



Julie Courtois

La règle de droit en Chine : d'un concept hybride à une application judiciaire pragmatique

COURTOIS Julie. *La règle de droit en Chine : d'un concept hybride à une application judiciaire pragmatique*, sous la direction de Frédérique Ferrand. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2018.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2018LYSE3054>



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2018LYSE3054

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
Opérée au sein de
l'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de DROIT (ED 492)

Discipline de doctorat :
DROIT mention DROIT COMPARÉ

Soutenue publiquement le 24/10/2018, par
Julie COURTOIS

**La règle de droit en Chine : d'un
concept hybride à une application
judiciaire pragmatique**

Devant le jury composé de :

FRICERO Natalie, Professeure de droit privé, Université de Nice, Rapporteuse

GORÉ Marie, Professeure de droit privé, Université Paris II, Rapporteuse

CADIET Loïc, Professeur de droit privé, Université Paris I, Examineur

DEUMIER Pascale, Professeure de droit privé, Université JML3, Examinatrice

FERRAND Frédérique, Professeure de droit privé, Université JML3, Directrice de thèse

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ce long travail de recherche n'aurait pu voir le jour sans le soutien et les précieux conseils de ma directrice de thèse, Mme Ferrand, qui m'a acceptée dans son équipe et m'a fait confiance jusqu'à la fin. Qu'elle me pardonne le temps passé à relire mes premiers essais...

Un énorme merci à l'équipe de l'IDCEL : Nicolas, pour sa patience, son aide et les longues discussions autour du droit chinois ; Laurence, pour sa motivation, ses encouragements et pour m'avoir permis de faire mes premiers pas dans l'enseignement du droit ; Gabriela, pour sa bonne humeur et son accueil toujours chaleureux.

Je remercie également l'Université de Xiamen et l'équipe des professeurs, en particulier M. Zhu Yansheng, pour m'avoir accueillie avec autant de bienfaisance et pour m'avoir permis de véritablement « plonger » au cœur du droit chinois.

Je tiens à remercier vivement les membres du jury, M. Cadiet, Mme Deumier, Mme Fricero et Mme Goré pour avoir accepté de lire et de discuter de mes travaux ; je n'aurais pu espérer un meilleur jury.

Plus personnellement, je remercie de tout mon cœur mes parents, qui m'ont toujours apporté un soutien infaillible, surtout dans les moments les plus difficiles. Que ce travail de thèse puisse vous rendre fière de votre fille, qui vous aime tout simplement.

Enfin, j'adresse toute ma gratitude à mon entourage et à mon « comité de relecture » : Lucas, qui a vécu pleinement les trois dernières années de ma thèse avec moi ; Pauline, qui sait trouver les mots justes, autant dans l'écriture d'une thèse que dans la vie quotidienne ; Marion, Cécilie et Corinne, qui n'ont pas hésité à répondre à l'appel quand j'avais besoin d'elles. Merci à tous mes ami(e)s, qu'ils soient en Chine, en France ou aux États-Unis pour votre aide apportée à ce travail.

Liste des abréviations

<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité Juridique Famille</i>
al.	alinéa(s)
<i>Annales HSS</i>	<i>Revue Annales. Histoire, Science Sociales.</i>
APN	Assemblée Populaire Nationale (人民代表大会)
art.	article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
aut.	automne
<i>B.C., Int'l & Comp. L. Rev.</i>	<i>Boston College International and Comparative Law Review</i>
<i>Bull. ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile</i>
<i>Bull. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre mixte</i>
CAE	Conseil des affaires d'État chinois (国务院)
Cass. ch. mixte:	Cour de cassation, Chambre Mixte
Cass. civ. 1 ^{re}	Cour de cassation, Première Chambre civile
Cass. civ. 2 ^e	Cour de cassation, Deuxième Chambre civile
Cass. civ. 3 ^e	Cour de cassation, Troisième Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
C.C	Conseil Constitutionnel
CCPPC	Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois (中国人民政治协商会议)
CE	Conseil d'État français
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
<i>Chi.-Kent. L. Rev</i>	<i>Chicago-Kent Law Review</i>
<i>Chinese L. & Gov't</i>	<i>Chinese Law & Government Review</i>
Chron.	Chronique
CPAPN	Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale (全国人民代表大会常务委员会)
COJ	Code de l'organisation judiciaire français
Coll.	collection
<i>Colum. J. Asian L.</i>	<i>Columbia Journal of Asian Law</i>

Comm.	commentaire
Convention EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile français
CPCE	Code de procédure civile d'exécution français
CPS	Cour Populaire Suprême (最高人民法院)
<i>D./ Rec. Dalloz</i>	<i>Receuil Dalloz</i>
<i>D. act. / D. actualité</i>	<i>Dalloz actualité</i>
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois
déc.	décembre
(dir.)	sous la direction de
<i>Dispositions générales</i>	<i>Dispositions générales de droit civil de la RPC</i> (中华人民共和国民法总则)
doctr.	doctrine
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
éd.	édition
éd. Shs	édition sciences humaines et sociales.
<i>et al.</i>	<i>et alius/ et alii</i>
etc.	<i>et cetera</i>
et s.	et suivant(es).
ex.	exemple
fév.	février
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
GEMME	Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation
<i>Hastings Int'l & Comp. L. Rev</i>	<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>
<i>Hong Kong L. J.</i>	<i>Hong-Kong Law journal</i>
<i>Ibid/ ib.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>ICC France</i>	<i>France Chambre de Commerce Internationale</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> (même référence que citée précédemment)
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)
IGSJ	Inspection Générale des Services Judiciaires
<i>In</i>	dans
<i>Infra</i>	ci-dessous
janv.	janvier
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique, édition Entreprise et affaires</i>

<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition Générale</i>
juil.	juillet
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence</i>
LPC	<i>Loi sur la Procédure Civile de la RPC</i> (中华人民共和国民事诉讼法)
MARD	Modes Amiables de Règlement des Différends
n°	numéro
not.	notamment
nov.	novembre
p.	page
pp.	pages
PPS	Procureur Populaire Suprême
Obs.	observations
oct.	octobre
<i>op.cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage cité)
PCC	Parti Communiste Chinois
Puf	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de Constitutionnalité
RA	Région Autonome
<i>Rec. Dall.</i>	<i>Recueil dalloz</i>
rééd.	réédition
<i>RDC</i>	<i>Revue de droit des contrats</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revue générale des procédures</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RPC	République Populaire de Chine (中华人民共和国)
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit civil</i>
sept.	septembre
<i>Supra</i>	ci-dessus
<i>Stan. J. Int'l L.</i>	Stanford Journal of International Law
URL	adresse de la ressource internet
t.	tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance

V.

voir

Vol.

volume

*Willamette J. Int'l L. &
Dispute Resolution*

*Willamette Journal of International Law and Dispute
Resolution*

Windsor Y.B Access to Just.

Windstor Yearbook of Access to Justice

ZES

Zone Économique Spéciale

Glossaire

La règle de droit en Chine : d'un concept hybride à une application judiciaire pragmatique 中国法律法规：从混合概念到实用司法适用 (*zhongguo falüfagui : cong hunhe gainian dao shiyong sifa shiyong*)

A

Accord de médiation 调解协议 (*tiaojie xieyi*)
Acte de médiation 调解书 (*tiaojie shu*)
Action 诉权 (*su quan*)
Action en contestation (du procureur) 抗诉权 (*kangsu quan*)
Appel (d'une décision) 上诉 (*shangsu*)
Application (judiciaire du droit) 适用 (*shiyong*)
Arrêté(s) 规章 (*guizhang*)
Assemblée Populaire Nationale 全国人民代表大会 (*quanguo renmin daibiao dahui*)

B

Bases révolutionnaires 根据地 (*genjudi*)
« *bugao buli* » (不告不理) *ce qui n'est pas dit ne doit pas être traité*

C

Cas directeur 指导性案例 (*zhidaoxing anli*)
Cause (du procès, de l'affaire) 案由 (*an'you*)
Centralisme démocratique 民主集中制 (*minzhu jizhong zhi*)
Chambre d'enregistrement 立案登记制 (*li'an dengji zhi*)
Chine 中国 (*zhongguo*)
Cinq interrogatoires (pratique des) 五听 (*wuting*)
Code civil 民法典 (*minfa dian*)
Commission Centrale des Affaires juridico-politiques 中共中央政法委员会 [ou 中央政法委] (*zhong gong zhongyang zhengfa weiyuanhui*)
Comité de jugement 审判委员会 (*shenpan weiyuanhui*)

Comité Permanent (de l'APN)	(全国人民代表大会)常务委员会 (<i>quanguo rein daibiao da hui</i> <i>changyu weiyuanhui</i>)
Concentration des pouvoirs législatif et administratif (Principe de)	议行合一 (<i>yixing heyi</i>)
Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois	中国人民政治协商会议 (<i>zhongguo renmin zhengzhi xieshang huiyi</i>)
Conflit	矛盾 (<i>maodun</i>)
Contestation de la compétence juridictionnelle	对管辖异议 (<i>dui guanxia yiyi</i>)
Contentieux contractuel	合同纠纷 (<i>hetong jiefen</i>)
Contentieux délictuel	侵权纠纷 (<i>qinquan jiefen</i>)
Constitution	宪法 (<i>xianfa</i>)
Cour Populaire Suprême	最高人民法院 (<i>zuigao renmin fayuan</i>)

