

JEAN ESCARRA (1885-1955) : UN JURISTE FRANÇAIS EN CHINE RÉPUBLICAINE

Hélène SIMONIAN-GINESTE,

Maître de Conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole

Avertissement sur la transcription phonétique de noms et mots chinois.

Jean Escarra utilise dans ses ouvrages la transcription de l'école française de l'Extrême-Orient (EFEO). Nous avons adopté la transcription dite pin-yin qui est actuellement la plus usitée.

Jean Escarra¹ est né le 10 avril 1885 à Paris et mort le 14 août 1955 également à Paris. Juriste, professeur à la Faculté de droit de Paris, il a enseigné le droit commercial (il fondera la revue trimestrielle de droit commercial en 1946), le droit comparé (il dirigera la revue internationale de droit privé et droit criminel) et publiera divers articles et ouvrages² dans ses deux matières. Mais ce sont ses relations privilégiées avec la Chine qui vont seules nous retenir.

Passionné par la Chine, fin connaisseur de son histoire, de sa culture et parlant parfaitement sa langue, Jean Escarra fut chargé de cours à l'Institut des Hautes

¹ http://data.bnf.fr/12487244/jean_escarra/.

² Sa thèse de droit comparé est publiée en 1907 : *Les fondations en Angleterre*, Paris, A. Rousseau, 1907. En droit commercial, il rédige divers articles à l'Annuaire de droit commercial tels que "La lettre de change en blanc" (1907), "De la valeur juridique de l'usage en droit commercial" (1910). Il traduit de l'italien le *Traité de droit commercial*, de C. VIVANTE, Paris, Giard et Brière, 1911. Il publie un *Traité théorique et pratique de droit commercial*, (collab. E. ESCARRA et J. RAULT), Paris, Sirey, 1950 et un *Manuel de droit commercial*, Paris, Sirey, 1947.

Études Chinoises, créé par Paul Pelliot et Marcel Granet³. Il aborda ses recherches sur la Chine dans une double perspective. Dans une perspective internationaliste, à compter de 1922, il fit paraître d'une part, des études de droit comparé sur la condition internationale de la Chine dans lesquelles il traitait des problèmes d'extraterritorialité⁴, de statut des étrangers⁵, de régime des concessions⁶ et d'autre part, dans les années 30, il rédigea *La Chine et le droit international*⁷ et deux ouvrages relatifs à la politique japonaise vis-à-vis de la Chine⁸. Dans une perspective plus spécifiquement axée sur le droit chinois, à compter de 1922, il s'intéressa très tôt au processus de codification du droit chinois⁹, à l'œuvre jurisprudentielle de la Cour suprême chinoise¹⁰ et aux caractéristiques de la pensée chinoise qui, pour lui, rejaillissent sur la pensée juridique chinoise¹¹ et l'expliquent.

Membre correspondant de l'Académie internationale de droit comparé pour le groupe des droits orientaux et coloniaux, il donna lecture à l'Académie, le 2 août 1928, d'une "déclaration"¹² intitulée : "*Les sources du droit actuel de la Chine*"¹³. Cette déclaration est faite non seulement en son nom mais aussi au nom de Son excellence Dr. Wang Chung Hui, juriste, diplomate, proche collaborateur

³ Paul PELLIIOT, linguiste français, sinologue et tibétologue. Marcel GRANET, sinologue, auteur de *La pensée chinoise* (1934), rééd. Paris, Albin Michel, 1999 (ouvrage auquel se réfère et que cite souvent Jean ESCARRA).

⁴ "Le problème de l'extraterritorialité en Chine", *Rev. Econ. polit*, Paris, 1923.

⁵ "Droits et intérêts étrangers en Chine", *Rev. Econ. polit*, Paris, 1927 ; réimprimé en volume avec la préface de WANG Chung Hui, Paris, Sirey, 1929.

⁶ "Le régime des concessions étrangères en Chine", *Rec. des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1929, tome 27.

⁷ *La Chine et le droit international*, Paris, Pédone, 1931.

⁸ *La position et les droits du Japon en Mandchourie*, Paris, Editions internationales, 1932 ; *L'honorable paix japonaise*, Paris, Grasset, 1938.

⁹ *Les problèmes généraux de la codification du droit privé chinois*, Pékin, Politique de Pékin, 1922.

¹⁰ *Recueil des Sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de la République de Chine, 1912-1923*, traduction, introduction et notes de J. ESCARRA, publication de la commission de l'extraterritorialité, Pékin, 1925-1926.

¹¹ L. QICHAO, *La conception de la loi et les théories des légistes à la veille des Qing*, traduction, introduction et notes par Jean ESCARRA, R. GERMAIN, Préface de M. G. PADOUX, Pékin, China Booksellers, 1926.

¹² C'est le terme qu'emploie J. ESCARRA.

¹³ Publications de l'Académie internationale de droit comparé, série 1, fasc. 1, ed. Berolini, apud Sack&Montanus, 1929.

de Sun Yixian (plus connu en Occident sous son nom en cantonais de Sun-Yat-Sen), membre actif du Guomindang 国民党 (trad. parti national) et ministre de la justice du gouvernement national. Cet épisode révèle que Jean Escarra, par sa notoriété et sa compétence, avait noué des relations avec les plus hautes sphères du pouvoir politique chinois d'alors¹⁴. Quand il est consulté en décembre 1929 par le Conseil national du gouvernement chinois sur le projet de codification du droit de la famille et du droit des successions (livre IV et V du code civil de la République chinoise)¹⁵, il lui est demandé de rassembler des matériaux de droit

