

UC Berkeley

JSP/Center for the Study of Law and Society Faculty Working Papers

Title

L'Incomplete Reforme par le Droit (Incomplete Reform Through Law)

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5b9462db>

Author

Lubman, Stanley

Publication Date

2004

L'incomplète réforme par le droit

Stanley B. Lubman et Leïla Choukroune*

EN L'ESPACE de 25 ans, la République populaire de Chine a déclenché pas moins de trois révolutions juridiques. C'est en effet par vagues successives qu'a été remodelé, à l'image d'une Chine que l'on a voulu différente, un droit hérité d'un empire marqué par les pensées philosophiques et politiques du confucianisme et du légisme, soumis un temps aux influences extérieures et à celle notamment du modèle romano-germanique, puis profondément miné par la révolution et la réorganisation totale de la société autour du Parti communiste chinois. Une première déferlante devait, en 1978, conduire à l'adoption d'un credo socialiste d'un genre nouveau : « Il doit exister des lois sur lesquelles s'appuyer, ces lois doivent être suivies, mais aussi strictement appliquées, et toute violation de la loi doit être réprimée. » La refonte complète du modèle maoïste se traduisit alors par la rédaction, en 1982, d'une constitution débarrassée de ses dernières scories révolutionnaires et pensée pour consolider la stabilité sociale en facilitant la mise en œuvre des « Quatre principes fondamentaux¹ ». La seconde vague de réforme, lancée en 1992 par Deng Xiaoping, pour qui le droit restait un instrument de la politique du parti, visait à établir les bases légales d'une « économie de marché socialiste » parée depuis 1999 du voile respectable de « l'État de droit socialiste ». C'est, enfin, le raz de marée législatif consécutif à l'accession de Pékin à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui a ébranlé et continué d'influencer l'ordre juridique en place dans le sens d'une internatio-

* S. B. Lubman a dirigé les départements « Chine » de plusieurs cabinets d'avocats internationaux depuis 1963. Il est actuellement professeur invité au Centre d'étude sur le droit et la société de la faculté de droit de l'université de Berkeley, Californie, et L. Choukroune est Ater en droit international de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne.

1. Évoqués pour la première fois par Deng Xiaoping devant le parti en mars 1979, les quatre principes fondamentaux sont les suivants : « 1. continuer sur la voie socialiste ; 2. renforcer la dictature du prolétariat ; 3. renforcer le leadership du parti communiste ; 4. renforcer le marxisme-léninisme et la pensée Mao Zedong. »

L'incomplète réforme par le droit

nalisation consentie, bien que sélective, tout en offrant l'espoir d'un contrôle accru des actes d'une administration encore toute-puissante.

Et pourtant, s'il est aujourd'hui bien noté par des organisations internationales qui font de la bonne gouvernance le critère de leur engagement, le régime chinois est encore loin d'avoir rompu avec une conception instrumentaliste du droit mis au service de la croissance et donc de la stabilité sociale. Or, créer du droit, c'est aussi œuvrer en faveur d'un certain type de société.

Nous avons donc choisi d'analyser l'évolution des institutions juridiques chinoises en concentrant notre attention sur les accomplissements réalisés depuis 1978 en matière de réforme légale, mais en soulignant également les incertitudes auxquelles seront désormais confrontées les décisions à venir. Dans quelle mesure et jusqu'à quel point la Chine établira-t-elle un niveau de légalité qui puisse être interprété à l'aune des conceptions occidentales de l'État de droit (que celles-ci soient ou non idéalisées) ?

L'institutionnalisation du droit chinois

En dépit de la permanence de nombreux éléments hérités de la période révolutionnaire, il n'est plus aujourd'hui possible d'ignorer l'institutionnalisation, même relative, des normes et pratiques chinoises. De plus, « quel que soit le système de démocratie qui verra à terme le jour en Chine, celui-ci aura de fortes chances de reposer sur des fondations institutionnelles établies par un ordre constitutionnel non démocratique² ».

Des réalisations incontestables

Les réformes légales s'ouvrirent tout d'abord sur une phase de reconstruction qui commença au moment où les dirigeants chinois décidèrent d'adopter une série de mesures économiques qui inaugurerent à leur tour une période de rupture profonde, bien qu'incomplète, avec l'économie planifiée. Il fallut quasiment repartir de zéro tant l'édifice institutionnel était délabré : des tribunaux catalogués, à la fin des années 1950, comme institutions « droitières » puis « bourgeoises », au moment de la Révolution culturelle, et des facultés de droit politisées bien avant ce dernier cataclysme social et fermées pendant près d'une décennie³. La norme de droit, dans sa version for-

2. Michael William Dowdle, "Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development: the Curious Case of China", *New York University Journal of International Law and Politics*, automne 2002.

3. Voir "Law under Mao", in Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage, Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, p. 40-101.

L'incomplète réforme par le droit

melle, n'existait quasiment plus dans la mesure où la Chine était entièrement gouvernée par les directives du parti communiste.