D

<i>Daliyuan</i> (ancienne haute juridiction suprême chinoise)	大理院
Déclaration(s) des parties	当事人的陈述 (<i>dangshiren de chenshu</i>)
Différend / contentieux	纠纷 (<i>jiufen</i>)
Données visuelles et audiovisuelles	视听资料 (<i>shi-ting ziliao</i>)
Données électroniques	电子数据 (<i>dianzi shuju</i>)
Droits et intérêts légaux	合法权益 (<i>hefa quanyi</i>)
Droits et intérêts civils	民事权益 (<i>minshi quanyi</i>)
Droit substantiel subjectif (qui s'apparente à)	权利 (<i>quanli</i>)

E-H

Enrichissement sans cause	不当得利 (<i>budangdeli</i>)
Erreur	错误 (<i>cuowu</i>)
Exécution (d'une décision de justice)	执行 (<i>zhixing</i>)
Extra-judiciaire	非诉讼 (<i>fei susong</i>)
France	法国 (<i>faguo</i>)
Fondamental	基本 (<i>jiben</i>)
Gouvernement populaire	人民政府 (<i>renmin zhenfu</i>)
Grand Code des Qing	大清律例 (<i>Da Qing Lü li</i>)
Homologation	司法确认 (<i>sifa queren</i>)

I-J

Intérêt	利益 (<i>liyi</i>)
Interprétation	解释 (<i>jieshi</i>)
Irrecevabilité de la demande en justice prononcée par la chambre d'enregistrement chinoise	不予受理 (<i>buyu shouli</i>)
Irrecevabilité prononcée par le juge du fond	驳回起诉 (<i>mahui qisu</i>)
Juge <i>Maxiwu</i>	马锡武
Jugement	判决 (<i>panjue</i>)

L

Législation locale	地方性法规 (<i>difangxing fagui</i>)
Loi	法律 (<i>fali</i>)
<i>li</i> (rite)	礼
<i>LI</i> (ordre, raison)	理
<i>Li</i> (article additionnel, additif, complémentaire)	例

M

Médiation	调解 (<i>tiaojie</i>)
Médiation judiciaire déléguée avant l'introduction d'instance	委派调解 (<i>weipai tiaojie</i>)
Médiation judiciaire déléguée pendant l'instance	委托调解 (<i>weituo tiaojie</i>)
Médiation judiciaire	司法调解 (<i>sifa tiaojie</i>)
Médiation populaire	人民调解 (<i>renmin tiaojie</i>)
Médiation préalable	先行调解 (<i>xianxin tiaojie</i>)
Médiation dite « spéciale »	特邀调解 (<i>teyao tiaojie</i>)
Mesure d'instruction	调查收集 (<i>tiaocha shouji</i>)
Municipalités sous le contrôle direct du gouvernement central	直辖市 (<i>zhixiashi</i>)

O

Objet du procès	诉讼标的 (<i>susong biaode</i>)
Opinion	意见 (<i>yijian</i>)
Ordonnance (décision juridictionnelle)	裁定 (<i>caiding</i>)

P-Q

Parti Communiste Chinois	中国共产党 (<i>zhongguo gongchandang</i>)
Partie (au procès)	当事人 (<i>dangshiren</i>)
Phase de préparation avant audience (mise en état)	审理前的准备 (<i>shenliqian de zhunbei</i>)
Phase d'acceptation de la demande en justice	起诉和受理 (<i>qisu he shouli</i>)
Préfectures autonomes	自治州 (<i>zi zhizhou</i>)
Prétention	请求权 (<i>qingqiu quan</i>)
Preuve	证据 (<i>zhengju</i>)
Preuves écrites	书证 (<i>shuzheing</i>)
Preuves matérielles	物证 (<i>wuzheng</i>)
Preuve légale (système de)	法定证据 (<i>fading zhengju</i>)
Preuve libre (système de)	自由心证 (<i>ziyou zhengju</i>)
Principe	原则 (<i>yuanze</i>)
Procédure de révision des affaires	审判监督程序 (<i>shenpan jiandu chengxu</i>)
Procédure de seconde instance	第二审程序 (<i>di'er shen chengxu</i>)
Procureur	检察机关 (<i>jiancha jiguan</i>)
Provinces	省 (<i>shen</i>)
Publicité des jugements	公开审判原则 (<i>gongkai shenpan yuanze</i>)

R

Rechercher la vérité dans les faits (principe de)	实事求是 (<i>shishi qiu shi</i>)
Recommandation	建议 (<i>jianyi</i>)
Régions Autonomes	自治区 (<i>zi zhaiqu</i>)
Règle(s)	规定 (<i>guiding</i>)
Règlement(s)	条例 (<i>tiaoli</i>)
Réponse	批复 (<i>pifu</i>)

S

Société harmonieuse	和谐社会 (<i>hexie shehui</i>)
Sous-préfectures – districts – comtés	县 (<i>xian</i>)
Source de droit	法源 (<i>fayuan</i>)

T

Témoignages	证人证言 (<i>zhengren zhengyan</i>)
Théorie du droit (science du droit)	法理学 (<i>falixue</i>)
Tribunal (populaire)	(人民) 法院 (<i>renmin fayuan</i>)

U-Z

Villes	市 (<i>shi</i>)
<i>Yamen</i>	衙门

Sommaire

Introduction.....	19
Première partie : Étude comparée franco-chinoise de la formation du concept de la règle de droit.....	37
Titre I : Vers l'uniformisation des conceptions franco-chinoise de la règle de droit ?	39
Chapitre 1. Des manières de penser le droit : comparaison de l'évolution des pensées juridiques franco-chinoise.	41
Chapitre 2. L'hybridité de la pensée juridique chinoise entre tradition et transfert de droit.....	105
Conclusion du Titre I.	184
Titre II. Les modes de production contemporains de la règle de droit	187
Chapitre 1. L'agencement des foyers juridiques dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.....	189
Chapitre 2. L'agencement des sources de droit dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.....	259
Conclusion du Titre II.....	331
Conclusion de la première partie.....	333
Seconde Partie : L'application pragmatique de la règle de droit dans la résolution des différends civils.....	337
Titre I : L'application de la règle de droit dans une logique juridictionnelle.	339
Chapitre 1. La mise en place d'un système de résolution des conflits privés par les tribunaux chinois.	341
Chapitre 2. Le contentieux civil en Chine : à la recherche de la vérité objective comme garantie de la justesse du jugement.	410
Conclusion du Titre I.	479
Titre II. L'application de la règle de droit dans une logique harmonieuse.	481
Chapitre 1. Des modèles d'intégration juridique d'une justice apaisée.....	483
Chapitre 2. Vers de nouvelles dynamiques dans le développement d'une justice amiable.	543
Conclusion du Titre II.....	609
Conclusion de la seconde partie.....	611
Conclusion générale	615
Bibliographie	623
Index.....	695
Annexes	699

Introduction

1. Le postulat de recherche sur la règle de droit. La règle de droit constitue un objet d'étude en soi. Cette notion est en effet centrale à la théorie du droit qui l'aborde, bien souvent, dans un paradigme ontologique, le but étant de répondre à la question : qu'est-ce qu'une règle de droit¹ ? En France, les définitions proposées varient en fonction du courant doctrinal (pour ne citer que le positivisme ou le réalisme²) et du domaine de recherche dans lesquels elles s'inscrivent. La règle de droit n'est en effet pas l'apanage des juristes positivistes et peut être appréhendée par d'autres sciences sociales : sociologie, histoire ou encore science politique.

En dépit de ces différentes approches, un certain consensus existe chez les juristes français sur le fait qu'une règle de droit désigne une « règle de conduite dont le respect est assuré par l'autorité publique³ ». Cette définition est acceptable en ce qu'elle reflète un phénomène juridique majoritairement constaté. Plus précisément, grâce à cette définition, les juristes français et les juristes chinois parviennent à une

¹ Denis de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997 ; sur la tentative d'isolation de la règle de droit par opposition aux règles morales et aux règles sociales, Jean Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, pp. 50-54, n°38-41 ; les règles de droit (normes juridiques) sont ici conçues comme des prescriptions (commandement et sanction, p. 45, n°33) qui ne doivent pas être réduites à la seule idée de loi, entendue comme norme générale et abstraite (p. 49, n°36).

² Pour un exemple de réalisme scandinave, Alf Ross, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », *In Introduction à l'empirisme juridique*, Traduction Éric Millard, Elsa Matzner, LGDJ, 2004, p. 32 : (au sujet des difficultés à identifier les sources du droit du seul point de vue de leur validité formelle) « si le droit est un phénomène de la réalité empirique, c'est l'expérience et elle seule qui doit être la source de la connaissance du droit. [...] La situation est telle que le droit n'est jamais pensé exclusivement [d'une seule façon], mais qu'il se présente comme une structure idéale se manifestant dans la réalité par des actes empiriques [...] ».

³ Paul Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz [1951], 2^{ème} éd., 2005, p. 5 ; en outre, comme le relève Éric Millard, il y a bien différentes conceptions du droit : règle de conduite, modèle pour l'action, idée de la justice, expression d'un ordre social etc. tout en relevant que la théorie générale du droit est impuissante à définir exactement, dans un cadre ontologique, le droit. Pour l'auteur, l'étude du droit en tant qu'ensemble de prescriptions se conçoit dans un ordre structuré et aborde nécessairement les valeurs qu'il incarne : Éric Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, pp. 20-24.

même compréhension de la règle de droit, qui s'entend en premier lieu dans l'État⁴. Bien évidemment, une telle approche n'est pas exempte de critique⁵. Mais, si l'on garde à l'esprit qu'il existe effectivement d'autres acceptions possibles de la règle de droit⁶ et que la définition retenue comporte des limites⁷, la polysémie de l'expression

⁴ Denis de Béchillon, *op.cit.*, p. 96 qui use de l'État comme « choix de modèle d'observation » de la règle de droit. Le positivisme étatique est un paradigme partagé entre les intellectuels français et chinois.