¹⁴ Rappelons brièvement quelques éléments d'histoire. Après l'abdication du jeune empereur PU yi (XUAN TONG 宣统) qui marque la fin du régime impérial, en 1912, le GUOMINDANG s'empare du pouvoir et établit un gouvernement républicain. Son fondateur SUN YIXIAN est contraint de céder la présidence de la République au maître des forces armées, YUAN Shikai qui provoque d'abord la colère des républicains en dissolvant le Parlement puis, en tentant de restaurer l'empire à son profit. Le 12 décembre 1915 éclate la révolte de quatre gouverneurs de provinces (YUNNAN, GUANGDONG, ZHEJIANG, JIANGXI), qui contraint ce dernier à quitter le pouvoir. S'ouvre alors en 1916 et jusqu'en 1929, une période d'instabilité durant laquelle va justement œuvrer Jean ESCARRA. Cette période est souvent appelée la période des "Seigneurs de la guerre". La Chine est divisée entre Nord et Sud. Au Nord, des généraux, des chefs de guerre se disputent le territoire ; au Sud, le GUOMINDANG reconstitué établit des liens avec l'Union soviétique et cherche à réunifier le pays. En 1921, naît le Parti communiste qui devient l'allié du GUOMINDANG sur le conseil des Soviétiques. À la mort de SUN Yixian, JIANG Jieshi (plus connu en Occident sous son nom cantonais TCHANG Kai Chek) affirme son autorité sur le parti par la création de l'Armée nationale révolutionnaire avec laquelle il se lance en 1926 à la reconquête du Nord du pays toujours aux mains des seigneurs de guerre. En 1928, les troupes du GUOMINDANG s'emparent de Pékin ; l'unique capitale du pays est Nankin et le président du gouvernement central de la République de Chine est JIANG Jieshi.

¹⁵ Des réformes avaient été commencées sous le régime impérial dès 1898. En 1910, le code "pénal" (l'adjectif ne doit pas induire en erreur, nombre dispositions civiles et commerciales y étaient incluses) avait été révisé. Ses articles, en vertu d'un décret présidentiel du 10 mars 1912, confirmé par le décret du 12 août 1912 du gouvernement nationaliste devaient rester en vigueur tant que de nouvelles dispositions ne seraient pas prises à condition toutefois qu'elles ne fussent pas en contradiction avec les principes du gouvernement républicain. Le code de la dynastie QING DA QING xian xing xing lü 大清現行刑律 (ou Da QING lü li 大清律例) représentait "trente siècles de civilisation". J. ESCARRA, *Le droit chinois : conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Paris, Sirey, 1936, p. 103. Par la suite, nous désignerons cet ouvrage par *Le droit chinois*.

comparé et de donner son opinion en tant que juriste français, très au fait de l'histoire et des réalités contemporaines de la Chine¹⁶.

Dès les premières lignes de son rapport, Jean Escarra nous livre sa méthode et ses principes qui justifient sa réticence face aux emprunts aux droits étrangers auxquels, selon lui, est trop enclin le gouvernement chinois. De tels emprunts aboutissent à des solutions inadaptées tant aux mœurs qu'aux réalités économiques de la Chine (I). Aussi, prône-t-il au contraire des solutions souples, mises en œuvre au travers de lois générales et préconise-t-il de laisser une grande place à la jurisprudence en vue de l'adaptation des lois à la réalité, une jurisprudence chinoise qui suscite son admiration et sa curiosité par ses techniques originales (II).

I – LA DÉNONCIATION DE RÉFORMES TROP RADICALES EMPRUNTÉES AUX DROITS ÉTRANGERS

Dans l'introduction de son rapport, Jean Escarra rappelle qu'il est consulté d'abord en tant que comparatiste. Et à ce titre, il prend soin d'exposer les principes méthodologiques qui vont guider son travail d'expertise.

- Premier principe : il faut utiliser la doctrine, la jurisprudence et la coutume "si l'on veut retirer quelque profit du droit comparé en tant qu'élément de la technique législative"¹⁷ et ne pas omettre de s'enquérir des causes "infiniment complexes qui ont amené tel pays à adopter telle législation"¹⁸.

- Deuxième principe : il est "bien difficile et quelque peu dangereux"¹⁹ de comparer des systèmes de droit qui ne sont pas comparables, tels le droit des sociétés occidentales et le droit chinois car "le système juridique traditionnel de la Chine, quelle que soit sa haute valeur, demeure le système d'une société antique"²⁰.

¹⁶ Dans son rapport *La codification du droit de la famille et du droit des successions*, Shanghai, ed. Zi Ka Wei, 1931 (par la suite désigné par *La codification du droit*). J. ESCARRA rappellera à de nombreuses reprises qu'il est un étranger et qu'à ce titre, il peut commettre "des erreurs d'appréciation" (p. 5) ou des erreurs de compréhension de la terminologie chinoise en matière de liens de parenté (p. 23). Il adoptera une neutralité prudente vis-à-vis du concubinat (p. 62) et à propos d'un débat sur la succession au culte ancestral (p. 70).

¹⁷ *La codification du droit, op. cit.*, p. 3.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

- Troisième principe : dans les domaines du droit de la famille et des successions, tout particulièrement empreints du “génie national”, il est “très rarement opportun d’emprunter des institutions”²¹. Ainsi, “l’adaptation aux conditions actuelles de textes vétustes, mais imprégnés des traditions du pays, est un travail moins lourd que l’acclimatation des lois d’inspiration étrangère”²².

Le ton est donné et l’optique de J. Escarra est clairement affichée : “J’ai cherché constamment à me placer au point de vue chinois traditionnel et dans l’esprit de la civilisation chinoise traditionnelle.”²³ Or, un tel point de vue ne peut que l’opposer au gouvernement chinois, très enclin à se tourner vers les exemples étrangers pour concrétiser les principes “modernes” défendus par le Guomindang²⁴. Cependant, en droit des obligations, le recours aux modèles étrangers sera modéré et recevra les éloges de J. Escarra (A). En revanche, d’après lui, s’agissant du droit de la famille et des successions, le gouvernement chinois veut aller trop loin dans les réformes (B).

A – Des emprunts bienvenus en droit des obligations et en droit commercial

Le droit chinois ne sépare pas nettement le droit civil et le droit commercial, ce qui explique que le droit civil des obligations traite à la fois des obligations civiles et commerciales (1). Cependant, certaines lois régissent spécifiquement le domaine commercial sur des points précis (2).

