

Robert Jacob

(Directeur de Recherche CNRS, Paris)

Le juge, l'Etat et le sacré

Notes pour une histoire comparée des justices occidentale et chinoise

L'histoire du droit et de la justice peut-elle mettre en évidence un trait caractéristique qui singulariserait l'Europe occidentale par opposition aux autres cultures de l'Ancien Monde? Un trait, par conséquent qui signifierait par excellence l'écart entre l'Occident et cet autre continent qu'est la Chine?

Depuis une vingtaine d'années environ, je m'efforce de développer la thèse que l'idée de jugement de Dieu a joué un rôle majeur dans la cristallisation des cultures judiciaires européennes. La chrétienté latine est le seul système monothéiste qui ait cru pouvoir instrumentaliser la justice divine au service de la procédure. Le haut Moyen Age a exalté l'idée d'un jugement de Dieu que l'on peut appeler « objectif », en ce que la christianisation des ordalies a imposé la croyance en la possibilité de matérialiser la justice divine par le rite et de faire du « miracle judiciaire » le ressort du jugement. Cependant, à partir du XII^e siècle, un procès de rationalisation de la justice a entraîné la disparition des ordalies (jugement de Dieu objectif) et il a fait de la subjectivité des hommes l'agent du jugement. C'est à ce moment que se dessine la fracture entre deux grands systèmes: 1) la culture de *common law*, dans laquelle le verdict du jury se substitue de manière quasi mécanique à l'ordalie comme manifestation de la vérité judiciaire, ce qui détermine l'irruption d'un couple juge/jury où la fonction du premier demeure rivee à la préparation de l'intervention éventuelle du second; 2) les systèmes d'Europe continentale (*civil law*), imprégnés par le modèle ecclésiastique, où le juge assume seul les deux fonctions de dire le vrai et de dire la norme. Mais l'un et l'autre système conservent de leurs origines des traits communs: a) le principe selon lequel le prince chrétien, et à sa suite l'Etat occidental, contracte une dette de justice à l'égard de ses sujets; b) une éthique judiciaire fondée en dernière analyse sur l'idée que la justice humaine est une imitation de la justice divine; c) la conception d'une nécessaire autonomie du juge à l'égard du pouvoir politique, fondée sur la supériorité du lien qui soumet sa conscience à Dieu à l'égard de la fidélité qu'il doit à son chef politique.

Ces thèses ont été développées et exploitées dans une série d'essais dont on trouvera ci-dessous la liste. Au début des années '90, j'en ai exposé une brève synthèse dans une conférence prononcée aux journées « Justice d'Europe » organisées par la Cour d'appel de Paris (R. JACOB, 1994 a). Ce texte se terminait par l'esquisse d'une comparaison entre juge occidental et juge chinois, comparaison qui me paraissait d'autant plus pertinente que les deux figures du juge, la chinoise et l'occidentale, semblaient sur tous ces points en opposition radicale.

A quinze années de distance, je n'écrirais plus aujourd'hui dans les mêmes termes ce que j'écrivais alors. N'étant pas sinologue, je ne pouvais apercevoir la Chine qu'à travers les rares travaux à ce moment disponibles, ceux surtout d'Etienne Balasz. Depuis, les recherches menées sur l'histoire du droit chinois, en particulier par Jérôme Bourgon, ont renouvelé considérablement la vision que nous pouvions avoir du fonctionnement de la justice aux temps de l'empire. Ces journées d'études devraient fournir l'occasion de faire le point.

Je choisis de diviser cet exposé en deux parties, très différentes.

Dans la première, je me bornerai à reproduire à l'identique (sous la seule réserve de l'une ou l'autre rectifications de détail) mon texte de 1994, non en totalité, mais dans la finale, qui comporte la comparaison Occident-Chine. Ce texte a sa cohérence. Il a le mérite de la netteté, et s'il paraît avec le recul « discutable », c'est aussi au sens positif du terme, en ce qu'il reste, me semble-t-il, une base de discussion.

Dans la seconde, je reviendrai, pour les réviser, sur certaines des positions qui étaient soutenues en 1994, en particulier sur la dette de justice de l'Etat et sur l'éthique du juge, questions sur lesquelles il est nécessaire d'ouvrir de nouvelles perspectives.