La juridicisation de l'État chinois – Le vide législatif qui prévalait avant la période des réformes fut comblé par une déferlante de textes de loi et de règlements administratifs qui servirent bientôt à créer et à définir les transactions nouvelles, les acteurs économiques et les droits. Aussi intenses qu'aient été ces changements, les institutions juridiques de la Chine des réformes ont été créées parallèlement, et pas nécessairement à la place, des institutions politiques maoïstes, c'est-à-dire sans effacer les modes de pensée et les structures organisationnelles de la période précédente. C'est en partie pour cette raison que l'application des nouveaux textes de loi tout comme le fonctionnement des institutions réformées se sont généralement révélés incomplets et fragiles.

Le pouvoir judiciaire et la réforme des tribunaux – Les tribunaux ont été réorganisés en fonction d'une hiérarchie sur quatre niveaux au sommet de laquelle figure la Cour populaire suprême (*Zuigao renmin fayuan*⁴). Ils font par ailleurs de plus en plus office de forums dans lesquels les citoyens font valoir les droits dont ils bénéficient grâce au nouveau corpus législatif dans des affaires qui les opposent à d'autres citoyens et dans une certaine mesure aux institutions de l'État. Ainsi en 2002, 4 420 000 affaires civiles ont été portées à la connaissance des tribunaux alors que 80 000 litiges opposaient des citoyens aux administrations chinoises⁵.

S'écartant d'une tradition de droit civil qui ne leur offre qu'une trop faible marge de manœuvre par l'application de textes vagues et souvent incohérents, un petit nombre de juges chinois, largement issus des tribunaux de base ou intermédiaires, n'hésitent plus à rédiger des jugements détaillés, voire des opinions individuelles ou dissidentes et à les rendre publics⁶. Sans pour autant reconnaître la théorie du précédent, les juges sont donc appelés, parfois même directement par la Cour suprême, à améliorer la qualité de leur raisonnement juridique en s'inspirant de décisions précises⁷.

Le niveau de professionnalisation du système judiciaire reste cependant un problème préoccupant. En effet, jusqu'à une période

4. Les trois autres échelons sont les suivants : 30 tribunaux populaires supérieurs (*Gaoji renmin fayuan*) qui exercent leur autorité au niveau des provinces, régions autonomes et municipalités relevant directement de l'autorité centrale, 389 tribunaux populaires intermédiaires (*Zhongji renmin fayuan*) travaillant à l'échelle des préfectures avec les municipalités administrées par les provinces et les départements autonomes, et enfin plus de 3 000 tribunaux populaires de base (*Jiceng renmin fayuan*), compétents à l'échelle des districts et des cantons, et parfois complétés par d'autres tribunaux populaires (*Renmin fating*) dans le cas de cantons très étendus géographiquement.

5. Rapport de la Cour populaire suprême, 2003.

6. Colin Hawes, "Seeds of Dissent. The Evolution of Published Commercial Law Court Judgments in Contemporary China", *The Australian Journal of Asian Law*, vol. 5, 2003, p. 1-41.

7. S. B. Lubman, *Bird in a Cage...*, op. cit., p. 250-297.

L'incomplète réforme par le droit

très récente, les juges n'avaient pas besoin d'avoir reçu une formation juridique complète et la majorité des juges en exercice n'en ont toujours pas bénéficié. En 1999, la Cour suprême décida que les juges devraient désormais être nommés en fonction de leur mérite et non plus sur une base politique au travers du système de la « nomenklatura » (*Zhiwu mingchen biao*), système de liste fonctionnant par l'intermédiaire de comités du parti présents à tous les échelons de l'État. S'il est délicat d'évaluer le nombre de juges membres du parti, dans la mesure où l'on ne dispose pas de statistiques fiables, il pourrait néanmoins facilement atteindre les 90 %. En l'absence de toute institution équivalente à un conseil supérieur de la magistrature, l'indépendance et l'impartialité des juges ne sont aucunement garanties par un quelconque statut. L'examen national unifié mis en place en mars 2002 devrait très largement contribuer à l'amélioration de la qualité de la formation des futurs professionnels du droit. L'an passé, 360 000 candidats ont subi cet examen très sélectif dont le taux de réussite n'a pas dépassé les 7 %.

Les professions juridiques et la formation au droit – Un ordre du barreau a également été recréé. Un premier barreau inspiré du modèle original d'une minuscule institution de style soviétique avait été mis en place dans les années 1950, puis considérablement réduit pour être enfin démantelé une décennie plus tard. Il y a certainement plus de 150 000 avocats aujourd'hui en Chine, mais il sera difficile d'atteindre l'objectif fixé par le gouvernement à 300 000 en 2010 alors que ce chiffre reste extrêmement faible à l'échelle de la population chinoise⁸. Bien que la majorité des 8 000 cabinets d'avocats existants soient des entreprises d'État, le nombre d'entreprises « coopératives » augmente constamment. La profession d'avocat fascine une partie de la population pour son attractivité financière bien sûr, mais aussi pour les vertus dont elle semble parée. Les réformes ont ainsi conduit à l'apparition d'une multitude d'avocats autodidactes qui dévorent les manuels de droit mis à leur disposition par le gouvernement dans les quelque 2 400 bureaux chinois de l'aide juridique et, épris d'un désir de justice, veulent se battre pour leurs droits. Avec 184 000 affaires liées aux droits sociaux en 2002, la Chine a quasiment doublé le nombre de cas enregistrés en 1998. 47 % des plaignants ont, semble-t-il, gagné leur procès l'an passé et on assiste à la naissance d'une culture juridique nouvelle.

