuefeng Qi, *op. cit.*, note 2, p. 959 : « Il est indéniable que la Chine s'engage à peine dans le chemin menant à un État de droit. De toute évidence, si on dit que la Chine a fait des progrès vers la légalité socialiste, elle n'en est qu'à ses premiers pas ».

Or, nous avons pu constater, aussi bien dans le légisme que dans le confucianisme, que le phénomène juridique est pensé comme totalité irénique. Nous avons vu comment le légisme établit la loi comme totalité organique exprimant l'harmonie sociale. De même, nous avons vu comment le confucianisme et le système du *li* expriment une harmonie associée à la douceur de la musique³⁷. Il s'ensuit qu'autant le *li* que le *fa* se vivent et se réalisent dans une harmonie toujours présupposée irénique. Ils ne peuvent être ni discutés ni justifiés qu'au risque d'une dissidence qui est en elle-même une négation, donc une transgression. En fait, le combat judiciaire, dans son sens occidental, devient un scandale, une calomnie ou une dissolution de l'ordre social. Le pouvoir (l'administration) n'a donc pas besoin d'argumenter, de trouver de bonnes raisons, de convaincre. Il préfère l'ombre des bureaux où ne fleurit que le droit bureaucratique, la plaie millénaire de la Chine.

Deuxièmement, nous pouvons insister sur l'absence de droit (de *jus*), dans le sens paradigmatique que celui-ci a acquis dans la culture juridique occidentale pour caractériser le résultat particulier d'une procédure rationnelle et dialectique où s'engagent des hommes égaux. En fait, il n'y a pas de *jus* dans la culture juridique chinoise : il n'y a que l'obéissance, la soumission et la sujétion. Il est ainsi significatif de s'apercevoir que c'est le concept de pouvoir qui occupe la place normalement occupée par le droit dans la culture juridique occidentale. L'homme chinois, n'ayant pas à sa disposition de recours par le biais du langage à une idéalité qui peut le transcender, se trouve désarmé devant la réalité chinoise. Ce qui prévaut est toujours la « réalité », une réalité occupée par la bureaucratie céleste.

Nous pouvons en dernier lieu affirmer que ce sont ces deux absences majeures dans la culture juridique chinoise qui l'ont amenée à rejeter jusqu'ici tout projet de fonder un État de droit.

Nous pouvons aussi affirmer qu'il n'y a aucune raison d'oublier les événements survenus place Tiananmen, en juin 1989.

37. Shen-yu DAI, « The Confucian philosophy of music : a theory in jurisprudence », *Chinese Culture*, vol. 4, n° 1, mars 1962, pp. 9-24.