²¹ *Ibidem*.

²² *La codification du droit, op. cit.*, p. 56.

²³ *La codification du droit, op. cit.*, p. 5.

²⁴ Parmi ces principes, on trouve l’égalité des sexes, une meilleure répartition des richesses, la protection “des faibles” contre les abus, le maintien de l’exercice des droits dans les limites de ce qui est conforme à l’intérêt social. J. ESCARRA relève donc que l’inspiration est “sociale” et non individualiste comme celle des “vieilles législations occidentales” et “non pas simplement familiale comme la législation chinoise traditionnelle”. *Le droit chinois, op.cit.*, p. 177. Cependant, sur la conception de la propriété, J. ESCARRA note la convergence parfaite entre les idées traditionnelles (confucéennes) et celles du président SUN Yat-Sen : le droit de propriété n’est reconnu et sanctionné que pour autant que son usage ne porte pas atteinte à l’intérêt de la communauté. *Le droit chinois, op. cit.*, p.181. La législation agraire est tout particulièrement influencée par les idées du GUOMINDANG. Mais, en matière de droits réels et des formes d’amodiation du sol, un des juristes rédacteurs du code indique que la commission de codification a pris soin de ne pas troubler les habitudes agricoles et leur diversité régionale pour autant qu’elles ne seraient pas contraires à l’ordre public ou aux bonnes mœurs. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 181.

1) Le droit des obligations

Jean Escarra rappelle que les travaux de codification entrepris par la Chine avaient été précédés d'une vaste enquête de législation comparée. Le premier projet de code de 1925 s'inspirait, surtout dans ses deux premiers livres, des codes allemand et japonais²⁵ "d'une manière à peu près complète"²⁶, ce qui avait abouti à un code trop détaillé, avec une superposition de dispositions interprétatives à la manière allemande, faisant double emploi avec les règles coutumières. L'inspiration étrangère s'était par la suite élargie au code suisse des obligations de 1907, au code civil brésilien de 1907, aux codes soviétiques de 1918 et 1922, aux travaux siamois de codification, aux codes turcs de 1926 et au projet de code franco-italien des obligations et des contrats de 1927²⁷.

L'inspiration étrangère porta d'abord et surtout sur la formulation²⁸. On chercha dans ces différents droits étrangers des modèles de rédaction et de nouveaux concepts. Il fallait en effet, explique J. Escarra, créer un vocabulaire technique afin de traduire en idéogrammes des termes étrangers. Ce ne fut pas chose aisée. Le projet de code de 1925, inspiré de la phraséologie allemande au travers du modèle japonais, fut rédigé dans "un langage pesant, compliqué, obscur"²⁹ qui tranchait avec la clarté du code des Qing. Mais, conscients de l'imperfection de ce premier code, les rédacteurs du second ne tombèrent plus dans ce travers.

Sur le fond, l'inspiration étrangère et les conceptions ou les usages traditionnels s'équilibrent assez bien dans le nouveau code. Ainsi, dans le domaine du droit des obligations civiles et commerciales, le code de 1931 reprend des usages traditionnels comme une forme d'emphytéose, le "yong dian" 永佃, une forme d'antichrèse, le "dian" 佃 ou encore un procédé de crédit réel, le "dian" 典. Les textes sur les gérants et mandataires, le contrat de société, les titres de copro-

²⁵ C'est au Japon, lui-même, sous l'influence du droit allemand, que les juristes chinois ont été se former au droit occidental.

²⁶ *La codification du droit, op. cit.*, p. 170.

²⁷ Dans une longue note, J. ESCARRA explique pourquoi il ne mentionne pas le droit français : d'une part, les conseillers français à la commission de codification étaient convaincus qu'il était contestable de vouloir imposer à la Chine la législation française en raison de la trop grande différence de civilisation qui sépare les deux pays ; d'autre part, le code civil de 1804 ayant été surchargé de législations additionnelles et d'une construction jurisprudentielle complexe, il constituait un modèle difficile à proposer. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 177.

²⁸ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 178.

²⁹ *Ibidem.*

priété, le droit de superficie, reprennent largement les usages chinois³⁰. D'un autre côté, des solutions occidentales sont judicieusement rattachées à une conception chinoise traditionnelle. Ainsi, en va-t-il pour l'introduction de l'équité, formulée dans les codes suisse et allemand, introduite dans le code civil chinois de 1931 qui correspond à une conception traditionnelle chinoise³¹. Cependant, également, certaines nouveautés ont été introduites qui proviennent exclusivement des droits étrangers, telle la prescription extinctive et acquisitive, inconnue pour la première et non reconnue pour la seconde en Chine à de rares exceptions près³². Et J. Escarra de conclure : "À tout prendre, le code de 1930-1931 n'est pas le moins du monde une mosaïque de codes étrangers."³³

2) La législation commerciale spéciale

Certaines questions de droit commercial et de droit des affaires font l'objet de lois spéciales. J. Escarra relève qu'en matière d'assurances, la loi du 30 décembre 1929 a été élaborée à l'aide de documents de législation étrangère, tels que la loi allemande du 30 mai 1908, la loi suisse du 2 avril 1925 et surtout la loi française du 13 juillet 1930³⁴. Le commerce maritime fait également l'objet de dispositions qui reproduisent des textes étrangers, cela en toute ignorance des usages maritimes du Sud de la Chine ! Concernant les formes de société, la Chine traditionnelle en connaît une, appelée "he huo" 合伙, qui s'apparente à la "partnership" du droit anglais et à la société en participation du droit français. Elle est incluse dans le code civil de 1931 et elle reste la forme de société la plus utilisée dans le commerce moyen. Mais, issues des droits étrangers, de nouvelles formes de société sont aussi introduites (nom générique "gongsi" 公司). Elles recouvrent la société en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions, la société anonyme. Elles se répandent dans le domaine des banques, des compagnies d'assurances et des entreprises sino-étrangères³⁵.