L'éducation juridique supérieure a elle aussi été ranimée et la Chine compte aujourd'hui une centaine de facultés de droit délivrant des diplômes de troisième cycle auxquelles on doit associer de nom-

8. Bien que les comparaisons restent difficiles, le nombre d'avocats recensés en France par le ministère de la Justice au 2 janvier 2002 était de 39 349 pour une population de 60 millions d'habitants. <http://www.justice.gouv.fr>

L'incomplète réforme par le droit

breuses formations à mi-temps ou même télévisées⁹. Il faut également prendre en considération le formidable effort de formation de juristes, essentiellement financé dans le cadre des programmes de coopération bilatéraux ou multilatéraux liés à l'accession de Pékin à l'OMC. L'éducation juridique s'est révélée être à la fois une préoccupation première du gouvernement et un énorme marché de l'expertise internationale.

Des obstacles majeurs à de futurs développements

Dans un pays de la taille de la Chine, au moment où l'économie et la société sont plongées au cœur d'un flux continu de changements générés par deux décennies de réformes économiques, la tâche qui incombe aux dirigeants dans la poursuite des réformes reste immense. Quatre obstacles majeurs à de futurs développements ont retenu ici notre attention : l'empreinte idéologique, la structure politique, la faiblesse des institutions responsables de l'élaboration et de l'application du droit et enfin l'existence de cultures juridiques concurrentes.

L'empreinte idéologique – La politique des dirigeants chinois à l'égard de l'État de droit reflète l'ambivalence illustrée de manière saisissante par les mots du président Jiang Zemin quand il déclara en février 1996 : « La Chine doit être gouvernée par la loi. » Si cette phrase a bénéficié d'une immense publicité à travers toute la Chine, elle ne constituait malheureusement qu'une partie d'un discours dans lequel Jiang Zemin ne manquait pas d'exhorter l'ensemble de la population à « consolider la stabilité à long terme de la nation », ce qui vise en réalité à préserver le rôle dirigeant du parti sur la société. C'est de manière tout aussi symbolique qu'en 1999 l'Assemblée nationale populaire (ANP) amenda la Constitution afin d'y introduire pour la première fois le concept d'« État de droit » comme principe directeur. Cet *yifa zhiguo* coexiste en effet dans le texte constitutionnel avec le marxisme-léninisme, la pensée Mao Zedong et la théorie Deng Xiaoping, doctrines qui insistent toutes sur « le rôle dirigeant » du parti. En théorie comme en pratique, le pouvoir législatif est supérieur au pouvoir judiciaire, mais en l'absence de séparation des pouvoirs (*sanquan fenli*), les organes du parti dominent l'ensemble du schéma institutionnel bien que leur influence dans le règlement d'affaires non criminelles ait diminué.

L'idéologie communiste, toujours aussi élastique, subira sans aucun doute d'autres changements. Les nouveaux entrepreneurs

⁹ 298 facultés sont par ailleurs autorisées à délivrer des diplômes en droit de premier cycle. D'après le *Legal Daily*. <http://www.legaldaily.com.cn>

L'incomplète réforme par le droit

apparus dans le secteur privé de l'économie depuis quelques années – et récemment admis au parti – ont par exemple commencé à faire pression pour obtenir une protection constitutionnelle explicite des droits de propriété comme en témoigne le débat actuel sur la révision de la Constitution et l'adoption d'un code civil. Les amendements apportés aux statuts du Parti communiste chinois lors de son XVI^e Congrès participeraient de cette même logique réformatrice puisqu'ils visent à mettre en place une « démocratie socialiste » gouvernée en toute complémentarité par la « loi » (*yifa zhiguo*) et la « vertu » (*yide zhiguo*).

Centralisme contre protectionnisme local – La décentralisation extensive des pouvoirs mise en place en 1979 a conduit, en raison du caractère inachevé ou insuffisant des réformes, à l'institutionnalisation involontaire d'un phénomène connu en Chine sous l'expression de « protectionnisme local ». L'absence d'indépendance du pouvoir judiciaire face à l'autorité politique du parti à tous les échelons provinciaux constitue la cause principale de ce protectionnisme et participe à la naissance de ce que la propagande officielle qualifie elle-même de « royaumes indépendants ». Alors que les juges locaux sont nommés par des gouvernements locaux qui financent également les tribunaux, ces derniers ont tendance, lors de leur prise de décision, à favoriser les entreprises dont dépend le pouvoir local en matière de revenus fiscaux. Les tribunaux sont par ailleurs souvent critiqués pour leur manque d'empressement à appliquer les décisions de justice rendues par d'autres tribunaux chinois contre des défenseurs locaux. Cette inclination en faveur du pouvoir local a transformé l'idéologie politique en une puissante force extrajudiciaire.