⁵ La première critique d'une définition du droit dans l'État provient de toute évidence, des mutations institutionnelles post-modernes : la « déterritorialisation » de l'État et l'avènement d'une managérialisation du droit (Jacques Commaille, *À quoi nous sert le droit ?* Gallimard, 2015, pp. 204 ; 234) où les normes juridiques deviennent instrumentalisées pour réaliser des « programmes finalisés » (François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires de St Louis, 2^{ème} éd., 2010, pp. 125-182, pp. 147-148 : « la norme juridique [...] dont le contenu est surdéterminé par des logiques des sous-secteurs qu'on entend réguler [...] et dont l'usage est instrumentalisé au gré des stratégies définies par les politiques publiques : autrement dit, la conformité au droit n'est plus un objectif en soi, mais seulement un moyen, voire une ressource pour atteindre la performance escomptée. »). Le phénomène de transition post-moderne influe nécessairement sur la qualité de la règle de droit (Denis de Béchillon, *op.cit.*, p. 32 : « on veut voir en chacune d'elles [les normes juridiques] un moyen au service d'une politique, publique ou privée. *Ipsa facto*, la demande d'évaluation du Droit est de plus en plus grande : telle norme a-t-elle produit le résultat attendu ? Telle technique de formation des règles juridiques s'est-elle montrée adaptée aux « objectifs » poursuivis, surtout s'ils sont multiples et/ ou antagonistes ? Bref, la rationalité juridique devient (partiellement) technico-économique ; « managériale ». On veut des « résultats » quantifiables de l'action juridique, et non seulement la certitude que son exercice aura été légal ») ; on parle alors de « crise du modèle de régulation » (Jacques Commaille, « Les enjeux politiques d'un régime de connaissance sur le droit. La sociologie du droit de Georges Gurvitch », *Droit et société*, 2016/3, n°94, pp. 547-564) ; sur l'utilisation de l'argument légaliste dans les sociétés libérales permettant d'asseoir la légitimité du pouvoir politique : Olivier Corten, « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droits et Société*, 20-2002, pp. 185-203 (nous verrons que ce phénomène d'instrumentalisation du droit se retrouve également en Chine) ; la remise en cause de la régulation étatique n'est pas propre au XXI^{ème} siècle (Alain Chouraqui, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Droit et Société*, 1989, n°13, pp. 420 et s.) ; sur la notion de régulation en tant que « non-concept » (en tout cas en France) : Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, Paris Puf, 1997, pp. 162 et s., qui situe la régulation entre la réglementation et l'interprétation (p. 190) ; pour la régulation entendue comme « crise du droit moderne » : Pauline Maisani, Florence Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, 1994, n°27, p. 445 ; la régulation est à rapprocher de la notion de gouvernance, à la base d'un nouveau modèle d'État : Jacques Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? » *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, pp. 203-217 ; plus généralement, V. du même auteur, *L'État post-moderne*, LGDJ, 5^e éd., 2017 ; sur la transition de la notion gouvernement à celle de gouvernance : Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, pp. 43-50 ; et d'efficacité (Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », In Bertrand Faure (dir.) *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2012, p. 31 : « l'inscription d'objectifs dans la loi est porteuse d'une nouvelle efficacité normative ». Dans la comparaison de droits étrangers, le droit positif (*i.e.* conçu dans un cadre étatique) peut ne pas avoir la même place dans le droit étranger que dans le droit de référence : Mauro Bussani, « Les fermetures de la comparaison juridique », In *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, pp. 215 et s. ; d'où la nécessité de recourir à d'autres sciences comme la sociologie, dans le comparatisme : François Terré, « Sociologie juridique et droit comparé », *idem*, pp. 1001 et s. ; ou l'inverse : Jean Carbonnier, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », In *Livre du centenaire*, Société de législation comparée, 1969.

⁶ Par ex., Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, *op.cit.*, pp. 29-38, qui analyse la norme juridique autour de l'idée de l'« engendrement du droit » *i.e.* la méthode de production de la norme par son passage du général au singulier par la parole du juge ; V. aussi sur la conception de norme basée sur celle de modèle : Denis de Béchillon, *op.cit.*, p. 37, pour qui la norme cherche « à faire coïncider la réalité avec

n'est plus un obstacle à son étude dans un système juridique étranger dès lors que le sens retenu se comprend aussi bien, pour la présente étude, en France qu'en Chine.

2. Ainsi, l'étude du *concept* de la règle de droit en Chine s'entend moins d'une étude sur l'ensemble des phénomènes sociaux constitutifs ou non de droit que d'une analyse axée sur l'appréhension, par les juristes chinois, de la norme juridique. Dans la mesure du possible, le choix a donc été fait de laisser la parole à ces juristes, pour offrir au lecteur français une image non seulement du droit positif chinois mais également du paradigme intellectuel dans lequel est conçue la règle de droit. À ce titre, la compréhension du phénomène juridique chinois ne peut pas non plus faire l'économie de ses origines historiques, de la même manière que l'intelligence du droit français ne pourrait se concevoir sans l'apport, par exemple, du droit romain. En outre, le point de vue français à partir duquel est abordé le droit chinois, par nature étranger au phénomène juridique français, justifie une approche un minimum contextualiste⁸. L'inclusion des événements historiques (sociaux et/ou intellectuels) ayant participé à la construction du phénomène juridique chinois dans la recherche d'une qualification de la règle de droit chinoise est donc inévitable. Enfin, l'appréhension de la structure normative chinoise contemporaine ne peut passer sous silence, au sein d'une approche positiviste du droit, l'agencement de l'État chinois dans une dynamique horizontale (État *versus* pouvoir politique) et verticale (autorités centrales *versus* autorités locales) et nécessite donc d'aborder les principes constitutionnels chinois⁹.

Il est important de souligner que cette étude rend compte des particularités du droit chinois *au regard du droit français*. Le système juridique français constitue ainsi

les modèles qu'elle[s] pose[nt]. » ; Antoine Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199 ; Paul Amselek, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, t. 2, 1980, pp. 89-107 ; du même auteur, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, pp. 7-10 ; pour une définition de la règle de droit au travers du paradigme du jeu : Denis Allard, « La « règle » est-elle le « K » du juriste ? », *Droits*, 2016/1, n°63, pp. 127-148.

⁷ Giorgio Resta, « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal*, 62 :4, 2017, p. 1194 : ces limites sont très bien formulées dans les critiques, exposées par l'auteur, des présupposés intellectuels à partir desquels s'exerce ce qu'il dénomme le « droit comparé orthodoxe », à savoir : « l'identification du droit avec le droit étatique, la distinction entre droit privé et droit public [...] et à la conception scientiste du droit (qu'il soit national ou étranger) comme entité ontologiquement capable d'être décrit et comparée d'une manière détachée, neutre et objective ».

⁸ Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, 2005, p. 129.

⁹ Officiellement, la *Constitution de la République Populaire de Chine* instaure une idéologie d'État marxiste. Toutefois, qualifier le droit chinois de droit marxiste est très discutable au regard de la théorie générale marxiste du droit. V. not. Evgueni B. Pašukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, [1924], EDI Paris, éd. 1976 ; pour certains auteurs comme Giorgio Resta, le droit public serait incommensurable et « soustrait au rapprochement supranational » (préc., p. 1187).

le référent général de comparaison ; or, tout référent s'accompagne des avantages et des inconvénients classiques du droit comparé¹⁰.

3. Justification et limites de la comparaison. L'avantage de l'approche comparative reste la mise en perspective de deux systèmes de droit (qui plus est écrit) : le référent français constitue ainsi un point d'ancrage qui permet au juriste non sinologue de ne pas « se perdre » dans un droit étranger. Inversement le droit étranger permet une prise de recul sur certains aspects du droit référentiel. En revanche, des difficultés apparaissent lorsque le rapprochement entre les deux droits est impossible en raison de l'inexistence, dans un des deux systèmes juridiques étudiés, de catégories, de mécanismes ou encore de concepts existants dans l'autre. Dans ce cas, la comparaison doit laisser la place à la description.

L'analyse descriptive n'est toutefois pas dénuée d'intérêt lorsqu'elle permet d'approfondir la compréhension du droit étranger :

« Le comparatiste et le juriste spécialisé sur un droit étranger font (ou devraient faire) le même travail. La compréhension d'un autre droit est un travail de construction ou, plus exactement, de reconstruction. Ce n'est pas seulement une accumulation de données. La différence naît de la nature des objectifs qui divergent. Le spécialiste d'un ou plusieurs droits étrangers vise à les "regarder de l'intérieur, en eux-mêmes et pour eux-mêmes". En revanche, le comparatiste ne cherche pas tant à étudier le droit étranger en soi qu'à s'occuper étrangement du droit, c'est-à-dire à l'étudier différemment de manière à montrer ce qui est étranger dans ce qui nous est familier¹¹. »

Dans le cas du droit chinois, la description, préalable donc à la comparaison, revêt même un intérêt particulier en raison des insuffisances de la sinologie juridique française. En effet, les ouvrages français de droit chinois se caractérisent par leur rareté¹² ; la sinologie juridique francophone est plutôt appréhendée dans une perspective empirique¹³, politique¹⁴ ou encore historique¹⁵ et s'attarde encore souvent

¹⁰ À commencer par le problème de l'objectivité, central au droit comparé. Le droit de référence étant généralement le droit du pays du comparatiste, la comparaison est nécessairement *dissymétrique* (Michel Fromont, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi, op.cit.*, p. 381).