³⁰ J. ESCARRA établit d'ailleurs un parallèle entre le droit français et le droit chinois. Dans son code, le gouvernement chinois a réglé de nombreuses institutions en reprenant les coutumes d'un temps immémorial. Or, c'est exactement ce qu'a fait le code civil de 1804, par exemple en matière de règles de la communauté entre époux, règles qui sont issues des coutumes du nord de la France. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 172.

³¹ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 179.

³² *Ibidem*.

³³ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 177.

³⁴ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 199.

³⁵ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 198.

L'influence étrangère se fait moins sentir dans d'autres domaines où existe une tradition qui n'a pas semblé être contraire aux principes du Guomintang. Ainsi, la loi sur la faillite du 17 juillet 1935 "tient grand compte des usages et de la mentalité particulière du pays"³⁶. Les chambres de commerce "dont on sait le rôle de premier plan qu'elles ont toujours joué en Chine"³⁷, donnent lieu à de nombreuses règles mais inspirées de très anciens usages. La législation sur les effets de commerce se contente de traduire "dans des formes modernes des institutions qui datent, en Chine, de temps immémoriaux"³⁸. Et J. Escarra note avec satisfaction que cette législation a su allier la tradition chinoise et les apports étrangers, ce qui est, à ses yeux, la voie à suivre : "La loi, tout en consacrant un certain nombre d'usages du commerce chinois, a bénéficié des nombreuses études techniques qui se sont poursuivies à la Haye et à Genève..."³⁹

B- Des emprunts inopportuns en droit de la famille et des successions

Le troisième principe exposé au début du rapport laisse déjà deviner l'extrême réticence de J. Escarra à tout emprunt étranger tant dans le domaine du droit de la famille (1) que celui du droit des successions (2)⁴⁰. Or, le projet de 1928 a eu l'intention de bouleverser l'ordre ancien en s'inspirant des droits occidentaux.

1) Le droit de la famille

Le projet se fonde sur une volonté de suppression du clan⁴¹, base de la famille traditionnelle, et sur des principes inspirés du droit anglo-américain et soviétique⁴² qui remettent en cause la famille traditionnelle.

³⁶ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 201.

³⁷ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 196.

³⁸ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 199.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Pourtant ces emprunts ont lieu dès 1910, le premier projet rédigé dans les dernières années de la dynastie QING s'inspire fortement du Japon. Le troisième projet de 1925 empruntait aux codes suisse et allemand ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour suprême.

⁴¹ Le clan regroupe toutes les familles issues de la même souche, c'est-à-dire du même ancêtre auquel un culte est rendu par les descendants de la branche aînée. Généralement, ces familles ont un même nom de famille. Un devoir illimité d'assistance envers les membres du clan est exigé, ce qui engendre un parasitisme dénoncé par les autorités chinoises.

⁴² *La codification du droit, op. cit.*, p. 43.

Concernant l'égalité entre l'homme et la femme au sein du couple (totalement inexistante dans la famille traditionnelle), le projet prévoit un régime très moderne dans lequel les époux sont placés sur un strict pied d'égalité. Le devoir de cohabitation est identique pour les deux conjoints. Les époux se représentent mutuellement. Le régime matrimonial est libre mais, en l'absence de choix, la séparation des biens est la règle⁴³. Chacun des époux dispose donc librement de ses biens personnels sans aucune intervention du conjoint. Or, si J. Escarra ne cache pas sa faveur pour le régime de la séparation des biens entre époux⁴⁴, il l'estime impraticable en Chine : "[ce régime] ne peut s'appliquer tant que les conditions économiques du pays y maintiennent l'organisation actuelle, c'est-à-dire l'intégration de chaque ménage dans la famille et l'intégration de chaque famille dans le clan."⁴⁵

Concernant l'indépendance des enfants majeurs à l'égard de leur famille, le projet entend reconnaître aux enfants une indépendance économique. Il leur est ainsi reconnu le droit de disposer de biens personnels dès leur minorité⁴⁶. Après leur majorité, si une contribution a été apportée au patrimoine des parents, ces biens sont considérés comme biens collectifs et leur partage peut être demandé à tout moment par les enfants ou les parents⁴⁷. Mais J. Escarra oppose à cette réforme les mêmes raisons d'impossibilité qu'en matière d'indépendance des époux auxquelles il ajoute le caractère collectif de la propriété établi partout en Chine. La propriété collective est en effet la seule que connaît le clan. Or, le clan occupe une place indéniable dans la société chinoise⁴⁸. Il "est la base de toute organisation économique de culture, d'échange des produits, etc"⁴⁹. Penser pouvoir le supprimer par une loi est irréaliste et impraticable.

2) Le droit des successions

Dans la Chine traditionnelle, le culte des ancêtres détermine tant les règles de parenté que de succession⁵⁰ et d'adoption. Ce culte est présenté par le gouver-

⁴³ *La codification du droit, op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ *La codification du droit, op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Durant la minorité de l'enfant, les parents administrent ces biens sans pouvoir en disposer.

⁴⁷ *La codification du droit, op. cit.*, p. 43.

⁴⁸ *La codification du droit, op. cit.*, p. 63.

⁴⁹ *La codification du droit, op. cit.*, p. 59.