Les difficultés rencontrées dans l'application des décisions judiciaires ont fait surface non seulement dans des différends opposants des parties chinoises, mais aussi dans des affaires à l'issue desquelles des plaignants étrangers avaient obtenu des dommages de tribunaux arbitraux internationaux ou de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC). Bien que le gouvernement central ait donné son appui à des propositions de réforme des tribunaux destinées à effacer ou tout au moins diminuer l'impact du protectionnisme local, la réforme judiciaire n'a pas encore fait de progrès décisifs. Il pourrait être souhaitable que le gouvernement central finance le système judiciaire dans son ensemble, mais des interrogations de taille pèsent sur la possibilité pour celui-ci de réunir des ressources budgétaires suffisantes.

À ce protectionnisme local est souvent associé le phénomène endémique de la corruption¹⁰. Nouvel effet pervers de la perte de contrôle

10. Lü Xiaobo, *Cadres and Corruption. The Organizational Involution of the Chinese Communist Party*, Stanford, Stanford University Press, 2000, 368 p.

L'incomplète réforme par le droit

relative du parti sur certaines sphères de la vie politique locale, la corruption est évidemment un frein puissant à la modernisation du droit chinois et à son application uniforme. Les réformes structurelles nécessaires à l'éradication de ce mal commun à bon nombre d'économies en transition et qui se nourrit de la décentralisation financière et de la relative autonomie laissée aux assemblées populaires locales en matière législative ne semblent pas avoir été mises en place. Selon la Cour suprême, les tribunaux chinois ont traité 350 cas de crimes organisés de type mafieux en 2001, soit plus de six fois le chiffre de l'année 2000¹¹. Le dernier rapport de la Cour fait, quant à lui, état d'une augmentation de 65 % du nombre de fonctionnaires poursuivis ces cinq dernières années pour corruption, le nombre total d'officiels poursuivis dépassant les 80 000¹².

De l'élaboration du droit à sa mise en action – L'opacité toujours réelle du système juridique chinois trouve en partie son fondement dans la fabrique du droit et les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de celui-ci.

Le système législatif chinois s'organise en effet sur trois ou quatre niveaux mal coordonnés. À l'échelle centrale, l'Assemblée nationale populaire et le Conseil des affaires de l'État partagent le pouvoir de promulgation de lois applicables à l'ensemble du territoire. Les assemblées locales peuvent également promulguer des lois à l'échelle des provinces, des préfectures, des districts et des villes, sans compter les règlements publiés par les commissions et ministères à l'échelle nationale ou locale. La hiérarchie législative – pour autant que l'on puisse la désigner ainsi – est de façon tout à fait surprenante parfaitement désordonnée. L'évolution des assemblées locales reste complexe et témoigne à la fois de leur subordination au parti et des divergences qui existent par rapport aux lois et politiques nationales¹³. Face à la multiplication des conflits de lois, l'absence de hiérarchie des normes pose le problème de l'effectivité d'un droit imprécis, souvent contradictoire, et donc difficilement applicable¹⁴. Le texte de la loi législative (*lifafa*) de mars 2000 ne semble avoir fait qu'entériner les pratiques existantes sans garantir la mise en place d'un véritable processus législatif dépolitisé et institutionnalisé.

Disposer d'un attirail législatif encore imparfait mais modernisé est une chose, savoir l'appliquer uniformément, équitablement et en

11. Rapport de la Cour suprême, 11 mars 2002.

12. Rapport de la Cour suprême, 22 mars 2003.

13. Voir Kevin O'Brien, "Chinese People's Congresses and Legislative Embeddedness: Understanding Early Organizational Development", *Comparative Political Studies*, vol. 27, n° 1, avril 1994, p. 80-109 ; et Young Nam Cho, "From 'Rubber Stamps' to 'Iron Stamps': the Emergence of Chinese Local People's Congresses as Supervisory Power-Houses", *The China Quarterly*, n° 171, septembre 2002, p. 724-740.

14. Voir Jan Michiel Otto, Maurice V. Polak, Jianfu Chen (eds), *Law Making in the People's Republic of China*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 300 p.

L'incomplète réforme par le droit

toute indépendance sur l'ensemble d'un immense territoire en est une autre. L'inflation législative sans précédent que connaît la Chine n'est en effet qu'une étape dans la mise en conformité du droit chinois avec les standards internationaux car elle ne garantit en rien la sécurité juridique des affaires et plus largement ce que Jan Michiel Otto désigne par *real legal certainty*, c'est-à-dire la prévisibilité, l'interprétation et l'application des normes¹⁵. Nombreux sont ceux qui, dans le monde académique chinois, dénoncent l'incapacité de la Chine à respecter – aussi rudimentaire soit-elle parfois – sa propre législation. Si l'on en croit ainsi le discours prononcé par Hu Jintao, en décembre 2002, à l'occasion de la célébration de son vingtième anniversaire, la Constitution chinoise offrirait « les garanties juridiques nécessaires pour que l'ensemble des masses populaires puissent pleinement jouir de leurs droits démocratiques et jouer un rôle dans la vie de l'État¹⁶ ». À l'image des fréquentes attaques dont sont victimes les avocats de la défense, l'actualité juridique chinoise nous rappelle pourtant avec cruauté que nous avons à faire à une application pour le moins subjective de la loi¹⁷. Si le droit à un procès équitable existe ne serait-ce que partiellement dans les textes, sa mise en application ne donne souvent lieu qu'à un simulacre de justice.