¹¹ Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, vol. 57, n°1, 2005, p. 10. On rejoint ici le point de vue de l'auteur pour qui il est abusif de dissocier étude de droit comparé et étude de droit étranger.

¹² Jean Escarra, *Le droit chinois*, Henri Vetch, 1936 ; Tsien Tche-hao, *Le droit chinois*, Que sais-je ? 1988 ; Frédéric Constant, Christophe Lopez, *Le droit chinois*, Dalloz, 2013.

¹³ Par exemple, Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, SciencePo Les Presses, 2016.

¹⁴ Avec le politologue Jean-Pierre Cabestan.

sur la *validité* du droit chinois.

Bien entendu, il ne s'agit pas de remettre en cause l'apport évident de ces travaux mais de pointer du doigt une tendance à relativiser, minimiser, voire parfois à mettre en doute l'existence du droit chinois¹⁶. À juste titre, M. Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine critique l'utilisation, par les comparatistes occidentaux, d'un droit étalon comme référent de comparaison, qui offre « un portrait du droit chinois tel qu'il devait être, négligent de ce qu'il est¹⁷ ». Le droit chinois en général est encore empreint d'une certaine mystification, sans doute à cause de l'idée d'exotisme qu'il véhicule. Ce phénomène de dépréciation du droit chinois mérite quelques éclaircissements. Il s'appuie généralement sur des considérations d'ordre politique et sociétal comme le reflète, par exemple, la polémique sur les droits de l'homme en Chine. Bien évidemment, il n'est pas question d'adhérer à une sorte de relativisme culturel qui justifierait une méconnaissance des droits fondamentaux, que ce soit en Chine ou ailleurs. En revanche, se borner à mettre en avant ce débat pour justifier l'absence de recherche en droit chinois positif conduit à bloquer l'état des connaissances scientifiques et à stériliser toute tentative de dialogue entre pays.

Nonobstant la critique des droits de l'homme, cette tendance à la dépréciation et à la méconnaissance du droit chinois a été identifiée et caractérisée par des auteurs étrangers sous le nom d'eurocentrisme¹⁸ ou d'*orientalisme juridique*, à la suite des travaux du professeur de littérature comparée Edward Said, initiateur du concept d'orientalisme¹⁹. Dans son célèbre ouvrage, l'auteur américain démontre comment l'Europe a *créé* la notion d'Orient, en se basant sur un rapport d'opposition entre le « soi » et « l'étranger ». L'orientalisme moderne, dont il situe la naissance vers le XIX^e siècle avec la figure de Sylvestre de Sacy²⁰, se conçoit comme une discipline

¹⁵ Avec l'historien du droit Jérôme Bourgon.

¹⁶ Julie Courtois, « L'opposition par le droit comparé. Retour sur le mythe de l'absence de droit en Chine », contribution au colloque *L'opposition doctrinale* 8 décembre 2017, Université de Strasbourg [publication des actes à paraître].

¹⁷ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *RIDC*, vol. 61, n°4, 2009, p. 717.

¹⁸ *Ibid.* ; V. par ex., Zhu Mingzhe (朱明哲), « La conception eurocentrique du droit dans la modernisation du système juridique en Chine : le cas Georges padoux » (« 中国近代法制改革于欧洲中心主义法律观—以宝道为入点 »), *Journal of Comparative Law*, n°1, 2008, pp. 155-170.

¹⁹ Edward W. Said, *L'orientalisme : l'Orient créé par l'Occident*, [1978], Seuil, éd. 2001.

²⁰ Edward said, *op.cit.*, pp. 147 et s. Sylvestre de Sacy fut le premier professeur de langue arabe à l'École des langues orientales vivantes en 1796 et président de la Société asiatique en 1822. Il est l'auteur de la théorie des fragments (en littérature) qui consiste à présenter l'Orient au travers de fragments sélectionnés par les philologues en raison de leur caractère « représentatif » de l'endroit étudié.

intellectuelle prenant pour objet d'étude l'Orient, qui est lui-même conçu comme nécessairement opposé à l'Occident. Le contexte géopolitique de l'époque, caractérisé par l'occupation (militaire, économique, institutionnelle) d'une partie de l'Orient par les européens (rappelons qu'entre 1815 et 1914, la surface du globe occupée par les empires coloniaux européens est passée de 35 à 85%²¹), alimente ce « système de pensée²² » intrinsèquement déséquilibré. L'orientalisme, comme le démontre Edward Said, repose sur un rapprochement entre deux « mondes » dont l'un ne sert qu'à justifier, même inconsciemment, la supériorité et, ainsi, la domination de l'autre.

« En tant qu'appareil culturel, l'orientalisme est tout agression, activité, jugement, volonté de savoir et connaissance. L'Orient existait pour l'Occident, ou c'est ce que croyaient d'innombrables orientalistes ; leur attitude à l'égard de l'objet de leurs travaux était soit paternaliste, soit candidement condescendant [...]»²³.

Karl Marx lui-même, bien que non intéressé par l'étude de l'Orient en tant que tel, est imprégné des idées orientalistes véhiculées dans la société de son époque. Ces idées ont offert l'image d'une Asie inerte, sans vie, que seul l'Occident peut régénérer²⁴. C'est ainsi que dans sa théorisation du système économique asiatique, l'auteur allemand, tout en « compatissant pour les souffrances subies par ses frères orientaux²⁵ » créées par la domination de l'Angleterre, justifie cette même domination par la nécessité historique d'une révolution sociale que l'Asie est incapable de faire sans l'aide de l'Occident. Cette hypothèse n'a pu être justifiée qu'en considération des travaux des spécialistes de l'Orient du XIX^e siècle qui concevaient l'humanité « soit en termes de vastes collectivités, soit en généralités abstraites²⁶ ».

La matière juridique n'échappera pas à ce biais de pensée : si la connaissance des législations étrangères servait au départ des intérêts économiques²⁷, elle est également vite devenue un argument au soutien d'une mission « civilisatrice » des puissances européennes²⁸. Cette attitude participe de ce qu'un autre auteur américain,

²¹ *Idem*, p. 56.

²² *Id.*, p. 115.

²³ *Id.*, p. 235.

²⁴ *Id.*, p. 180.

²⁵ *Id.*, p. 178.

²⁶ *Id.*, p. 180.

²⁷ *Infra* n°98.

²⁸ Nous renvoyons à la lecture de *l'Annuaire de l'Institut de droit international renfermant les actes les plus importants concernant la diplomatie et le droit des gens*, t. III & IV, 1879-1880 (réimpression 1994), 1^{ère} partie, « Statuts et règlement de l'institut – commissions, art. 1 : « L'Institut de droit international est une association exclusivement scientifique et sans caractère officiel. Il a pour but : 1° De favoriser le progrès du droit international, en s'efforçant de devenir l'organe de la conscience

Teemu Ruskola, a dénommé l'orientalisme juridique. L'orientalisme juridique désigne une forme de discours de l'Occident (entendu comme l'Europe et l'Amérique du Nord) sur le droit oriental (compris comme le droit non-occidental²⁹), et notamment, le droit chinois³⁰. Ce discours implique de considérer, consciemment ou non, la Chine comme l'un des anti-modèles de l'Occident : en matière juridique, l'évaluation du droit chinois dépendra donc de son degré de conformité aux critères de droit « occidental³¹ » qui s'affirment universels³² :

« Chaque civilisation prête spontanément à ses catégories de pensée une universalité qu'elles n'ont pas. Les Occidentaux y sont d'autant plus enclins que, grâce à leur technoscience, ils ont dominé depuis plus de trois siècles le reste du monde. Cette période est en train de se clore, il leur faut désormais compter avec d'autres manières de concevoir l'organisation des sociétés humaines. [...] [Le] véritable universalisme, [lequel] ne consiste pas à faire passer le monde entier au filtre de nos concepts, mais tout au contraire à faire passer nos concepts au filtre des autres civilisations. Face à l'émergence de continents qui ont dû, quant à eux, assimiler la

juridique du monde civilisé ; 2* De formuler les principes généraux de la science, ainsi que des règles qui en dérivent, et d'en répandre la connaissance [...] » ; V. not. les contributions de Joseph Hornung (*idem*, 2^{ème} partie, p. 305) et de David Dudley Field au sujet du droit des nations orientales (*idem*, pp. 659-668).

²⁹ V. par ex., Giorgio Resta (non orientaliste), préc., p. 1186 : dans sa recherche « archéologique » du comparatisme, l'auteur explique le processus d'exclusion progressif des droits étrangers (début XXème siècle) qui n'appartiennent pas au « même stade de l'évolution » et qui a conduit, selon lui non seulement à « une démarcation entre le "nous" européen et les "autres" – l'extérieur –, mais aussi à une hiérarchisation au sein de ce même groupe dominant » ; Marie Goré, « Existe-t-il un droit asiatique ? », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, op.cit.*, p. 520.