⁵⁰ La parenté est, depuis fort longtemps, agnatique en Chine. Le droit successoral est gouverné par la règle de l'ordre des générations alternées (ordre *zhao mu* 昭穆) qui

nement chinois comme un pernicieux vestige de l'époque féodale qui favorise l'esprit superstitieux du peuple. Il va à l'encontre de l'égalité des sexes puisqu'il repose sur la prédominance de l'homme ; il est contraire à la nature et aux sentiments humains puisqu'il oblige un père à "donner" son fils comme héritier à la branche aînée quand celle-ci n'a pas d'héritier mâle afin que le culte ancestral ne s'interrompe pas⁵¹. Il engendre également, à titre de conséquence, le mariage prématuré⁵², le concubinat⁵³, la prétention du fils héritier des deux branches (aînée et cadette) d'épouser deux femmes légitimes⁵⁴, toutes choses qui sont autant de "troubles aux règles du mariage"⁵⁵. Le projet de 1928 ambitionne donc de mettre fin à ce système millénaire en s'inspirant en particulier, ici encore, du droit

signifie que c'est le petit-fils qui succède à son grand-père pour perpétuer le culte des ancêtres. Ainsi, si un homme n'a pas de descendant mâle pour succéder à son propre père, le culte des ancêtres s'éteint, ce qui est inadmissible. Aussi, dans un tel cas, on procède à "l'institution d'héritier" : on choisit un mâle de la même souche *zong* 宗 que l'instituant, en suivant l'ordre *zhao mu* ou l'ordre de "proche à proche" (qui permet d'instituer héritier les fils des frères du défunt jusqu'à un degré d'éloignement de parenté mesuré en jours de deuil, neuf, cinq ou trois mois). Dans le cas de l'homme dont le fils marié est mort, on peut avoir recours à l'institution d'un héritier fictif en attente de la naissance d'un petit-fils, si aucune autre solution ne peut fournir d'héritier selon les règles précédemment exposées.

⁵¹ Il s'agit de "la succession à deux branches" dans laquelle la branche cadette se dépouille de ses héritiers pour les donner à la branche aînée. Cela suppose que l'héritier soit fils unique, que son père et l'instituant soient frères, que les intéressés soient d'accord et que tous les membres du clan ratifient l'institution. V. *La codification du droit ...*, *op. cit.* p. 19.

⁵² Bien que les rites fixent l'âge nuptial à 30 ans pour les garçons et 21 ans pour les femmes, la pratique du mariage prématuré, entre 12-14 ans, est très répandue. La femme a très souvent 12 à 13 ans de plus que son mari. Par exemple, une fillette de 10 ans est mariée à un garçonnet de trois ou quatre ans qu'elle est chargée d'élever. Ou bien quand une famille n'a pas de membres adultes, un des fils est marié à une femme de 16 à 17 ans de plus que lui qui s'occupe de la famille, *La codification du droit ...*, *op. cit.* p. 31-32.

⁵³ Le projet restera muet sur cette question. J. ESCARRA fera remarquer que ce n'est pas le souci de la succession au culte des ancêtres qui est le motif le plus fréquent de la pratique du concubinat. *La codification du droit*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁴ Pour éviter toute difficulté de succession au culte ancestral qui doit être continué par un descendant mâle de la branche aînée, l'héritier se marie avec une femme de la branche aînée et une de branche cadette afin de doubler ses chances d'avoir un héritier mâle légitime, sans avoir besoin de recourir au concubinat ou à l'adoption. Il s'agit ni plus ni moins que de bigamie. *La codification du droit*, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ *La codification du droit*, *op. cit.*, p. 67-71. Pour le détail des critiques et les controverses à ce sujet en Chine, p. 67-68.

anglo-américain et sur certains aspects du droit soviétique⁵⁶. Mais l'abolition de la succession au culte ancestral aboutit à poser la question successorale en termes de succession aux biens. Sur ce plan, l'égalité des sexes et la liberté testamentaire avec une réserve pour certains parents constituent les points-clés de la réforme⁵⁷. Mais comme précédemment, J. Escarra y objecte une impossibilité de fait : "Il est possible de décréter la suppression de la succession au culte en tant que pratique superstitieuse ; mais je rappelle que si ce culte et le régime successoral dont il est le fondement, se maintiennent en Chine, avec la persistance que l'on sait, c'est parce qu'il correspondent à des principes directeurs de l'âme chinoise. Pour changer les principes, il faut commencer par changer les âmes.... Si donc il est, à mon sens, impossible, quant à présent, de déraciner de l'âme du peuple la foi dans le culte des ancêtres.... on est bien obligé d'admettre, dans leur ensemble, les règles successorales fondées sur ce culte"⁵⁸. Et après la critique, le conseil : "Je crois qu'il vaudrait mieux chercher une amélioration dans une conception plus judicieuse de la succession aux biens."⁵⁹

Car telle est bien l'orientation générale des critiques et des conseils adressés au gouvernement chinois : ne pas aller à l'encontre des réalités économiques et des mentalités qui motivent les mœurs ; pour mener des réformes ne pas choisir la voie d'une législation détaillée aux solutions brutales mais privilégier les lois générales de compromis entre tradition et modernité, en s'en remettant à la jurisprudence pour les adapter à la réalité. Car J. Escarra ne cesse de louer l'œuvre réalisée par les tribunaux chinois.

II – L'ADMIRABLE JURISPRUDENCE CHINOISE, SOURCE D'ADMIRATION ET DE CURIOSITÉ

J. Escarra eut l'occasion d'étudier la jurisprudence chinoise⁶⁰ et il l'aborda par la suite sous deux angles : celui du consultant et celui du comparatiste. Du premier point de vue, il estime que la jurisprudence a démontré son utilité durant toute

⁵⁶ *La codification du droit, op. cit.*, p. 36.

⁵⁷ *La codification du droit, op. cit.*, p. 45-46,

⁵⁸ *La codification du droit, op. cit.*, p. 71.

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Recueil des Sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de la République de Chine, 1912-1923*, précité.

l'histoire chinoise et surtout dans la période récente⁶¹ : “Le Da Li Yuan⁶² 大理院 à Pékin, la Cour suprême 最高法院 à Nankin ont édifié les bases d'une construction puissante destinée à servir d'armature à la législation.”⁶³ Tout spécialement, à l'égard des emprunts aux législations étrangères, le rôle de la jurisprudence, par son travail d'interprétation de la loi, lui apparaît capital⁶⁴ : “L'interprétation est destinée à amener rapidement et aisément la législation moderne vers ce troisième et dernier stade où elle est vraiment législation nationale, après avoir été d'abord une traduction, puis une législation en partie d'emprunt.”⁶⁵ La jurisprudence doit rendre applicable une législation qui présente de très nombreux défauts et le plus grave de tous, d'être trop contraire à l'esprit du peuple chinois (A). Du second point de vue, J. Escarra se penche sur une institution chinoise, originale et très importante “les décisions d'interprétation” et sur la spécificité de la technique juridique chinoise de raisonnement qui en est le support (B).