I. L'Europe: une culture judiciaire commune?

[Le texte de 1994 comportait en premier lieu une réflexion sur la pluralité des systèmes juridiques et judiciaires à l'intérieur même de l'Occident, en opposant terme à terme les cultures anglaise, française et allemande. Il avançait que la différenciation s'explique d'abord par les singularités des pratiques de procédure, surtout en tant que ces pratiques sont rituelles: « c'est la structure du débat judiciaire qui détermine celle de l'ordre juridique et non l'inverse ». Cette position de principe ne va pas de soi. Elle contredit la tendance encore dominante du droit comparé qui n'attache qu'un intérêt secondaire à la procédure, en présumant qu'elle n'est jamais que le bras armé du droit matériel. Je m'efforce de montrer au contraire que la configuration du droit matériel est tributaire des pratiques de procédure, non seulement dans le champ de la common law, où l'évidence est incontestable, mais aussi dans les conditions de la réception et de l'emploi d'un corpus textuel comme celui du droit romain. La même position de principe me conduit à chercher ce qu'il peut y avoir de commun dans les cultures européennes, non dans un modèle abstrait préexistant (le droit romain toujours), mais dans des modalités spécifiques d'interaction des pratiques religieuses et judiciaires. Voici le texte de 1994:]

Un événement surtout a contribué à redistribuer les rôles, à fixer les logiques et les stratégies: c'est l'avènement du christianisme. Et cela peut-être moins, d'ailleurs, par l'influence directe qu'ont pu avoir la morale religieuse ou le droit canonique que par une sorte d'effet réflexe: parce que le christianisme a amené l'ordre judiciaire et juridique à se redéfinir par rapport aux idéaux de justice qu'il véhiculait.

Tout d'abord, le christianisme encourage à ses côtés le développement d'une pensée laïque. On ne l'a pas assez fortement souligné. Le trait n'est peut-être perceptible que par comparaison. En d'autres religions, en terre d'Islam par exemple, la loi divine est exigeante et exclusive. Elle ne souffre pas de concurrence. Les mêmes manuscrits de droit romain qui ont tant fasciné les Occidentaux du Moyen Age ont laissé indifférents les docteurs du droit musulman. C'est qu'il leur était interdit d'y puiser. Au contraire, en christianisme, le "Rendez à César ce qui est à César" a constitué pendant des siècles la source première de la légitimité d'un droit d'inspiration non religieuse. La raison juridique n'y aurait pas pris les formes qu'on lui connaît si elle n'avait bénéficié de cette impulsion.

Mais surtout, le christianisme, le christianisme latin en particulier, a exercé une influence décisive parce qu'il a investi, plus que tout autre système d'idées religieuses, la notion de jugement. Il n'est de son point de vue qu'un seul vrai juge. Et juger est un acte divin. Il en est ainsi ailleurs, dira-t-on. Mais le christianisme latin présente cette particularité de ne pas s'être représenté la justice divine sous les traits d'une pure transcendance, d'un idéal inaccessible. D'avoir admis que ce que Dieu seul peut accomplir, il est permis aux hommes, à tout le moins, de le reproduire. Pendant longtemps, ils ont cru pouvoir faire parler directement la justice divine au sein même du procès. Ce fut le règne des ordalies; le jugement de Dieu s'identifiait alors à un pur miracle. Puis ils ont répudié cette idée, ils ont confié à certains d'entre eux la tâche de distinguer les actions justes et injustes. Mais il en a subsisté une très profonde spiritualisation de la fonction de juger, l'office du juge

s'apparentant toujours à une imitation de son modèle idéal.

En Angleterre, le recours au jury se justifie, dès son apparition au XII^e siècle, par le serment des douze : c'est lui qui les transforme en juges, qui les habilite à prononcer le verdict, le *vere dictum*, la parole de vérité. Dans la tradition allemande, l'iconographie du plus important des coutumiers du XIII^e siècle, le Miroir des Saxons, représente les échevins, au moment où ils s'apprêtent à statuer, dans la position de la prière. Le jugement est un moment d'intense élévation spirituelle. En France, le siège du juge était normalement surmonté, jusqu'à la séparation de l'Eglise et de l'Etat, de la figure d'un Christ en croix. Et aujourd'hui encore, le serment des magistrats français leur fait obligation de s'acquitter *religieusement* des devoirs de leur charge : l'adverbe mérite d'être souligné car sa subsistance dans le langage officiel n'est assurément pas fortuite.

De cette imprégnation spirituelle de la fonction de juger dérivent plus d'un trait significatif, petits détails ou grandes conséquences. Du point de vue de l'historien ou de l'anthropologue, les petits détails ne sont pas les moins instructifs. Qu'un juge puisse manger, boire ou fumer pendant l'audience est une scène qui ne s'observe jamais en Europe, de sorte que l'on finit par oublier qu'elle procède en fait d'un interdit. Mais cet interdit ne va pas de soi. On rencontre même dans le champ de l'anthropologie et de l'histoire comparées la prescription inverse. Manger, boire et fumer pendant l'audience, c'est exactement ce que les instructions administratives chinoises du XVIII^e siècle recommandaient aux fonctionnaires locaux. Par ces signes, il était de bon ton que le juge manifeste sa supériorité sur les parties¹. En Europe, au contraire, le tabou de la nourriture est ancien. Il apparaît dès les temps carolingiens, où il est directement rattaché à l'obligation du jeûne, et il est attesté sans discontinuité jusqu'à nos jours. Le geste judiciaire est donc investi par la culture, de plus près que nous ne pourrions le penser. En outre, la spiritualisation de la fonction de juger entraîne des conséquences d'une tout autre ampleur. Avant de conclure, j'en évoquerai succinctement trois: la dette de justice, l'autonomie de la fonction de juger à l'égard du pouvoir politique, la déontologie du magistrat.