³⁰ Teemu Ruskola, « Legal Orientalism », *Michigan Law Review*, oct. 2002, vol. 101, pp. 179-234 ; du même auteur, « Law without Law or is Chinese Law an Oxymoron », *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 11, 2003, pp. 655-669 ; « Colonialism without colonies : on the extraterritorial jurisprudence of the U.S. Court for China », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, pp. 217-242 ; « Conceptualizing Corporations and Kinship : Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective », *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, pp. 1599-1729 ; V. aussi Nicholas C. Howson, « "Can the West learn from the Rest ?" The Chinese Legal Order's Hybrid Modernity », *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 32, 2009, pp. 815-830.

³¹ Ann Black, Gary F. Bell, *Law and legal institution of Asia : traditions, adaptations and innovations*, Cambridge University Press, 2011, p. 22 : « the focus of Western comparative lawyers when studying Asia has often been on how Western laws were adopted and adapted in Asia, but the study of law in Asia is much more complex – after all, the arrival of Western law is only the last in a long series of adaptation by Asian countries of many diverse legal traditions over many centuries. In fact many lessons may be learnt by the study of this long ability to adapt and innovate [...] ».

³² Cette conception de l'universalisme n'est sans doute pas étrangère à la fonction « attribuée » au droit comparé en Europe vers la fin du XIXème siècle, à savoir démontrer l'existence de « lois du développement universellement valables ». (Giorgio Resta, préc., p.1181). Plus précisément, analysant l'objectif poursuivi de l'étude des droits étrangers au début du XXème siècle, l'auteur indique : « [...] même si le droit comparé sert à favoriser le rapprochement entre la législation nationale et les législations étrangères, l'esprit identitaire des juristes finit par conditionner en profondeur les modalités de cette interaction. En effet, à la lecture des procès-verbaux du Congrès international de 1900, on constate que la construction des "groupes" de droits et l'éclosion du célèbre "droit commun législatif" ou "droit commun de l'humanité civilisée", sont toutes deux des opérations qui répondent à une logique de démarcation selon la logique de dedans-dehors et donc d'exclusion de "l'autre", plutôt qu'à une logique d'inclusion et de compréhension réciproque ».

civilisation occidentale sans renoncer pour autant à la leur, il serait sage d'accorder un minimum d'attention à leur façon de voir le monde et de penser son organisation³³ ».

Garder en tête cette lecture des rapports entre civilisations étrangères n'est pas, contrairement à ce qu'ont pu prétendre certains auteurs au sujet de l'apparition de nouveaux paradigmes d'analyse, un abandon de la rationalité « en faveur de l'émotion dans le discours de la critique raciale³⁴. Bien au contraire, cette lecture apporte un éclairage analytique tout aussi rationnel et même renforcé par sa démarche empirique en prenant en considération des facteurs extrajuridiques matériels et tangibles dans l'évolution de la pensée du droit. Plus précisément, nous pensons que c'est justement par cette prise de recul que « la comparaison s'engage [...] contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables³⁵ ».

La prise de conscience de l'attitude *dogmatique* que représente l'orientalisme juridique est en effet un élément crucial de la compréhension du droit étranger, particulièrement lorsque ce droit est qualifié par son *anti-occidentalisme*. En effet, l'orientalisme (qu'il soit juridique ou non) part d'un postulat qui est celui de l'altérité de l'objet étudié. Dans cette perspective, même la plus savante des méthodes de comparaison est imparfaite³⁶, d'autant plus lorsqu'elle vise à classer les droits étrangers. Un des derniers courants contemporains du comparatisme qui se propose d'analyser le droit comme *culture*³⁷ n'échappe pas à ce biais. Pour illustrer ce propos, on peut citer l'essai écrit par deux auteurs belges³⁸ qui vont distinguer d'un côté, le droit occidental (qui comprendrait l'Europe, l'Amérique et l'Océanie) et de l'autre, les cultures juridiques « asiatique, islamique et africaine ». Cette distinction fonde leur postulat de recherche³⁹. La démarcation entre ces différentes cultures juridiques

³³ Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, *op.cit.*, pp. 81-82.

³⁴ Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52, n°3, 2000, p. 521 (au sujet du mouvement *Critical legal studies*).

³⁵ *Idem*, p. 506.

³⁶ Pour un récapitulatif de l'évolution des méthodes de comparaison depuis la fin du XIX^e siècle, Béatrice Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *RIDC*, n°1, 2005, pp. 29-48.

³⁷ *Idem*, p. 43.

³⁸ Mark Van Hoecke, Mark Warrington, « Legal Culture, Legal Paradims and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *47 Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, pp. 495-536.

³⁹ Mark Van Hoecke, Mark Warrington, *préc.*, p. 536 : pour les auteurs, la base de la création d'un nouveau modèle « culturel » de droit comparé doit d'abord d'intégrer le système étranger étudié dans l'une des quatre grandes classifications.

est pensée sur la base d'un double critère : « rationalisme/irrationalisme » et « individualisme/collectivisme⁴⁰ ». Le droit « occidental » serait ainsi caractérisé par son aspect individualiste et par son aspect rationnel⁴¹. Sur ce point, deux critiques peuvent être formulées à l'égard de cette distinction : premièrement, il semble qu'elle s'attache moins à classer des cultures juridiques selon leurs propres particularités que de mettre en exergue les particularités du seul droit occidental au regard des « autres droits » (ce qui conduit, dès lors, à rapprocher le droit « asiatique » du droit « islamique » sans qu'aucun point de convergence véritable n'existe, si ce n'est leur existence commune en dehors du droit occidental). De plus, et c'est sans doute le plus problématique, ce qui justifie les critères sélectionnés provient d'une analyse quelque peu superficielle des droits étrangers. Par exemple, les auteurs précités considèrent que la culture juridique asiatique est fondamentalement irrationnelle, à cause du rôle « important de la morale, de la religion et de la conception confucéenne de l'ordre naturel des choses⁴² ». Si le rôle de l'ordre naturel des choses développé dans la vision confucéenne a certes un impact indéniable sur la représentation et la pratique du droit, la réduction d'une culture juridique à ces trois facteurs (morale, religieux, conception confucéenne) est loin d'être satisfaisante. Pire encore, elle participe d'une vision beaucoup trop simpliste, voire erronée, du système juridique chinois. La recherche de l'identification d'une culture juridique – dont le terme, au passage, est préférable à celui de « tradition » tel que développé par H. Patrick Glenn⁴³ qui implique un élément d'immutabilité – pose en outre le problème de la définition de la culture et de son rapport avec le droit. Pour Ruth Sefton Green, la notion de culture sous-entend son indivisibilité et « à partir de ce constat, [...] décrire le droit comme faisant partie de la culture au sens identitaire entraîne un risque : celui de la généralisation [...] ⁴⁴ ». Si ce risque est bien réel, il n'est cependant pas concevable de rester dans le seul paradigme textuel, détaché de toute mise en contexte (sociale, historique, politique). À vrai dire, en termes de méthode de comparaison, aucune n'est exempte de critique : dès lors, qu'il s'agisse de la méthode conceptuelle,

⁴⁰ *Idem*, p. 503.

⁴¹ Cet aspect de la culture juridique française est également souligné par Horatia Muir-Watt, (préc. p. 512) pour l'opposer à la culture américaine alors que Ruth Sefton Green (« Compare and Contrat : Monstre à deux têtes », *RIDC*, vol. 54, n°1, 2002, p. 92) insiste, au contraire, sur le terme anglais « reasonable » qui, en tant que concept sous-jacent au droit anglais, le distinguerait du droit français.

⁴² Mark Van Hoecke, Mark Warrington, préc., p. 506.

⁴³ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World : sustainable diversity in law*, Oxford university Press, 5^e éd. 2014.

⁴⁴ Ruth Sefton Green, « Compare and Contrat : Monstre à deux têtes », *RIDC*, vol. 54, n°1, 2002, p. 88.

fonctionnelle, factuelle ou contextualiste, la prédominance de l'une sur l'autre ne peut être justifiée qu'en fonction de *l'objectif* de la comparaison, car « en définitive, aucune méthode ni théorie n'est neutre⁴⁵ ».

4. Objectifs de la comparaison. La présente comparaison a trois objectifs. Dans un premier temps, il s'agit de faire avancer la connaissance générale du droit au travers du droit chinois⁴⁶. L'insuffisance de la sinologie juridique française nécessite de dresser un premier inventaire de l'état du droit chinois afin d'élaborer une base sur laquelle pourront s'appuyer les juristes francophones curieux du système chinois et susceptibles d'élaborer des critiques constructives. À ce titre, l'analyse du concept de règle de droit en Chine est une excellente illustration de l'évolution relativement syncrétique d'un système juridique. Pourtant, la spécialisation économiquement orientée des recherches en droit chinois⁴⁷ laisse penser que la Chine n'a de moderne que son droit économique⁴⁸. Par conséquent, l'intérêt du présent sujet est aussi de chercher s'il existe, au-delà de ce que certains qualifient de *patchwork* juridique⁴⁹, une philosophie propre au système juridique chinois⁵⁰. En d'autres mots, la question est de savoir si le droit chinois pourrait constituer un modèle à part entière et non pas seulement un agrégat de mécanismes importés et destinés à asseoir la puissance économique de la Chine au niveau mondial. Décrite comme étant au « carrefour des

⁴⁵ *Idem*, p. 95.