Des cultures juridiques concurrentes – Le statut incertain des institutions juridiques reflète, en partie, les flux auxquels est soumise la société chinoise. Nous entendons autre chose par « culture juridique », le rapport des gouvernants, y compris des juges, et de l'ensemble de la population au droit. À l'échelle des gouvernants, il s'agit de la façon dont le droit est employé dans la gestion de l'État chinois. La vision instrumentaliste prévaut toujours dans ce domaine, ce qui signifie que : « Les lois et règlements sont conçus pour devenir des instruments politiques et non comme l'expression de normes générales immuables qui s'appliquent constamment pour répondre à une grande variété de comportements humains qui ne sont d'ailleurs pas contraints par ces normes¹⁸. » Le droit chinois est par ailleurs particulièrement formaliste, ce qui signifie que les responsables administratifs et les juges rédigent leurs décisions à l'appui de références formelles aux textes de loi et aux règlements sans fournir la moindre analyse juridique explicite, si bien que les décisions de justice ne

15. Jianfu Chen, Yuwen Li, Jan Michiel Otto (eds), *The Implementation of Law in the People's Republic of China*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 370 p.

16. "Hu Jintao Honors Constitution's Rights", *Human Rights*, n° 3, mai 2003.

17. Sur le cas Zhang Jianzhong, un célèbre avocat de la défense persécuté, voir par exemple *Congressional Executive Commission on China*, <http://www.cecc.gov>. Et Jerome A. Cohen "The Plight of China's Criminal Defense Lawyers", *Hong Kong Law Journal*, vol. 33, part. 1, 2003, p. 231-247.

18. Pitman B. Potter, *The Chinese Legal System: Globalization and Local Legal Culture*, Londres et New York, Routledge, 2001, p. 10.

L'incomplète réforme par le droit

sont pas raisonnées comme sont supposées l'être les décisions anglo-américaines ou françaises analogues.

Il existe toutefois des visions différentes et concurrentes du droit. L'intérêt de la population tout comme les espoirs qu'elle met dans le rôle du droit ne cessent d'augmenter. Qu'il s'agisse de l'engouement grandissant d'une partie des jeunes diplômés pour les professions juridiques et notamment celle d'avocat, de la profusion d'émissions télévisées, de la floraison d'une littérature du système légal (*fazhi wenxue*) située entre le roman de gare et l'enquête sociologique, de la multiplication des litiges civils, voire des différends administratifs ou encore de la volonté jamais démentie des ouvriers de lutter pour leurs droits par la mise en œuvre des moyens juridiques à leur disposition, on assiste depuis une petite dizaine d'années à la naissance d'une culture juridique nouvelle¹⁹. Ainsi, en juin 2003, après la révélation par la presse d'un cas dans lequel un jeune homme avait été battu à mort dans le cadre d'une incarcération, le Premier ministre Wen Jiabo présida une réunion du Conseil des affaires de l'État à l'issue de laquelle il fut décidé de modifier un texte de 1982 sur le vagabondage autorisant la police à détenir administrativement des individus dans l'incapacité de justifier formellement de leur identité.

Si le droit comme élément de rationalisation du social semble à nouveau sacralisé, il est difficile de dire jusqu'où pourra aller cette quête de justice. Le droit, comme d'autres forces de changement, est périodiquement la cible des attaques de conservateurs qui voient dans son développement les signes dangereux d'une perte de contrôle sur les esprits et la société. Ainsi, en août 2003, le *Singtao*, quotidien de Hong Kong, révélait que les autorités centrales, soucieuses de ne pas faire naître des espoirs auxquels elles n'étaient pas en mesure de répondre, avaient demandé aux départements de la propagande et aux institutions académiques de ne plus aborder un ensemble de sujets sensibles parmi lesquels la possibilité d'une réforme constitutionnelle. Que l'on se situe dans le camp des partisans de la réforme politique ou dans celui des défenseurs du *statu quo* autoritaire, la loi est appréhendée différemment aujourd'hui et chacun ne manquera pas de faire usage de cette arme nouvelle qui répond au besoin de dépasser les modes extrajudiciques de gestion du social.

19. Jeffery C. Kinkley, *Chinese Justice, the Fiction: Law and Literature in Modern China*, Stanford, Stanford University Press, 2000, 498 p. Isabelle Thireau et Hua Linshan, "The Moral Universe of Aggrieved Chinese Workers: Workers Appeals to Arbitration Committees and Letters and Visits Offices", *The China Journal*, n° 50, juillet 2003, p. 83-103.

L'incomplète réforme par le droit

L'internationalisation du droit chinois

Un héritage international entre prescriptions et choix

À partir du XIX^e siècle, le droit chinois ne s'est pas développé en vase clos, mais a reflété les influences des systèmes juridiques étrangers et, plus récemment, des normes internationales. L'internationalisation du droit chinois est donc l'occasion de discuter l'influence de la réception des normes et pratiques internationales dans l'ordre interne chinois et les effets sur la réforme légale de cette porosité de plus en plus marquée des ordres juridiques.