La dette de justice, c'est l'idée que l'Etat est débiteur de justice à l'égard de ses sujets, entendons qu'il a le devoir de trancher tous les litiges quels qu'ils soient. Que toutes les demandes, sans distinction, doivent être examinées. Cette idée procède de l'identification de la justice à une vertu à la fois chrétienne et royale, donc grevant l'Etat. Elle était générale dans l'Europe médiévale, où le manquement à ce devoir, le déni de justice, est condamné par tous les grands textes. Mais elle n'est pas universelle: le fonctionnaire chinois que je viens d'évoquer n'est pas débiteur de justice mais débiteur d'ordre: il ne lui faut trancher que les querelles qui lui semblent menacer la paix publique et il renvoie normalement les autres à des arbitrages privés². La charge que constitue pour l'Etat le service de la justice, y compris quand elle devient surcharge, arriéré judiciaire, trahit donc d'abord une pesanteur culturelle.

Quant à l'autonomie de la fonction de juger à l'égard du pouvoir politique, elle a des racines anciennes, bien antérieures à l'émergence de la théorie moderne de la séparation des pouvoirs. Elle se dessine également au coeur du Moyen Age. Dès le XIII^e siècle, en Angleterre comme sur le continent, le roi se trouve régulièrement partie à des causes réglées par les juges qui statuent en son

¹ "Le magistrat est assis en position surélevée devant une table dans la grande salle; il peut boire du thé, il peut fumer, il peut manger et se mettre son aise. Le prévenu, agenouillé à l'autre bout de la salle, affamé et épuisé, tremble de peur." : *Manuel d'administration locale de Wang Huizu* (1793), § 47, traduit et commenté par E. BALASZ, 1968:282.

² "Mettre toute son application à écouter les plaintes et trancher, c'est bien. Cependant, là où il n'est pas nécessaire de vouloir distinguer à tout prix entre le bien et le mal, et où l'on peut restaurer la concorde, le mieux est de confier l'arbitrage aux parents et aux amis. En effet, un jugement se fonde sur la loi, alors qu'un arbitrage se fonde sur les sentiments. Or avec la loi, on ne peut pas ne pas séparer le trouble du pur; alors qu'avec les sentiments, il n'y a pas d'obstacle à trouver quelque accommodement entre ce qui est juste et ce qui est faux » : *manuel de Wang Huizu*, § 49, trad. J. Bourgon, 2007:45 (la traduction d'E. Balasz, 1968: 281, que j'avais utilisée dans mon article de 1994, est défectueuse).

nom. Il peut donc être jugé, débouté, condamné; ses actes peuvent se voir infirmés. Le corps judiciaire est ainsi habilité, jusqu'à un certain point, à censurer le corps politique. A nouveau, la règle n'a rien d'universel : l'empereur de Rome n'a jamais plaidé devant ses préfets, le calife devant ses cadis. Et si dans l'Europe médiévale elle paraît si naturelle, si cette innovation surprenante ne fait l'objet d'aucune controverse, c'est que les juges tiennent leur pouvoir d'une délégation double: du roi comme autorité suprême, mais aussi de Dieu devant qui ils exposent leur conscience. "L'indépendance des juges, disait le Président de la République à l'occasion du bicentenaire de la Cour de Cassation, est d'abord l'affaire de leur conscience". L'idée n'est pas neuve. La *conscientia* du juge, c'est ce qu'éveille le serment des jurés de l'assise royale anglaise, ce que garantit, dans le décor de la grand'chambre du Parlement de Paris, le retable figurant le Christ en croix qui fait contrepoint au trône royal dressé dans un angle. Si le juge, au nom du roi, peut juger le roi, c'est qu'il se réfère à une valeur tierce, une justice idéale dont il est le serviteur en même temps qu'il sert le pouvoir. Jean-Baptiste Domat, le grand juriste français de la fin du XVII^e siècle, qui a porté au plus loin la conception théologique du rôle du juge dans la société, en déduisait naturellement leur nécessaire indépendance. "Vous qui tenez vos charges des gentilshommes, apostrophait-il dans une harangue de 1666 adressée aux magistrats d'Auvergne, comment pourriez-vous suivre leurs passions en rendant justice ?"