⁴⁶ Au sens où « s'interroger sur ce que telle société désigne ou ne désigne pas comme son Droit ne revient pas à se demander dans l'absolu si cette société "a" ou non un Droit. Corrélativement, la connaissance de l'option retenue par la société en cause ne constitue pas la définition "vraie" du Droit au plan théorique. Et même pas la définition vraie de son propre Droit ». Denis de Béchillon, *op.cit.*, p. 135 ; c'est un objectif, parmi d'autres, généralement attribué au comparatisme : Marie-Claire Ponthoreau, *préc.*, p. 10.

⁴⁷ Robert Guillaumond, Lu Jianping, Li Bin, *Droit chinois des affaires*, Larcier, 2013 ; V. par ex., le numéro spécial de la *Gazette du Palais*, « La Chine et le droit en 2004 : vers une légalité renforcée », 14-17 juil. 2004, n°196-199 qui traite du droit chinois en deux axes : « l'évolution du monde juridique chinois » (pp. 7-36) et « le droit des affaires chinois et l'harmonisation avec l'OMC » (pp. 37-73).

⁴⁸ Cheng Xinhe, « La division et les différentes branches du droit chinois », *In* Xiao-Yong Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources de droit et la réforme juridique en Chine*, [Actes du colloque international des 7 et 8 oct. 2002, Palais du Luxembourg], Paris, Litec, 2003, vol. 21, p. 52 : « si les pays occidentaux ont donné à l'humanité le système constitutionnel, le Code civil et le Code pénal, la Chine doit et pourrait lui apporter ses contributions tant théoriques que pratiques dans le domaine du droit économique. Elle poursuivra sa politique d'ouverture et de réforme ainsi que celle du gouvernement du pays par la loi ; cette voie adaptée à la situation chinoise nous paraît la bonne ».

⁴⁹ L'image de « patchwork » est utilisée aussi bien pour désigner le résultat des premiers transferts de droit en Chine à la fin du XIX^{ème} siècle : William P. Alford, « A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », *Cultural Dynamics*, vol. 11, n°2, 1999, p. 203, que pour le système juridique chinois actuel : Peter Howard Corne, « Creation and Application of Law in the RPC », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n°2, 2002, p. 370.

⁵⁰ Par ex., Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *préc.*, p. 717 : « au-delà de l'image de mosaïque que [le droit chinois] présente, on observe une constante dans l'évolution du droit chinois contemporain : le pragmatisme ».

traditions juridiques⁵¹ » par certains auteurs, la Chine base sa politique de réforme juridique sur le recours aux transferts de droit. Cela se reflète dans les transformations du droit substantiel et dans le recours quasiment systématique au droit comparé dans les contributions doctrinales. Le résultat conduit à un concept hybride de la règle de droit : celle-ci se situe au croisement d'influences juridiques étrangères (la règle de droit se construit alors soit en opposition, soit en conformité avec le modèle étranger) et de sa propre tradition juridique⁵².

Dans un second temps, il s'agit d'identifier les apports potentiels et réciproques du droit chinois et du droit français : par exemple, si la France peut être considérée comme un modèle d'influence en matière de procès, il n'est plus possible d'ignorer l'expérience de la Chine en matière de mode amiable de résolution des conflits en ce début de XXI^{ème} siècle, annonciateur d'une justice « apaisée ».

In fine, l'objectif de cette présentation est de contribuer au dialogue des cultures juridiques : le droit comparé n'est-il pas le remède au nationalisme juridique⁵³ ? « La comparaison juridique [...] n'a rien à voir avec l'internationalisme politique. [...] Le droit national, tout comme les individus, ne se développe en santé que par la vie en commun et l'échange avec les autres⁵⁴ ». La vision du comparatisme défendue dans cette thèse s'est construite autour de l'idée d'un langage juridique transnational, qui, une fois acquis, débouche sur un nécessaire et fructueux dialogue avec autrui⁵⁵.

5. Critères de sélection des objets d'étude. En matière de sources de droit, le choix a été fait de se limiter aux sources dites traditionnelles de droit telles que la loi et la production normative judiciaire (la jurisprudence française et les interprétations et cas directeurs de la Cour Suprême chinoise) en raison de leur importance dans le fonctionnement du système juridique et de leur participation directe dans la compréhension de la règle de droit chinoise⁵⁶. L'absence d'exhaustivité dans l'analyse

⁵¹ Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, 2005.

⁵² En ce sens, Wang Jiangyu, « China, legal reform in a merging socialist market economy », *In Ann Black, Gary F. Bell, op.cit.*, pp. 24-61, qui cite la tradition juridique chinoise, l'idéologie et la pratique communiste et socialiste et enfin l'occidentalisation comme les trois influences du droit chinois.

⁵³ Reprise du titre « Le droit comparé comme remède au nationalisme juridique » d'Olivier Moréteau, *In Le juriste français, entre ethnocentrisme et mondialisation*, Dalloz, 2014, pp. 47-51.

⁵⁴ Citation du comparatiste allemand Rabel, pour qui le droit comparé représentait un intérêt pratique et non purement spéculatif, traduite par l'auteur Giorgio Resta (préc., p. 1191).

⁵⁵ En ce sens, Ruth Sefton Green, préc., p. 95 : « L'art de comparer, s'il y en a un, met en relief la dialectique inhérente à la comparaison. À l'évidence celle-ci consiste à la fois en la recherche de la convergence et de la divergence ».

⁵⁶ Ces deux sources de droit peuvent faire référence au paradigme de la loi et au paradigme du juge qui, de manière caricaturale, distingueraient le droit continental du droit anglo-saxon. Jean-Marc Baïssus,

de l'ensemble des foyers juridiques et des sources de droit est assumée puisque cette thèse n'a pas vocation à couvrir l'intégralité du droit chinois. La préférence accordée à certains objets d'étude est motivée par différentes considérations.

De manière générale, ou bien l'objet d'analyse en lui-même n'a été que peu (ou pas) abordé dans la littérature française existante, ou bien l'approche dans laquelle il est abordé est originale (par exemple, l'étude de la structure étatique chinoise d'un point de vue plus juridique que politique, par l'examen d'une notion d'inspiration marxiste, le centralisme démocratique). Dans une autre optique, la mise en valeur de certains sujets par rapport à d'autres est motivée en ce que le sujet abordé révèle une particularité irréductible du droit étranger. Dans ce cas, cette particularité empêche, de prime abord, tout rapprochement possible entre les droits français et chinois : on peut citer, à titre d'exemple, l'absence ou l'existence du critère de la séparation des pouvoirs ou encore la place attribuée à la Constitution dans l'ordre juridique interne relativement à chacun des deux systèmes juridiques.

En matière d'analyse processuelle, la sélection des points de comparaison a été « facilitée » par l'insuffisance, autant qualitative que quantitative, des travaux francophones sur le procès civil chinois. En se fondant, dès lors, sur les éléments clés et constitutifs de ce mode de résolution des différends, l'image du procès civil chinois a pu être progressivement dessinée, voire rapprochée du procès français.

In fine, les éléments qui font l'objet de la présente analyse suffisent à peindre un portrait du droit chinois privé qui se veut général (afin de constituer une base de connaissance du droit chinois accessible à tout juriste) mais aussi détaillé (pour susciter, peut-être, de futures études en sinologie juridique). Ce second aspect a commandé le choix de laisser les idéogrammes chinois dans le texte afin de faciliter les recherches en la matière ainsi que l'ajout d'un glossaire, en début de thèse, regroupant des termes ou expressions essentiels à l'appréhension du droit chinois.

6. La restriction de l'application de la règle de droit à la matière civile.

L'identification de la culture juridique ne peut se fonder exclusivement sur l'analyse des sources de droit et implique également de comprendre les principes sous-jacents à la mise en œuvre de la règle de droit. Nous concéderons avoir adopté une approche relativement fonctionnelle à cet égard : en partant du problème social le plus

« Le droit français, modèle du droit continental ? », In Rémy Cabrillac (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?* Economica, 2011, p. 19.

fondamental dans la pratique du droit, à savoir, l'existence de conflits, l'étude a conduit à mettre en parallèle les solutions qu'offraient les deux systèmes juridiques français et chinois⁵⁷ pour tenter de les résoudre. La première voie, plus naturelle et plus traditionnelle si l'on peut dire, est celle de la voie juridictionnelle, dont l'issue aboutit au jugement.

Si le procès constitue le « droit pathologique » et non le droit normal⁵⁸ il n'en reste pas moins le « lieu, le moment et le mode de la solution du litige dans laquelle doit trouver à s'exprimer l'œuvre de justice⁵⁹ ». L'étude du procès en droit comparé rend compte de l'idée de justice ancrée dans le droit étranger étudié : et, si le procès retranscrit, sous forme de règles procédurales, une fonction de la justice, le modèle chinois montre avec plus d'insistance qu'il n'est pas le vecteur exclusif de celle-ci. Bien évidemment, le procès chinois n'échappe pas au processus de mondialisation des procédures. À l'instar des autres pays asiatiques, la Chine serait ainsi une descendante des familles de droit du procès anglo-américain ou européen la matière⁶⁰. Or, un intérêt particulier doit être apporté au procès chinois en matière civile.

En effet, le modèle de procès civil romano-germanique⁶¹ qui constitue l'héritage principal du procès civil français contemporain n'a été introduit en Chine qu'au XXème siècle. Si la tradition juridique chinoise prévoyait la possibilité aux parties de saisir le magistrat du *Yamen*⁶² (衙门) d'une demande portant sur un litige « privé⁶³ », cette demande était régie par des règles de procédure pénale. Plus largement, l'existence ou non d'un droit privé (sans même parler de droit civil) est un des plus gros débats chez les historiens du droit chinois. Ainsi, le caractère de nouveauté du

⁵⁷ Cette thèse étant destinée à un lectorat composé de juristes présumés familiers avec le système de droit français, les développements de cette partie sont parfois plus poussés en droit chinois qu'en droit français.