Le processus d'institutionnalisation du droit chinois a pris la forme d'un enchevêtrement de normes internes et de normes empruntées à des cultures étrangères. Les rencontres passées du droit chinois et du droit international furent complexes. À la fin du XIX^e siècle, les réformateurs du droit chinois, à l'image de Shen Jiaben, jugèrent nécessaire d'étudier le droit des nations étrangères qui visaient à coloniser la Chine et, jusqu'au triomphe communiste de 1949, le droit chinois s'intéressa tout particulièrement aux modèles continentaux et japonais. Le paradigme stalinien fut bien sûr le seul vers lequel la Chine regarda durant toute l'ère maoïste. Depuis le lancement des réformes, à la fin des années 1970, un certain nombre de modèles étrangers ont été étudiés et adaptés de manière sélective au contexte chinois. Si bien que celui-ci offre désormais le visage d'un curieux syncrétisme.

Les écueils d'un modèle importé – L'influence des systèmes étrangers a en effet été inégale. Dans le domaine législatif, par exemple, « les influences extérieures ont été essentiellement limitées à des procédures internes et à l'organisation des organes législatifs sans toucher les questions plus profondément liées à la domination du parti²⁰ ». Dans le même temps, les législateurs travaillant sur la réforme administrative ont largement emprunté au modèle américain du *Federal Administrative Procedure Act* (APA), ce qui peut apparaître comme assez ironique dans la mesure où l'APA suppose un système de séparation des pouvoirs inexistant en Chine mais qui correspond néanmoins peut-être aux espoirs des réformateurs du droit²¹. Les influences étrangères ont encore été plus marquantes sur les principes généraux du droit civil, codification partielle adoptée lors de la sixième ANP en avril 1986, ou sur les lois successives sur les contrats et plus récemment sur la Loi unifiée sur les contrats de 1999. Signataire des deux pactes des Nations unies, Pékin n'a ratifié que le pacte

20. Pitman B. Potter, *The Chinese Legal System... op. cit.*, p. 35.

21. *Ibid.*, p. 50-52 ; et Pitman B. Potter, "Globalization and Economic Regulation in China: Selective Adaptation of Globalized Norms and Practices", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 2, n° 1, hiver 2003, p. 119-150.

L'incomplète réforme par le droit

sur les droits économiques, culturels et sociaux en ignorant ainsi l'indivisibilité des droits de l'homme et en conditionnant l'octroi de droits politiques à un certain niveau de développement. Opposée à toute limitation d'une souveraineté encore pensée comme absolue, la Chine adapte sélectivement les normes internationales jugées utiles à sa croissance économique à l'image des emprunts consentis dans le domaine de la gouvernance.

L'OMC ou le choix d'une harmonisation juridique planifiée et encadrée – La Chine accéda à l'OMC, le 11 décembre 2001, après plus de quinze ans de négociation. Il ne fait plus de doute que les dirigeants chinois pensèrent cette accession comme un moyen d'accélérer les réformes intérieures. Loin de ne concerner que l'ouverture du marché par l'abaissement des barrières douanières, certains des engagements acceptés par la Chine touchent directement ses institutions légales et administratives. Aussi un nouvel élan a-t-il été donné en faveur d'un approfondissement des réformes juridiques²².

Bien que leur respect intégral soit difficile, les engagements chinois touchent virtuellement un nombre très important de domaines juridiques et administratifs parmi lesquels l'application uniforme du droit, la transparence du système légal et le contrôle juridictionnel des actes de l'administration.

Les engagements chinois consignés dans le Protocole d'accession à l'OMC incluent une obligation de s'assurer que les réglementations locales seront en conformité avec le droit OMC. Un élan réel sera donné à l'application uniforme du droit par la mise en œuvre par la Chine de l'obligation « d'établir un mécanisme sous l'autorité duquel les individus et les entreprises pourront porter à l'attention des autorités nationales des cas d'application non uniforme du régime commercial²³ ». Un certain nombre de progrès ont déjà été enregistrés en la matière, mais il pourrait se révéler difficile de mettre en place de manière effective un mécanisme national visant à modifier ou annuler les textes non conformes aux standards OMC. L'uniformité du droit à l'échelle de l'ensemble du territoire pourrait donc prendre la forme d'une quête ambitieuse mais difficile.

L'impératif de transparence vient renforcer l'idée d'une clarification et d'une rationalisation du droit. Ainsi le gouvernement chinois a-t-il pris l'engagement de ne pas appliquer les lois non publiées, ce qui était jusque-là monnaie courante. Il a également promis « de rendre disponibles à la demande, tous les textes de loi et de règle-

22. Pour une étude détaillée, voir Leïla Choukroune, « L'État de droit par l'internationalisation, objectif des réformes ? », dossier spécial OMC, *Perspectives chinoises*, janvier-février 2002, p. 4-6, 7-21, 78-80, et « L'accession de la Chine à l'OMC et la réforme du droit chinois », dans *La Tradition chinoise, la démocratie et le droit*, ouvrage collectif issu des séminaires de P. E. Will et Mireille Delmas-Marty au Collège de France, à paraître 1^{er} semestre 2004.