A – Le rôle essentiel de la jurisprudence chinoise

J. Escarra étudie avec minutie l'histoire séculaire des tribunaux chinois où il découvre les traces antiques d'une jurisprudence souvent rassemblée et publiée dans des recueils utilisés à la fois comme source de précédents et d'enseigne-

⁶¹ En revanche, il se montre très critique sur l'organisation judiciaire “lourde machinerie qu'il faut s'occuper d'alléger de plus en plus”. Elle est issue d'une première réforme élaborée sous l'influence des institutions allemandes au travers du modèle des institutions japonaises. En ce domaine comme ailleurs, J. ESCARRA préconise un système aussi souple et simple que celui qui existait auparavant tout en le modernisant. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 252-266, 449, 151. De même, en matière de procédure, il souhaite une simplification car “on est demeuré trop hypnotisé sur des organisations procédurales étrangères qui peuvent se concevoir et donner de bons résultats dans leur pays d'origine mais qui n'étaient pas adaptées aux conditions sociales de la Chine”. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 452.

⁶² Le conseil du Dali, organe créé sous la dynastie QING.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ J. ESCARRA ne tarit pas d'éloges à l'égard des tribunaux chinois dont il regrette que la jurisprudence ne soit pas connue en Occident Il regrette tout autant que les Chinois eux-mêmes en méconnaissent la grandeur. *Le droit chinois, op. cit.* p. 272. L'appel lancé par J. ESCARRA aux juristes chinois pour qu'ils fassent la connaître, a été entendu par S. SUN, *Du rôle des décisions d'interprétation comme source du droit chinois*, Thèse Paris, Pais, Jouve, 1932.

⁶⁵ *Ibidem.* De même, p. 445, J. ESCARRA rappelle que la codification doit passer par trois périodes, l'une de traduction pure et simple de codes étrangers, la seconde d'adaptation partielle aux besoins du pays, la troisième d'élaboration d'une législation proprement chinoise (période encore dans le futur). *Le droit chinois, op. cit.*, p. 445.

ments pour les futurs juristes⁶⁶. Le rôle décisif de la jurisprudence apparaît dès la fin de la dynastie Qing, aux débuts de la République, durant une période que l'on peut qualifier d'intermédiaire (1) et il se confirme pendant la période de codification initiée par le parti nationaliste (2).

1) La période intermédiaire

Durant la première période républicaine, confronté à un vide juridique en matière de droit des obligations (le code de la dynastie Qing de 1910 encore en vigueur n'en traitant pas) jusqu'à la promulgation du nouveau code civil de 1930, le Da Li Yuan a appliqué des dispositions du projet de code de 1911 et construit ainsi un droit transitionnel grâce aux "principes généraux du droit" *tiao li* 条例, reconnus véritable source du droit, après la loi et la coutume. Ainsi, à compter de 1912, la Cour suprême s'est efforcée de limiter le pouvoir du clan sur ses membres en reconnaissant à ces derniers "une liberté d'action plus grande"⁶⁷. Dans le droit de la famille, les tribunaux sont parvenus à "bouleverser la physionomie de la législation impériale, tout en respectant les plus profondes de ses traditions"⁶⁸. On peut citer, à titre d'exemple, la jurisprudence sur la liberté nuptiale. À compter de 1912, les tribunaux chinois admirent que les parents ne puissent plus marier leurs enfants à leur guise. Certes, le consentement des parents fut encore requis mais le cercle des parents à consulter fut restreint. Par ailleurs, la justice se reconnut désormais la possibilité d'intervenir quand le refus de consentement des parents était dicté par la mauvaise foi (comme dans le cas des beaux-parents qui empêchaient la veuve de leur fils de se remarier)⁶⁹. En ce qui concerne l'irrévocabilité des fiançailles, la Cour suprême chercha à remédier aux dispositions sévères que leur réservait le Da Qing lü li 大清律例. Elle y étendit les dispositions du divorce pour incompatibilité d'humeur aux fiancés, leur donnant ainsi le droit de rompre leur engagement avant le mariage quand ils sentaient "réciproquement une impossibilité de réaliser le bonheur commun"⁷⁰. La jurisprudence apporta également une solution à la situation de la bru élevée dans la famille du futur époux⁷¹

⁶⁶ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 268.

⁶⁷ *La codification du droit, op. cit.*, p. 58.

⁶⁸ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 271

⁶⁹ *La codification du droit, op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ *La codification du droit, op. cit.*, p. 14.

⁷¹ Situation non reconnue par la loi mais qui est une pratique très répandue. C'est un contrat par lequel une fille très jeune est envoyée dans la famille de son futur époux. Elle y élèvera son futur époux qu'elle épousera à l'âge convenable. V. *la codification du droit, op. cit.*, p. 25.

en cas de décès de l'époux : la situation de cette bru particulière fut assimilée à celle de la bru veuve⁷². Quant à la pratique consistant à faire venir un gendre dans la famille du beau-père (autorisée par le Da Qing lü li 大清律例, la jurisprudence a interprété les termes de la loi de la façon la plus restrictive afin de limiter l'application d'une institution qu'elle considère défavorablement⁷³. En matière de divorce, la tradition donne aux époux la possibilité de divorcer par consentement mutuel "par suite de l'impossibilité de la vie conjugale". Les tribunaux ont veillé à la pleine liberté des époux, en s'opposant à l'intervention des membres du clan ou des parents et ont élaboré les principes relatifs aux effets du divorce, la législation impériale étant indigente sur ce point⁷⁴. Quant aux droits successoraux des filles, la jurisprudence a reconnu aux filles non mariées deux droits (acquis dès 1914-1915) : le droit d'exercer une action pour entrer en jouissance des biens du défunt lorsque aucun héritier au culte ne peut être institué et qu'un tiers s'est emparé indûment du patrimoine ; le droit d'être choisi par le défunt pour administrer son patrimoine en vertu d'une "sorte d'exécution testamentaire"⁷⁵.