⁵⁸ Jean Louis Bergel, *op.cit.*, p. 345 ; Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur* [1969], LGDJ, [2001] 10^{ème} éd., 2014, sur cette métaphore du droit pathologique, p. 23 : « Non, la réalité du droit ne s'identifie pas à la jurisprudence : elle en sort plutôt déformée. Car la jurisprudence, c'est le contentieux, et le contentieux, c'est le droit pathologique, non point le droit à l'état normal ».

⁵⁹ Loïc Cadiet, Jacques Normand, Soraya Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Puf, 2^{ème} éd., 2013, p. 39. Le procès est défini comme le « mécanisme destiné à assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant, en principe, à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts potentiellement ou réellement divergents ».

⁶⁰ Rolf Stürmer, « Procédure civile et culture juridique », *RIDC*, 2004, n°4, p. 799.

⁶¹ *Idem.*, p. 808. L'auteur distingue trois grands modèles procéduraux à la base des droits processuels contemporains occidentaux : le modèle d'origine romane où l'introduction écrite du procès est distinguée de l'audience finale sans administration de la preuve (« modèle de la suite d'audiences ») ; le modèle de « l'audience principale » dans lequel la phase de recherche de faits succède à une phase de préparation de l'audience et se termine par l'audience principale et, enfin, le modèle « jury ».

⁶² Le *Yamen* désigne le lieu dans lequel officiait le fonctionnaire-magistrat de l'époque impériale.

⁶³ *Infra* n°231.

procès civil chinois pose la question de ses influences : on peut être étonné d'apprendre, par exemple, que le procès civil chinois a plus de point commun avec le procès allemand que ce dernier n'en a avec le procès américain, qui nous est pourtant bien plus familier. *In fine*, il s'agit de tenter de qualifier la nature de ce procès au travers de ce que le Professeur Rolf Stürner identifie comme les points-clés de la procédure : principe dispositif, structure du procès, droit de la preuve, rapport entre procédure écrite, orale et publicité des débats, accès à la justice et distribution des rôles entre le juge et les parties⁶⁴. L'analyse successive de ces points centraux, qui constituent le cœur du procès civil, doit conduire à une appréciation relativement générale de la forme et de la fonction du procès dans la culture juridique étrangère. En outre, sa confrontation avec le procès français rend compte de ce que ce dernier semble être en pleine évolution. Les récentes réformes et celles qui sont annoncées en matière de procédure civile ne sont-elles pas le prélude à une évolution fonctionnelle et structurelle⁶⁵ du procès civil français ? À ce titre, la rhétorique de l'efficacité – qu'il s'agisse de l'efficacité des voies de recours, de l'efficacité du traitement des contentieux voire, plus largement, de l'« efficacité » de la justice – martelée dans les récents projets français de modernisation de la justice⁶⁶ – en matière civile, l'efficacité se dénomme simplification – marque une convergence des politiques judiciaires françaises et chinoises⁶⁷. En revanche, les divergences résident dans les solutions proposées par chacun des deux systèmes juridiques à la problématique de la paix sociale.

Après avoir réalisé que le procès ne constituait *qu'une* forme de mise en œuvre de la justice, la tendance de la justice du XXI^e siècle est à une justice plus douce⁶⁸.

⁶⁴ *Id.*, p. 799.

⁶⁵ Ainsi au niveau structurel, nous pensons notamment à l'incidence des nouvelles technologies sur la tenue du procès. Au début entendu comme une simple dématérialisation des procédures, l'impact de la numérisation et de la robotique peut conduire à revoir les nouvelles formes de responsabilité actuelles (grâce aux neurosciences), notre rapport à la vérité judiciaire ou encore l'acte de juger (avec l'introduction des algorithmes dans la création de la décision de justice). Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (présenté au Conseil des ministres le 20 avril 2018 par la Garde des Sceaux, enregistré à la présidence du Sénat le jour même) prévoit par exemple la possibilité de résoudre à l'amiable son litige par un traitement algorithmique (art. 2).

⁶⁶ Dans le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le terme « efficacité » est mentionné trente-six fois.

⁶⁷ Sur l'efficacité et le *management* de la justice civile en Chine : Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, pp. 116-119.

⁶⁸ Le projet français de loi de programmation de la justice (2018-2022) débute par le renforcement du recours aux modes amiables (art. 1 et 2) en prévoyant notamment l'élargissement du pouvoir d'injonction du juge de rencontrer un *médiateur* et une phase de conciliation préalable obligatoire devant le tribunal de grande instance (à peine d'irrecevabilité). Ce projet apparaît à peine un an après

Aussi, le regard porté sur le droit chinois oblige à traiter, au même niveau que le procès, des modes amiables de résolution des différends. En effet, si le droit chinois n'est pas un objet de connaissance très répandu chez les juristes français, la médiation chinoise, en revanche, trouve un écho au-delà des frontières asiatiques. Toutefois, la préférence quasiment mystique attribuée aux Chinois de régler leurs conflits sans intervention du juge et ce, dans une pure tradition confucéenne axée sur l'harmonie, ne doit pas être exagérée non plus. On peut ressentir un certain scepticisme à justifier de l'existence des modes amiables chinois par le seul recours à la psychologie sociale⁶⁹. Si la résolution des conflits en Chine peut s'inscrire effectivement dans une rhétorique confucéenne, il convient de ne pas exacerber cette pratique à l'outrance sous couvert d'exotisme. C'est pourquoi l'approche adoptée consiste à analyser les expériences concrètes en la matière, telles que les formes d'institutionnalisation de la médiation dans les enceintes du Palais ou l'interactivité des procédés développés entre le juge et les organisations populaires de médiation.

7. Le pragmatisme chinois⁷⁰. Le pragmatisme conçu comme un courant philosophique à part entière a été initié en Occident contemporain par Charles Sanders Peirce⁷¹ et fait référence à l'évaluation par les effets, les conséquences et les résultats⁷². En matière juridique, les évaluations des lois ou les contrôles de conformité des normes basés sur les conséquences de leur application⁷³ reflètent cette

l'entrée en vigueur de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 qui réformait déjà, et en profondeur, le recours au MARD.

⁶⁹ Par exemple, Yvan P. Kamenarovic, *Le conflit, perception chinoise et occidentale*, Cerf, 2001. Malgré l'intérêt indéniable de l'ouvrage, nous avons préféré aborder le conflit sous l'angle judiciaire seulement.

⁷⁰ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, préc ; du même auteur, « Pragmatisme juridique et maintien de la stabilité en Chine post-Mao », *RIDC*, vol 64, n°1, 2012, pp. 115-136 ; « Pragmatisme juridique et développement économique dans la Chine post-Mao », *RIDC*, vol. 62, n°4, 2010, pp. 931-942 ; Marie Goré, « Existe-t-il un droit asiatique ? », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, op.cit.*, pp. 523-524 ; le droit pragmatique n'est pas l'apanage de la Chine : Jacques Chevallier, *L'État post-moderne, op.cit.*, pp. 175-188. La démarche pragmatique du droit s'entend comme la « volonté d'action sur le réel » caractérisée par l'adaptation du droit au concret et par son adéquation aux contextes sociaux. Contractualisation (p. 175), négociation (p. 180) et souplesse (p. 184) sont les trois paradigmes au sein desquels évolue la technique juridique sous l'angle pragmatique dans les démocraties libérales.

⁷¹ Jean-Pierre Cometti, « Œuvres philosophiques, Charles Sanders Peirce - Fiche de lecture », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 mars 2018. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/oeuvres-philosophiques/> Une célèbre phrase du philosophe américain extraite de son article publié en 1879, « Comment rendre nos idées claires » (Revue philosophique) permet de fixer les principes du pragmatisme : « considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet ».

⁷² Joël Moret-Bailly, « Esquisse d'une théorie pragmatique du droit », *Droits*, n°55, 2012, pp. 177-212.

⁷³ *Idem*.

philosophie, dans laquelle la pratique, le résultat factuel, sont érigés en canon de vérité. En Chine, ce mode de pensée n'est pas d'inspiration américaine mais puise ses inspirations dans sa propre histoire intellectuelle⁷⁴. Son importance est telle que certains auteurs considèrent le pragmatisme comme la clé de compréhension de la dynamique contemporaine du droit chinois⁷⁵, la « constante de la réforme juridique post-Mao⁷⁶ », qui expliquerait non seulement l'orientation substantielle des normes juridiques (par le biais des objectifs, généralement politiques, imposés) mais également leur méthode d'élaboration. Plus précisément, le recours aux lois expérimentales au niveau local, la planification normative, l'harmonisation *ad hoc* des normes par l'intervention principale de la Cour Suprême⁷⁷ sont autant d'exemples d'une construction pragmatique, efficace, du droit chinois qui conduit, au final, à son hybridité (d'influences, de mécanismes et d'objectifs).