Enfin le magistrat est soumis à une déontologie rigoureuse, et cela pour les mêmes raisons. "Comme vous jugez, vous serez jugés": c'est ce que proclame l'Evangile de saint Matthieu, ce que répètent à l'envi les discours moralisateurs qui lui sont adressés en abondance. Les hommes du Moyen Age et des Temps Modernes ont eu le très vif sentiment que le magistrat, dans son activité professionnelle, exposait son salut plus que tout autre. C'était d'ailleurs la source et le signe de la légitimité de son pouvoir. On en conclut que sa faute devait être d'autant plus sévèrement sanctionnée. Dans nos traditions juridiques, la corruption, la prévarication, l'abus de pouvoir, voire la simple erreur judiciaire, sont beaucoup plus rigoureusement punies lorsqu'ils sont l'oeuvre d'un juge que lorsqu'ils le sont d'un autre fonctionnaire. En outre, jusqu'au XVII^e siècle, le supplice du mauvais juge est organisé avec un faste, une pompe, un souci d'ostentation hors du commun: c'est que le châtement implacable de la faute paraît le meilleur garant de l'exercice normal de la justice. Si la corruption du juge a aujourd'hui virtuellement disparu d'Europe, c'est à cette imprégnation séculaire que nous en sommes redevables. Encore une fois, la pratique est loin d'être partout répandue. Elle démarque par exemple la morale judiciaire européenne des nombreuses cultures où la rémunération du service de la justice est normalement assurée par les parties, et où la frontière entre la corruption du juge et la juste rétribution de sa peine n'est jamais clairement tracée³.

Au total, nos différents systèmes juridiques et judiciaires ont beaucoup en commun, et beaucoup de traits que nous regardons comme essentiels. Nous ne pourrions pas imaginer l'Etat de Droit sans les principes, l'enveloppement moral des pratiques judiciaires et des gestes de la procédure que je me suis attaché à retracer ici. Mais ces règles élémentaires paraissent souvent si simples, si naturelles, qu'elles sont rarement exprimées dans toutes leurs implications. Les droits nationaux comportent en général peu de prescriptions qui ont pour objet de les garantir. La Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme n'y touche qu'à travers les exigences son article 6. Si celles-ci ne sont pas plus controversées en théorie qu'elles ne sont violées dans la pratique, à tout le moins en ce qu'elles regardent l'intégrité et l'impartialité des juges, c'est bien que toutes les nations sont portées à les rencontrer par des sensibilités communes à l'égard du judiciaire et de son rôle dans la société. J'en retiendrai pour ma part cette conclusion que c'est à l'extérieur du discours juridique et de ses catégories dominantes, dans le non-dit, le senti, l'implicite, que se manifeste avec le plus d'acuité la permanence d'une culture judiciaire commune.

³ C'est à nouveau la Chine traditionnelle qui fournit le contre-exemple le plus frappant. Cf. l'analyse qu'en donne E. BALASZ, 1968:285 s.: "J'irais jusqu'à dire qu'il n'y eut *jamais* de ligne de démarcation entre pots-de-vin ordinaires et corruption extraordinaire et qu'il est impossible de définir leurs limites respectives, attendu que *la corruption faisait partie du mode de vie normal, ordinaire, institutionnalisé.*" (p. 287).

II. Le juge et le sacré en Occident et en Chine: une révision

La comparaison Occident-Chine esquissée dans ces pages est assurément trop sommaire. Parmi les points sur lesquels elle mérite d'être revue, on en retiendra deux: la dette de justice d'abord, question pour laquelle les travaux récents me conduisent à réaffirmer plus fermement, sinon dans les mêmes termes, ce que j'avançais il y a quinze ans; l'éthique du juge ensuite, pour laquelle je proposerai à l'inverse une correction substantielle.

Le juge, débiteur de justice ou débiteur d'ordre?

Dans l'histoire occidentale, la notion de dette de justice ne remonte pas à la plus haute Antiquité. Ni la cité grecque ni la romaine ne furent au sens propre débitrices de justice. A l'époque du droit romain classique, la *jurisdictio* ne vise à régler qu'une partie des litiges d'une partie de la population. Les choses changent à partir de la christianisation. En écho aux paroles du Christ, « bienheureux ceux qui ont soif de justice, car ils seront rassasiés », le roi européen est dépositaire d'une mission de justice terrestre, qui se conçoit comme une anticipation de la justice divine de la fin des temps. Charlemagne promet à ses sujets l'avènement d'un « royaume de la justice ». Le serment du sacre des rois ne leur impose qu'une seule obligation positive, celle de rendre justice à leurs sujets. Au nom du devoir d'accueillir tous ceux qui ont soif de justice, sans distinction, aucune plainte ne peut être déclarée irrecevable par le fait que ses enjeux seraient tenus pour dérisoires. Il s'ensuit, dans l'Europe de la fin du Moyen Age (XIIIe-XVe siècles), une multiplication stupéfiante du nombre des procédures et des tribunaux. La justice civile, celle des conflits privés les moins violents, se développe avec un temps d'avance sur la justice pénale et le droit civil se pose en supériorité intellectuelle et symbolique vis-à-vis du pénal, ce qui d'ailleurs a perduré jusqu'à nos jours.