2) La période de codification à compter de 1916

En 1926, lorsque l'émancipation des femmes fut votée par le Congrès national de délégués du Guomindang, il fut décidé que les femmes devraient désormais avoir un droit de succession au patrimoine du défunt. Une circulaire de l'administration du gouvernement nationaliste alors installé à Canton, prise pour en assurer l'application, souleva de très nombreuses difficultés autour des droits des femmes mariées entrées dans la famille de leur époux (pouvait-elle prétendre hériter de leur père ?) et de la rétroactivité de la nouvelle règle. Un règlement interprétatif de la Cour suprême et du Conseil de justice apportèrent une réponse : toute fille propre du *de cuius* a un droit de succession patrimonial vis-à-vis de ses parents. La mesure est rétroactive (à condition de demander un nouveau partage dans les six mois de la nouvelle réglementation)⁷⁶.

Lors de la préparation du code pénal de 1928 qui devait redéfinir les liens de parenté, une vive discussion s'étant élevée entre les partisans de la famille de type patriarcal (traditionnelle) et ceux de la famille fondée sur une égalité homme/femme (famille moderne, conforme aux principes du Guomindang), ce

⁷² *La codification du droit, op. cit.*, p. 58.

⁷³ *La codification du droit, op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ *Le droit de la famille, op. cit.*, p. 15.

⁷⁵ *La codification du droit, op. cit.*, p. 21.

⁷⁶ *La codification du droit, op. cit.*, p. 22.

fut la solution “élégante” du Conseil de justice qui résolut la difficulté en mettant “tout le monde d’accord”⁷⁷.

Le statut de la concubine offre également un parfait exemple du rôle de la jurisprudence. Ce statut n’existait pas dans la législation de 1928 parce que le concubinat y était passé sous silence, alors même qu’il était à l’évidence contraire aux principes du pouvoir en place. Le Da li yuan s’efforça donc de combler ce vide juridique⁷⁸. Ainsi, la Cour donna à la concubine le caractère de parente “supérieure en ligne directe” (zun 尊) par rapport à ses propres enfants. Mais elle lui a dénié cependant ce caractère à l’égard du défunt⁷⁹. Elle déclara aussi que, si la concubine ne jouissait pas de droits égaux à ceux de l’épouse légitime, elle n’en jouissait pas moins de certains droits⁸⁰.

Et J. Escarra de conclure : “Je n’hésite pas à dire que ce travail des juges me paraît plus remarquable encore, plus important peut-être et surtout plus efficace que celui du législateur quel que soit le mérite de ce dernier”⁸¹.

B – Les outils originaux de la jurisprudence chinoise

Pour réaliser cette œuvre jurisprudentielle magistrale, J. Escarra révèle l’utilisation des “décisions d’interprétation” *jie shi li* 解释例, “institution spécifiquement chinoise, familière, de longue date, à la mentalité du pays”⁸² (1). Ces décisions d’interprétation utilisent les modes de raisonnement propres à la pensée juridique chinoise qui présente des spécificités dévoilées par J. Escarra (2).

1) Les décisions d’interprétation

J. Escarra prend soin de distinguer la jurisprudence proprement dite, celle qui se dégage des arrêts rendus à l’occasion des litiges et les décisions d’interprétation. Dans le cas de la jurisprudence, comme en Occident, la règle qui se dégage des cas tranchés finit par “s’incorporer au texte de loi dont elle constitue somme toute, au moins autant une interprétation qu’une application...”⁸³. Dans le cas des décisions d’interprétation, il s’agit d’une institution spécifiquement chinoise,

⁷⁷ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 289. J. ESCARRA ne précise pas en quoi consiste cette solution “élégante”.

⁷⁸ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 290.

⁷⁹ *La codification du droit, op. cit.*, p. 61 ; *Le droit chinois, op. cit.*, p. 290.

⁸⁰ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 291.

⁸¹ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 272.

⁸² *Le droit chinois, op. cit.*, p. 273.

⁸³ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 272.

véritable source du droit “d’une importance capitale”⁸⁴. Leur origine remonte à l’empereur Gao Huang Di 高皇帝 (200 av. J.-C.) et surtout à un lettré de la dynastie Han, Dong Zhong shu 董仲舒⁸⁵. Consulté sur des affaires à trancher, ce dernier ne se référait pas à des décisions de justice rendues (*panli* 判例) mais il recherchait le sens de la règle de droit de façon abstraite, en utilisant divers procédés de raisonnement. Les faits de la cause lui étaient exposés schématiquement et il rendait une décision d’interprétation qui ne constituait pas un jugement en tant que tel⁸⁶.

Ce pouvoir d’interprétation fut organisé en 1910 par la loi sur l’organisation judiciaire qui conférait au président du Da li yuan le pouvoir d’unifier l’interprétation de la loi. À première vue, ce pouvoir d’interprétation semblait plutôt à destination de l’administration. D’une part, l’interprétation du président avait pour rôle de rectifier, dans l’intérêt de l’État, une interprétation erronée des lois et règlements donnée par toute administration publique ou tout fonctionnaire. D’autre part, seuls les fonctionnaires et les administrations publiques pouvaient solliciter une interprétation. Cependant, l’interprétation concernait également les tribunaux car, en principe, elle s’imposait à eux dans les cas de même nature. L’interprétation était donnée par le président après consultation des présidents des chambres civiles et pénales du Da li yuan (en cas de divergence entre les chambres, consultation des chambres réunies) et elle était publiée au Journal officiel des documents interprétés et de l’opinion de la Cour. En 1928, ce pouvoir fut transféré au président du Conseil de justice et les textes sur le pouvoir d’interprétation furent modifiés mais pas fondamentalement. En application du texte créant le Conseil de justice, un règlement fut promulgué le 4 janvier 1929 qui prévoyait que, comme précédemment, les demandes d’interprétation devaient émaner “de tout fonctionnaire, tout service public et toute personne morale de droit public”⁸⁷ et que l’adoption d’une interprétation était soumise à consultation. La filiation entre ces décisions d’interprétation modernes et celles Dong Zhong Shu apparaît claire aux yeux de J. Escarra. En effet, “Les demandes d’interprétation sont

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ http://fr.wikipedia.org/wiki/Dong_Zhongshu (175-105 av. J.-C). Selon J. ESCARRA, il aurait inventé la théorie du gouvernement par l’histoire (ordonner ses actes selon les précédents historiques). Fréquemment consulté par l’empereur WU, il aurait composé un recueil de ses réponses au nombre de 232.