23. Protocole d'accession, art. 2 (A) 4.

L'incomplète réforme par le droit

ments et autres mesures relevant du régime commercial ou l'affectant avant que ces mesures ne soient mises en œuvre ou appliquées²⁴ ». Ces dispositions demanderont donc que les autorités administratives ou législatives rendent publiques avant qu'elles n'entrent en vigueur un bien plus grand nombre de lois et règlements qu'elles ne le faisaient auparavant. Dans cette optique, on peut attendre que les fameuses circulaires internes ou mesures discrétionnaires, bien connues sous le terme de *neibu tongxin*, disparaissent, du moins dans le domaine des affaires économiques et commerciales. À l'heure actuelle, la Chine continue de maintenir un certain nombre de dispositions de ce type. Espérons qu'il s'agit d'une question de temps et que ce processus n'échappe pas tout à fait au gouvernement central. Le respect de cet impératif de transparence permettrait notamment de réduire le degré d'opacité d'un processus législatif resté pendant des décennies impénétrable aux regards étrangers au système.

La Chine est en effet en train d'expérimenter l'idée d'une participation extérieure au processus législatif. La loi législative de 2000 offre aux organes législatifs et aux administrations le cadre général permettant d'organiser des consultations avec les citoyens ou les institutions concernés. De façon similaire, le Conseil des affaires d'État a récemment adopté des règlements permettant de diriger le processus législatif dans le sens « d'enquêtes et d'études approfondies ou spécifiques des principaux problèmes rencontrés dans la phase législative préparatoire ». De plus, si les intérêts « vitaux des citoyens, des entreprises ou d'autres institutions » étaient impliqués, des « consultations » pourraient être organisées. Une disposition comparable a été introduite dans les règlements sur la rédaction des règles par les agences du Conseil des affaires d'État. Des expériences sont menées en ce moment dans le sens d'une plus grande transparence de l'élaboration du droit chinois. Un temps considérable devra néanmoins s'écouler avant que ces expériences aboutissent et que les gouvernants changent leurs mentalités de façon à accepter les commentaires extérieurs au processus législatif habituel.

L'un des engagements les plus ambitieux acceptés par la Chine lors de son accession à l'OMC consiste en l'instauration d'un contrôle juridictionnel des actes de l'administration. Il est difficile de savoir si la tâche principale du contrôle des décisions administratives sera effectuée par les tribunaux. Si tel est le cas, il conviendrait d'ajouter à la liste des faiblesses déjà mentionnées (manque de professionnalisme, protectionnisme local et corruption) un certain nombre d'autres difficultés qui ont trait au caractère limité du pouvoir des tribunaux.

24. Protocole d'accession, 2 (C) 1.

L'incomplète réforme par le droit

Le texte principal auquel on peut se référer pour protester contre l'arbitraire de la bureaucratie reste la Loi de procédure administrative adoptée en 1989. Ce texte permet en effet aux parties concernées de poursuivre les agences de l'État devant les tribunaux²⁵. La Loi sur les réparations étatiques de 1994 tout comme celle sur les pénalités administratives de 1996 participent de cette même évolution. Les administrés sont pourtant loin de recourir de façon exagérée à cette forme de justice puisque seulement 2 % des six millions de cas que les tribunaux chinois ont eu à traiter l'an passé se rapportaient à un différend entre un citoyen et une administration. Il faut préciser que la Loi de 1989 n'autorise qu'un contrôle fort limité. Les tribunaux ne peuvent se prononcer que sur la légalité des décisions et non sur leur validité ou sur leur caractère raisonnable. Les règlements chinois sont par ailleurs intentionnellement rédigés dans un langage vague afin de fournir le maximum d'autorité discrétionnaire aux agences de l'État, et il est donc difficile de démontrer qu'un tel texte a bel et bien été violé. De plus, si un tribunal constate qu'une règle contredit une règle d'un niveau supérieur, il ne peut l'invalider et peut tout au plus refuser de l'appliquer, ce qui arrive très rarement. En conséquence, aussi longtemps qu'une action administrative est techniquement en accord avec la règle qu'elle applique, cet acte peut ne pas être remis en cause par un tribunal. En fonction de la Constitution et de la doctrine législative chinoise, les législatures sont placées à un degré supérieur aux tribunaux en place, elles seules sont donc investies du pouvoir d'invalider une loi ou un règlement administratif alors que les tribunaux n'en ont pas la possibilité.