La justice de l'empire chinois s'est développée tout autrement. On sait qu'elle n'est pour l'essentiel que pénale, l'intervention du fonctionnaire dans le conflit privé étant facultative, ce qui a entraîné l'atrophie du droit privé, sinon son absence totale. La prévention et la régulation des conflits particuliers s'opèrent en dehors de la justice d'Etat. C'est une idée commune aujourd'hui, depuis des travaux de Max Weber, que l'Etat est l'ordre juridique qui revendique sur un territoire déterminé le monopole de la contrainte physique, lequel entraîne, dans chaque cas de transgression de ce monopole par un acte de violence privée, la réponse automatique d'une sanction proportionnée. Dans la conquête de ce monopole, la Chine a probablement devancé l'Occident d'un bon millénaire. Alors que l'Etat occidental ne paraît l'imposer vraiment qu'à partir du XVIIe siècle, la rédaction du code pénal des Tang semble montrer que ce stade est atteint en Chine dès le VIe siècle au moins – même si, bien entendu, le monopole étatique de la violence a pu être rendu inefficace localement ou temporairement, en raison de circonstances particulières, comme les guerres, les invasions, les révoltes, etc. La réserve formelle à la ratification personnelle de l'empereur lui-même de toute décision d'application de la peine de mort, sur l'ensemble du territoire, est la manifestation la plus éclatante de ce monopole. De même, le gouvernement impérial chinois a un ministère des Châtiments, là où l'Etat occidental a ce ministère de la justice que constituent de bonne heure les chancelleries. A l'échelon local, le magistrat chinois est responsable de l'effectivité du monopole, donc de l'ordre public et de l'application du droit pénal, en même temps que ses pouvoirs dans le domaine économique le mettent en charge de la subsistance et de la prospérité du peuple.

Dans l'exercice de sa mission, le juge chinois ne se sent nullement obligé de rendre à tous les sujets, indifféremment, une justice abstraite. Il se sent seulement tenu de rendre celle qui est le plus utile à l'ordre public et à la prospérité. Au temps de Yuan Mei (XVIIIe siècle), les juristes chinois ont débattu de l'opportunité de convertir les châtiments corporels en amendes pécuniaires. Il s'agissait seulement de peser les avantages et les inconvénients d'une telle conversion: d'un côté

l'allègement des charges fiscales pesant sur le plus grand nombre, que semblait promettre la perception des amendes, de l'autre les risques de trouble à l'ordre public que pouvait produire le relâchement de la répression sur les plus riches. La perspective du débat se situe tout entière dans l'«utilitarisme» (J. Bourgon, 1995: 105 s., 121), sans prise en compte apparente des impératifs d'une justice strictement rétributive. Dans ces conditions, faudrait-il renoncer à l'opposition d'un Etat occidental débiteur de justice et d'un Etat chinois débiteur d'ordre (comme le propose J. Bourgon, 2007: 46 et, plus fermement, 2010 b: 36 s.)? Nous ne le pensons pas. Ce serait, croyons-nous, se priver d'un instrument très précieux qui permet de penser la différence. Si l'acte de juger est, en Chine comme en Occident, l'opération effectuée par le juge pour discriminer le bien du mal dans un cas d'espèce auquel il applique en même temps une norme légale, il reste impératif de distinguer la culture où cet acte-là est dû en principe et sans restriction à tout sujet qui le demande et celle où il semble dû moins au sujet qu'à l'Etat et où il l'est sous réserve d'autres considérations non moins impérieuses, relatives en ordre principal au souci de la paix sociale.

La dette de justice est une clef d'interprétation susceptible d'ouvrir bien des portes. Je voudrais l'employer ici pour reconsidérer un problème, celui des relations entre le juge et le sacré, ou, si l'on préfère, entre la justice de l'Etat et celle du monde surnaturel.

Toutes les cultures de l'Ancien Monde, Europe, Afrique, Asie, ont connu des pratiques dites de serment judiciaire ou d'ordalie qui permettent d'éteindre les plaintes par l'exécution réussie d'un rite (R. Jacob, 1991 c). Ni la Chine ni l'Occident ne font exception. Mais les trajectoires historiques paraissent ici et là bien dissemblables. En Occident, le moment carolingien, autour de 800, a été celui d'une reconstruction de l'ordalie en «jugement de Dieu», imputé à une justice divine présumée parfaite, et pleinement assumée par la politique du pouvoir central, qui en a assuré la promotion (R. Jacob, 1991 a, 1996, 2000, 2001). Puis, avec la mutation du Moyen Age central (XIIe-XIIIe siècle), l'Eglise et les Etats héritiers du modèle carolingien l'ont répudiée pour lui substituer une justice dite «rationnelle». En Chine, tout se passe au contraire comme si la justice étatique ne l'avait ni assumée ni répudiée, mais refoulée dans les champs sociaux où elle s'abstient de pénétrer. Sauf erreur de ma part, l'histoire et l'anthropologie de l'ordalie et du serment décisoire en Chine ont été peu étudiées jusqu'à des travaux très récents (P. Katz, 2009, J. Bourgon, 2010 a). Ces travaux montrent que le règlement des litiges privés, que la justice étatique n'assume pas, passe soit par la médiation des communautés entre les parties antagonistes, soit par des rituels de serment dits décisaires ou purgatoires, qui relèvent du complexe serment-ordalie. C'est à ce complexe qu'appartient, par exemple, la rédaction d'une plainte ou accusation, qui n'est pas déférée au Yamen, mais qui fait l'objet d'un débat avant d'être rituellement brûlée au temple. En somme, une justice d'Etat, qui se veut «rationnelle» ou «désacralisée» (même si le juge ne s'interdit pas de manipuler les croyances aux fins de ses enquêtes) coexiste avec des pratiques qui seraient supposées, en Occident, relever des temps archaïques, mais que le système chinois conserve dès lors qu'elles contribuent au maintien de la paix sociale tout en déchargeant l'administration des lourds devoirs de la procédure. En Occident, le devoir de justice a amené le pouvoir à prendre parti, de manière radicalement favorable d'abord, radicalement défavorable ensuite, vis-à-vis de pratiques à l'égard desquelles la justice chinoise, en revanche, a pu demeurer largement indifférente.