⁸⁶ ESCARRA se montre toutefois prudent quant à la filiation entre ces interprétations et les décisions d’interprétation modernes, sans toutefois l’écarter.

⁸⁷ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 285.

limitées aux questions abstraites. Elles ne peuvent faire état de faits concrets⁸⁸, précise le règlement qui les organise. Les problèmes juridiques soumis à l'interprétation le sont sous une forme abstraite⁸⁹.

Un très grand nombre de décisions d'interprétation ont été prises⁹⁰, toutes publiées au Journal officiel du gouvernement ou bien dans des journaux judiciaires officiels. Elles figurèrent à la suite des codes et des lois auxquelles elles se rapportaient. Aussi, J. Escarra leur confère une très grande importance : “On peut dire qu'autant et plus que par les codes, le droit chinois a été créé et évolue par le moyen des décisions d'interprétation *jie shi li* 解释例⁹¹..... C'est grâce à cette méthode que la Chine peut espérer la formation lente mais assurée, d'un système juridique qui sera le reflet de son génie propre...”⁹² Reste à connaître les méthodes utilisées pour interpréter le droit. Autre motif d'intérêt et de curiosité pour le juriste étranger.

2) Les procédés de la pensée juridique chinoise

J. Escarra part des instruments de l'interprétation juridique présentés par F. Gén⁹³ pour aborder la technique du droit chinois. Ainsi, il note – “trait marquant de l'opposition entre l'Extrême-Orient et l'Occident dans le domaine du droit” – que le procédé des notions abstraites, des concepts dégagés des faits est totalement étranger à la pensée chinoise⁹⁴. Ainsi, le concept de sujet de droit, la distinction entre droit réel et droit de créance ne jouent aucun rôle dans la pensée juridique chinoise. En revanche, les présomptions et les fictions y sont très utilisées. Quant à la logique qui permet le raisonnement juridique, J. Escarra signale l'indifférence des Chinois aux principes de causalité et de contradiction, la rareté du syllogisme auquel sont préférés le sorite et l'analogie. L'emploi du sorite s'explique par son adaptation parfaite à un esprit réfractaire aux concepts abstraits (comme l'est l'esprit chinois qui ne se représente que le tangible). Quant à l'analogie, elle correspond à la doctrine chinoise du rétablissement de l'ordre

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Entre 1912 et 1918, neuf cent dix. Entre 1927 et 1928, deux cent quarante-cinq. Depuis 1913 jusqu'en 1931, trois mille cinq cents. V. *le droit chinois, op. cit.*, p. 287.

⁹¹ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 286.

⁹² *Le droit chinois, op. cit.*, p. 288.

⁹³ J. ESCARRA use des idées de F. GÉNY pour l'étude de l'esprit du droit chinois”. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 70 et suiv.

⁹⁴ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 63-65.

naturel troublé⁹⁵ ; elle permet d'étendre les sanctions à tous les cas analogues de façon à ce que l'on soit assuré de "ne rien laisser passer qui pût troubler l'ordre naturel"⁹⁶. Il faut ajouter à ces méthodes la référence à la théorie confucéenne de "la rectification des noms" (*zheng ming* 证名⁹⁷) qui insiste sur l'importance d'une terminologie très précise pour juger des faits et à l'ouvrage attribué à Confucius, *Printemps et Automne* (*Chun Jiu* 春秋), source d'inspiration de Dong Zhong Shu et des juristes modernes⁹⁸.

Concluant son ouvrage *Le droit chinois*, J. Escarra souligne combien la Chine a connu dès son origine une conception du droit profondément originale et différente de la conception gréco-romaine qui est celle de l'Occident⁹⁹. Cette conception l'a fasciné comme en témoigne son œuvre et il s'en est fait l'apôtre, défendant la haute valeur de la civilisation chinoise et de sa conception du droit.

⁹⁵ "L'un des plus anciens principes directeurs de l'âme chinoise est la croyance à l'existence d'un ordre de la nature et à l'efficacité d'une concordance entre celui-ci et l'ordre social" écrit J. ESCARRA. *Le droit chinois, op. cit.*, p. 7. Les Chinois sont convaincus, explique-t-il, d'une action réciproque entre ce qui se passe dans le Ciel et ce qui a lieu dans l'ordre social. Il y a "concordance", "solidarité", "interaction" entre l'univers et la société. Dès lors, il faut rechercher le respect de l'ordre naturel et ne rien faire socialement qui puisse le troubler. Enfreindre la règle, c'est d'abord troubler l'ordre naturel. Sur l'opposition du droit naturel grec et chinois, *Le droit chinois, op. cit.*, p. 25.

⁹⁶ *Le droit chinois, op. cit.*, p. 68.

⁹⁷ De façon générale, pour la présentation de cette théorie par J. ESCARRA, *Le droit chinois, op. cit.*, p. 22 et suiv..

⁹⁸ J. ESCARRA cite un juriste chinois qui écrit : " Le *Chun Qiu* [*Printemps et Automne*] est un véritable recueil de jurisprudence pour nous, Chinois. C'est au *Chun Qiu* que nous sommes redevables de toute la technique du droit purement chinois et de la conception suivant laquelle c'est le jugement et non la loi qui fait la justice" *le droit chinois, op. cit.*, p. 274.

⁹⁹ p. 441.