Afin de dépasser ce cadre strict, la réforme du droit administratif vise à élargir les procédures de recours contre les lois ou règlements administratifs nationaux ou locaux. Ainsi par exemple, en août 2003, l'ANP a adopté une loi sur les licences visant à définir – et limiter – les pouvoirs des gouvernements et administrations locales leur permettant de publier des règlements sur lesquels les officiels se fondent pour accorder, suspendre ou modifier des licences. Ce nouveau texte devrait également permettre aux parties lésées de défendre leurs positions, à l'occasion, dans certains cas, d'auditions publiques. Un travail législatif est également en cours afin d'aboutir à la rédaction par la Commission des affaires législatives de l'ANP d'un code de procédure administrative complet. Il reste néanmoins à savoir si les pouvoirs des tribunaux pourront être élargis de sorte qu'ils puissent supporter le poids qu'un tel texte ferait peser sur leurs épaules. Aussi les législateurs chinois envisagent-ils de revoir la Loi de procédure administrative de 1989.

25. Minxin Pei, "Citizens vs. Mandarins: Administrative Litigation in China", *The China Quarterly*, n° 152, 1997, p. 832-862.

L'incomplète réforme par le droit

Si les engagements acceptés par la Chine devant l'OMC en termes de construction d'un futur État de droit sont clairement soulignés par son protocole d'accession, des obstacles de taille existent sur la voie de l'application de ces dispositions. De la position incertaine des tribunaux face aux administrations, au protectionnisme ou à la corruption, tous ces facteurs contribuent à sérieusement diluer la capacité des institutions de la RPC à répondre aux exigences substantielles posées par l'OMC.

L'État de droit par l'internationalisation à l'heure d'une première évaluation

L'accession de la Chine à l'OMC et les conséquences potentielles de cette intégration volontaire et négociée dans le commerce international en termes d'harmonisation des normes et pratiques chinoises avec les standards internationaux témoignent de l'effritement des frontières normatives de la Chine des réformes. Peut-on pour autant parler de l'instauration d'un « État de droit économique » en partie issu de l'assistance juridique substantielle apportée par des institutions multilatérales comme la Banque asiatique de développement, l'Union européenne, la Ford et l'Asia Foundation ou encore GTZ (l'agence allemande de coopération pour le développement²⁶) ? Anti-Léviathan et nouveau Fils du ciel, l'« État socialiste de droit » serait le remède à tous les maux d'une Chine qui rejette toujours la démocratie et a fait le choix d'une acculturation superficielle à un système de pensée juridique mondialisé, mais il est vrai encore très largement occidental. S'il est bien difficile de s'accorder sur une définition commune d'un concept aux confluent du droit interne et du droit international, on peut tout au moins penser que l'État de droit vise en quelque sorte à circonscrire la puissance de l'État par le droit et à garantir les droits de la personne humaine. La possibilité d'établir un État de droit tel qu'il est défini en Occident est lourdement hypothéquée en Chine par un mimétisme formel qui n'a pas su tirer les leçons de l'effondrement d'une partie du monde communiste et se refuse à associer droits de l'homme, démocratie pluraliste et État de droit²⁷.

26. GTZ, «*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit*». Voir HRIC, «Funding the Rule of Law and Civil Society», *China Rights Forum*, n° 3, 2003.

27. James V. Feinerman, «The Rule of Law Imposed from Outside: China's Foreign Oriented Regime since 1978», in Karen G. Turner, James V. Feinerman et R. Kent Guy (eds), *The Limits of the Rule of Law in China*, Seattle et Londres, University of Washington Press, 2000, p. 304-324. Randall Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 673 p.

L'incomplète réforme par le droit

La réforme du droit chinois reste un édifice en construction. Cette Longue Marche inachevée n'empruntera donc pas un chemin unique, mais traversera au contraire un certain nombre de voies alternatives, y compris celle qui prolonge l'existence du régime autoritaire actuel en ignorant l'apparition de ce qui pourrait devenir une opposition politique organisée et la montée en puissance d'une société civile vivante. Le pouvoir chinois ne connaît pas encore le but définitif des réformes économiques qu'il a entreprises et résiste activement à toute transformation du régime en une démocratie libérale. L'absence de volonté politique partagée nuit à la qualité de la loi et à l'établissement d'un véritable État de droit.

Mais de quelle sorte de rationalité juridique a-t-on besoin dans une économie de marché ? Il semble, comme le montre Donald Clarke, qu'une rationalité informelle pareille à celle qu'offre le système chinois d'aujourd'hui suffise à créer un environnement propice aux affaires sans poser les fondements légaux d'un futur État, si ce n'est immédiatement démocratique, du moins transparent, respectueux de la personne humaine et contrôlé indépendamment²⁸. Cette hypothèse remettrait profondément en cause les critères d'analyse sur lesquels les organisations internationales fondent leur appréciation de la qualité d'une gouvernance qui a remplacé l'idée de conditionnalité démocratique.

Le despotisme chinois s'accommode fort bien d'un capitalisme revisité car dépourvu de son fondement démocratique. Se satisfera-t-il aussi d'un État de droit travesti ? En proie à des bouleversements continus et nécessaires au renouvellement d'une grande culture qui tend par essence vers une certaine forme d'universalité protectrice des différences et de l'individu, la Chine doit désormais trouver sa propre voie (*Dao*).

Stanley B. Lubman et Leïla Choukroune

28. Donald C. Clarke, "Economic Development and the Rights Hypothesis: The China Problem", *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, n° 1, hiver 2003, p. 89-111.