De même, les rapports entre le juge étatique et la justice du monde surnaturel sont, d'un continent à l'autre, construits tout autrement. En Occident, avant la laïcisation des Temps modernes, la justice des hommes ne peut être pensée que strictement subordonnée à la justice divine. Tout un système d'images, de représentations, de récits légendaires, montre que la justice terrestre a mission d'imiter la céleste, au péril du salut du juge. Celui-ci est particulièrement gratifié dans l'Au-delà lorsqu'il rend une justice droite (à l'image de ce prince païen qui doit son salut, sans baptême, au seul effet d'un jugement droit, ou de ces juges à l'égard de qui l'exercice de la justice confère la grâce), tandis qu'inversement, le mauvais juge est soumis dans l'Au-delà à des sanctions incomparablement plus sévères que l'homme ordinaire (R. Jacob, 1994 b). En Chine, au contraire, l'analyse montre que si la justice du monde surnaturel est représentée à l'image de la justice bureaucratique de l'Etat, si l'une et l'autre sont en rapport d'homologie, la seconde n'en reste pas moins complètement indépendante de la première. L'histoire du juge Bao, héros légendaire de la

justice chinoise, qui, à la suite d'une descente aux enfers, rectifie sinon la justice infernale, en tout cas le tribut que les hommes croient devoir lui rendre, est à cet égard exemplaire (A. Garapon et Li Bin, 2008, J. Bourgon, 2010 a). Le juge chinois n'est pas plus subordonné à la justice de l'Au-delà qu'il ne devrait attendre de gratification spirituelle exceptionnelle de ses jugements. Le droit pénal, pense-t-on en Chine, est une invention des Barbares. Il ne s'est imposé aux Chinois que par une regrettable nécessité, puisque, dans une société chinoise bien policée, le respect des rites devrait suffire à assurer la concorde – ce à quoi il réussit d'ailleurs sans peine entre gens de la bonne société. Le juge est donc un gentleman qui manipule un instrument de sauvages, par nature néfaste. Son karma risque d'être compromis par l'armée des morts et des aigris qu'il contribue à lever contre lui et qui pourraient l'attendre dans l'autre monde. Ce qui nous amène à la seconde question envisagée, celle de l'éthique du juge.

Le juge, ministre d'une justice abstraite ou de l'harmonie sociale ?

C'est là un point sur lequel il me paraît le plus utile de revenir. Une lecture rapide de mon article de 1994 pourrait en effet suggérer que, contrairement à la culture occidentale qui fonde traditionnellement l'éthique du juge sur son rapport à Dieu, la Chine aurait ignoré toute déontologie judiciaire. Or rien ne serait plus faux. Dans aucune culture, ni en Occident, ni en Chine, ni en terre d' Islam, etc., l'acte de juger n'a jamais été compris comme l'application mécanique au cas d'espèce d'un texte juridique préexistant. Partout, le juge est invité à pratiquer en outre des vertus propres à son état. Partout, il est le destinataire de discours moralisateurs; partout, des *exempla* et des apologues illustrent la conduite de bon et du mauvais juge. Reste que ces discours sont de tonalités fort différentes.

Partout, sans doute, on admet que pour juger autrui, il faut n'être pas tout à fait soi-même. Celui qui resterait l'homme ordinaire qu'il est dans les temps et les lieux de la vie courante serait disqualifié. Pour bien juger, il faut s'arracher à son enveloppe commune, se dépouiller de ses passions (J. Bourgon, 1997, III-2) et donc venir occuper une autre place, ou la place d'un autre. Mais laquelle? Voici des réponses occidentales et chinoises. « Le trône de la justice est comme le trône de Dieu, écrit au XIII^e siècle le juge anglais Bracton (où ceux qui s'abritent sous sa signature); le juge y statue « à la place du roi et comme à la place de Jésus Christ, car les jugements ne sont pas de l'homme mais de Dieu » (R. Jacob, 2000: 10). A quoi fait écho à l'autre bout de l'Ancien Monde et cinq siècles plus tard Wang Huizu: « Si l'on ne se met pas à la place [de l'accusé], on ne peut requérir avec sincérité [en sa faveur, lorsque l'on transmet le dossier au supérieur hiérarchique ou aux assises d'automne] et si l'on requiert avec sincérité, si l'on tourne et retourne [tous les aspects du cas], il doit bien y avoir une mince chance de survie à faire valoir » (J. Bourgon, 2000: 34; 2001: 300). En quelques mots, tout est dit. Là où le juge occidental s'arrache à lui-même pour s'élever vers Dieu et accroître d'autant la distance qui le sépare du justiciable, le juge chinois est invité au mouvement contraire: s'extraire de lui-même, sans doute, mais pour s'identifier au justiciable par empathie. Ce qui l'amène, dans une procédure qui ignore le débat contradictoire, à tenir en seconde instance le rôle d'un avocat de la défense afin de réclamer la modération de la sentence qu'il a lui-même prononcée.

Les maximes, formules toutes faites qui émaillent au long des siècles les discours moralisateurs adressés aux juges, se situent dans le même fil. D'un côté: « comme vous jugez, vous serez jugé », « le jugement de Dieu retombera sur vous », etc. De l'autre: le juge doit savoir « arracher un vivant d'entre les morts et non jeter un mort parmi les vivants » (J. Bourgon, 2000:32; 2001: 297, 298, 301). Comprenons que la clémence qui ramène à la vie un condamné est toujours supérieure, par principe, à la condamnation qui le retranche du monde des vivants. Le juge chinois n'a pas comme l'occidental « Dieu sous les yeux », mais il doit avoir sous les yeux une société qui doit continuer à vivre, par la coexistence nécessaire des parents de la victime et de ceux du coupable. Et ce « vitalisme » est prégnant dans la représentation chinoise de la justice (J. Bourgon, 2001). Loin d'être le ministre d'une justice abstraite, le juge est d'abord comptable de l'harmonie d'une société concrète.

Cet écart se retrouve dans la façon dont est formulée et ressentie la réprobation de la corruption et des jeux d'influence. Certes, le propos d'Etienne Balasz (cité ci-dessus n. 3), en ce qu'il semble supposer en Chine une indifférence quasi-totale à l'égard de la corruption du juge, est certainement très excessif. Les recherches historiques récentes montrent tout au contraire le souci de l'administration impériale de séparer la corruption d'une juste rémunération du service de la justice et, en conséquence, de châtier le juge prévaricateur. Par ailleurs, une comparaison systématique Chine-Occident devrait prendre en compte la distance qui sépare les principes de la pratique, distance qui, au long de siècles d'histoire, n'a trouvé que trop souvent à se manifester, en Occident comme en Orient. Cela dit, à s'en tenir à la comparaison des textes où s'énoncent les principes, la différence demeure sensible. Bracton, dans le passage cité plus haut, affirme l'obligation pour le juge de répudier ce qu'il nomme les cadeaux (*munera*), qu'il classe en plusieurs catégories: les cadeaux « de la main » (l'argent qui serait directement remis dans la main du juge pour acheter une sentence), les cadeaux « de la révérence » (*obsequium*: la complaisance due à un supérieur), les cadeaux « de la langue » (ceux du discours séduisant), les cadeaux « du sang » (les solidarités qui le lient à ses parents et amis). Pour bien juger, le juge doit faire autour de lui un vide, sectionner pendant le temps du procès tous les liens sociaux qui pourraient l'attacher en tant que personne privée. Or il ne paraît pas que la morale du juge chinois soit jamais allée aussi loin. Un Yuan Mei peut bien réprover l'accaparement par le juge des amendes qu'il prononce, mais les termes dans lesquels il le fait montrent que cette pratique était largement tolérée (J. Bourgon, 1995:113). Un des ressorts de « l'affaire Wang Weiqin » a été le principe que les biens du condamné, confisqués lorsqu'est prononcée la peine exceptionnelle du démembrement, sont partagés entre le juge et la victime (J. Bourgon, 2010 b:28). Remarquables aussi sont certains récits rassemblés dans les Cas jugés sous le Poirier (approximativement contemporains de Bracton et célèbres en Occident depuis la traduction de van Gulik). On y voit le juge chinois, aux prises avec une affaire difficile, qui finit par aboutir à une solution juste (en l'occurrence la plus clémente) grâce à l'intervention de sa femme ou de sa mère (J. Bourgon, 2001:303s.). De tels récits édifiants seraient impensables en Europe. Jamais, on ne pourrait y prendre pour exemple un juge statuant sous l'influence de l'affection, et surtout pas de l'affection des femmes!

En somme, le modèle du juge occidental en fait un renonçant, comme le sont aussi le saint ou le moine. Sous ce rapport, les propos de Bracton, si on fait abstraction de leur forme typiquement médiévale, ne sont pas si loin de ce qui s'enseigne encore dans les cours de déontologie adressés aux magistrats. Mais l'idéal d'un « juge-prêtre », renonçant au monde, est précisément ce qui me semble aux antipodes du modèle du magistrat chinois. Pourrait-il, sans contradiction majeure, tenir le rôle d'un ministre de l'harmonie sociale s'il prenait le parti de s'y soustraire lui-même?

Ces considérations sont bien entendu très provisoires. Répétons qu'elles émanent d'un historien du droit occidental, convaincu de la nécessité du comparatisme, mais qui n'est pas sinologue, et dont l'information sur la Chine est nécessairement indirecte. Elles atteindront leur but si les discussions qu'elles visent à stimuler conduisent à les dépasser.

Bibliographie

E. BALASZ, 1968. *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*. Paris, 1968, rééd. 1988.

J. BOURGON, 1995. « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Quing », *Etudes chinoises*, 14-2, 1995, p. 43-151.

J. BOURGON, 1997. « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », *Extrême Orient-Extrême Occident*, 19, 1997, p. 000-000.

J. BOURGON, 2000. « Sauver la vie. De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 133, 2000, p. 32-39.

J. BOURGON, 2001. « L'équité, c'est la vie. Quelques exemples du vitalisme qui imprègne l'idée de justice en Chine », ds. Isabelle THIREAU et WANG HANSHENG (eds.), *Disputes au village chinois. Formes du juste de compositions locales des espaces normatifs*, Paris, 2001, p. 287-309.

J. BOURGON, 2007. « Le droit comme facteur de progrès dans l'histoire chinoise. Réflexions sur les lacunes du comparatisme et les spécificités de la tradition juridique chinoise », mémoire d'habilitation, dactyl. inédit, Paris, 2007.

J. BOURGON, 2010 a. « Hell of Law, Law of Hell .On some homologies between Chinese Law and Chinese hells. Religion and law as two aspects of the penal civilization in China”, à paraître dans *Temples and Local Communities in Urban China from the Ming to the Republic*.

J. BOURGON, 2010 b. “L’affaire Wang Weiqin (1904). Crime et châtement d’un mandarin » (inédit).

A. GARAPON et LI BIN, 2008. *Pour une anthropologie visuelle du procès*, produit d'e-learning en cours d'édition à l'initiative de l'*Institut des Hautes Études sur la Justice*.

R. JACOB, 1991 a. "Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne", *Histoire de la Justice*, 4(1991), pp. 53-76, réédition dans les *Archives de Philosophie du Droit*, 1994, pp. 87-104.

R. JACOB, 1991 b. "Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII^e siècle européen)", pp. 439-457, ds. R. Verdier (ed.), *Le serment. I. Signes et fonctions*, Paris: C.N.R.S., 1991.

R. JACOB, 1991 c. “Histoire et anthropologie du serment judiciaire”, p. 237-263, ds. R. Verdier (ed.), *Le serment. I. Signes et fonctions*, Paris: C.N.R.S., 1991.

R. JACOB, 1994 a. "L'Europe: une culture judiciaire commune?", conférence prononcée au colloque de clôture des journées Justices d'Europe, organisées par la Cour d'Appel de Paris, ds. *Actualités du Droit*, 1994-3, pp. 507-516; réédition dans les *Cahiers de l'Institut des Hautes Études sur la Justice. Langages de justice*, Paris, 1994, pp. 3-12.

"Jalons pour une histoire de l'architecture judiciaire", pp. 23-68, ds. *La justice en ses temples. Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Association française pour l'Histoire de la Justice, Paris-Poitiers: Brissaud-Errance, 1992 (en collaboration avec Nadine Marchal-Jacob).

R. JACOB, 1994 b. *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994, 288 pp., 165 ill. et 32 pl. H.-T.

R. JACOB, 1996. (Dir.) *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

R. JACOB, 2000 a. (Dir.) *Les rites de la justice. Gestes et rituels judiciaires dans l'Occident médiéval*, C. Gauvard et R. Jacob dir., Paris, Le Léopard d'Or, 2000.

R. JACOB, 2000 b. "Les fondements symboliques de la responsabilité des juges", ds. *Juger les juges. Du Moyen âge au Conseil supérieur de la Magistrature*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 7-23.

R. JACOB, 2001. "Judicium et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique", *L'office du juge: part de souveraineté ou "puissance nulle"*, Marie-France Renoux-Zagame et Olivier Cayla éd., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 35-71.

R. JACOB, 2008. "Le pape, l'enquête et la coutume. Sur un voyage de Vézelay à Rome en 1151", *L'enquête au Moyen Age*, Claude Gauvard dir., Rome, EFR, 2008, p. 89-120.

P. KATZ, 2009. *Divine Justice. Religion and the Development of Chinese Legal Culture*, Londres, 2009.