Un élément essentiel de cette philosophie réside dans son aspect empirique : la vérité réside dans les faits. Loin d'être une licence poétique, cet axiome, traduit en chinois par l'expression « *shishi qiushi* » (实事求是), a été érigé en précepte par Mao Zedong dans les années 1940⁷⁸ et repris par Deng Xiaoping dans le titre de son discours de clôture de la session du Comité Central du Parti le 13 décembre 1978. Érigée au rang de philosophie d'État, la recherche de la vérité dans les faits se matérialise dans la politique et la pratique judiciaires⁷⁹ : un principe fondamental du procès civil est ainsi « *de prendre les faits comme base et la loi comme critère*⁸⁰ » (事

⁷⁴ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », préc., pp. 720-722. Ces influences seraient à rechercher dans le moïsme, philosophie développée par Mo Zi (479-372 avant notre ère), dans le *Livre des mutations* (*Yijing*) livre dont l'importance doit être rapprochée à celle de la Bible dans la culture judéo-chrétienne ou, plus généralement, dans les deux courants de pensée essentiels à la tradition juridique impériale chinoise, le légisme et le confucianisme.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Pragmatisme juridique et développement économique dans la Chine post-Mao », préc., p. 932.

⁷⁷ Cette harmonisation s'entend notamment du régime d'interprétation des lois par la Cour Populaire Suprême et non du système d'enregistrement des lois et règlements conditionnés, en principe, par leur conformité aux règles supérieures. V. *Infra* n°204.

⁷⁸ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », préc., p. 719.

⁷⁹ Pour une analyse des manifestations de la philosophie pragmatique dans la politique et le procès pénaux, Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Pragmatisme juridique et maintien de la stabilité en Chine post-Mao », préc.

⁸⁰ Article 8 de la *Loi sur la Procédure Civile de la RPC* (中华人民共和国民事诉讼法) (LPC), adoptée au cours de la 4^{ème} réunion de la 7^{ème} Assemblée Populaire Nationale le 9 avril 1991, entrée en vigueur le même jour ; modifiée par la « Décision du Comité Permanent de l'APN relative à la modification de la Loi sur la procédure civile de la RPC », effective le 1^{er} avril 2008 ; modifiée par la « Décision du Comité Permanent de l'APN d'amender la Loi sur la Procédure Civile », effective le 1^{er} janvier 2013 ; à jour de la « Décision relative à la modification de la "Loi de procédure civile" et de la "Loi sur la procédure administrative" » (全国人民代表大会常务委员会关于修改 "中华人民共和国民事诉讼法

实为根据，以法律为准绳)。 À première vue, cette exigence ne fait qu'imposer aux juridictions chinoises le recours à la méthode syllogistique dans la résolution d'un contentieux. Pourtant, le fait qu'un seul article de loi regroupe l'apport des faits et celui du droit dans la construction de la décision de justice⁸¹ et, plus largement, dans celle de la vérité judiciaire, est le reflet d'une répartition des rôles entre le juge et les parties quelque peu différente de celle du procès français. Plus précisément, l'insistance sur cette vérité matérielle qu'est supposée révéler l'issue du procès chinois n'est pas sans conséquence dans la réglementation du droit des preuves et dans l'organisation des voies de recours.

De manière générale et en matière judiciaire, si pragmatisme il y a, cette considération se retrouve, semble-t-il, à partir du moment où les justiciables se tournent vers un tribunal populaire. Au sein des processus judiciaires – qu'ils soient juridictionnels ou non –, le pragmatisme s'entend à la fois de l'exigence d'efficacité imposée à la justice chinoise et de l'objectif, érigé en quota, de résolution des différends. Or, cet objectif tend à relativiser l'assimilation du juge au rôle d'arbitre et à mettre l'accent sur son rôle de pacificateur de conflits⁸².

Ainsi, si le pragmatisme dans l'appréhension intellectuelle et pratique du droit chinois a conduit, en partie, à la formation d'une règle de droit hybride (Partie 1), la question se pose de l'existence d'une philosophie pragmatique sous-jacente à sa mise en œuvre, notamment par les juridictions (Partie 2).

8. Limites du sujet. Devant l'ampleur du sujet, des limites ont dû être posées. Au niveau territorial, d'abord, seul le droit chinois de la Chine continentale est abordé. Sont ainsi exclus de la présente étude le droit taiwanais et les régimes dérogatoires de Hong-Kong et de Macao. En effet, Hong Kong et Macao sont des territoires rétrocédés à la Chine respectivement en 1997 et 1999 et disposent d'un système juridique et judiciaire distincts⁸³. En outre, le choix a été fait de privilégier

"和"中华人民共和国行政诉讼法"的决定) (CPAPN), entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2017, portant modification de l'article 55 de la LPC.

⁸¹ *Comp.* avec la France : Code de Procédure Civile français (CPC), dans sa version à jour des modifications apportées par les décrets d'application de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 6-8 (sur les faits) ; 12 et 13 (sur le droit).

⁸² Comme en témoignent les quotas imposés aux juridictions en matière de résolution des conflits et la pratique constatée de la préférence, politique et donc judiciaire, vers une résolution amiable.

⁸³ V. pour Macao l'annexe III de la *Loi fondamentale de la Région Administrative Spéciale de Macao* qui liste les seules lois de la République Populaire de Chine applicables sur le territoire (concernant le calendrier, l'emblème national, le drapeau national, le jour national, la loi en matière de territoire maritime et de zone contiguë etc.) ; Hong Kong a hérité d'une tradition de *common law* ; selon l'article

l'étude des normes juridiques de niveau national en dépit des diversités locales : celles-là imposent un encadrement général et obligatoire à celles-ci. Par ailleurs, en raison de l'absence de traductions pré-existantes, les sources en langue chinoise ont fait l'objet de traductions libres de l'auteur. En effet, la majorité d'entre elles ne sont pas traduites ou alors uniquement en anglais. Le choix a alors été fait de privilégier la traduction des sources originales au risque, parfois, d'occasionner un débat sur le sens exact retenu. Par exemple, il aura fallu un certain temps avant de comprendre que le mot *tiaojie* (调解) peut se traduire indistinctement par médiation et conciliation, alors que ces deux méthodes de résolution des différends sont distinguées en droit français. De la même manière, le terme *quan* (权) a été traduit soit par droit (au sens de droit subjectif) soit par pouvoir (au sens de pouvoir étatique) selon le contexte de son apparition. Quant au terme *fa* (法), il est traduit par loi ou par droit (au sens objectif s'il est accompagné du caractère *lü* 律) mais en aucun cas par code. Les italiques sont utilisés lorsque les citations résultent d'une traduction personnelle ou lorsque le texte d'origine, en langue anglaise, a été conservé.

84 de la *Loi fondamentale de la Région Spéciale Administrative de Hong Kong*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997, les tribunaux peuvent se référer aux précédents issus des juridictions de *common law*.

Première partie :

Étude comparée franco-chinoise de la formation du concept de la règle de droit.

9. Une acception courante du droit en Chine consiste, à l’instar de la France, à le définir comme « *l’ensemble des règles de comportement qui possèdent une force obligatoire et qui sont établies, publiées et exécutées par les organes étatiques*⁸⁴ ». Cette conception positiviste du droit permet, au moins pour l’objet de la comparaison, de délimiter un premier cadre dans lequel est conçu le droit chinois à savoir : l’État. Un second cadre conduirait à apprécier l’existence de phénomènes juridiques en dehors de l’État. Malgré l’intérêt de cette approche, seule l’étude de la formation du droit chinois étatique sera abordée afin de mettre en valeur les particularités des modes de production contemporains de la règle de droit chinoise (Titre II). Ces particularités témoignent de divergences plus profondes entre la France et la Chine dans l’appréhension de la régulation sociale et ce, en dépit du phénomène de globalisation des systèmes juridiques. À ce titre, un détour par le processus de formation historique du droit chinois au regard du droit français est nécessaire pour apprécier le degré d’uniformisation des conceptions franco-chinoise de la règle de droit (Titre I).

⁸⁴ Dictionnaire *Xinhua* (新华大字典), *Business Press International* (商务印书馆国际有限公司), éd. 2007, p. 218, à l’entrée « *fa* (法) » : « 由国家机关制定, 颁布实施的具有强制性的行为规则的总称 ».

Titre I : Vers l'uniformisation des conceptions franco-chinoise de la règle de droit ?

10. En tant que phénomène social, le droit est un objet d'étude dynamique : il est le produit d'une évolution sociale et culturelle, propre à une société. Qu'il s'agisse des notions qui concourent directement à la modélisation de la pensée juridique, telle que la notion de normativité ou la notion de loi, ou des fonctions sociales attribuées à la justice, la compréhension d'un système de droit est difficilement détachable de l'étude de sa formation historique. Cependant, où placer le point de départ d'une telle étude ? En Chine, la pensée ritualiste constitue à notre sens un bon début car elle permet d'aborder les premières formes de normativité, élément essentiel du phénomène juridique. Bien que cette normativité puisse être conçue, *a priori*, comme un élément pivot de la divergence des deux pensées juridiques franco-chinoise, elle n'empêche pas la mise en parallèle de périodes clés dans l'évolution des deux pensées du droit. Bien entendu, ce travail ne prétend pas réécrire l'histoire du droit chinois, ni même apporter un travail d'historien. En revanche, il souhaite offrir un regard différent basé sur un rapprochement de « périodes de pensée » sélectionnées (en raison de leur apport décisif à la compréhension de la règle de droit actuelle) qui ont concouru à la formation de systèmes de pensée juridique rationnels et qui permettent de mettre en valeur des manières de penser le droit (Chapitre 1). Cette étape préalable est d'autant plus nécessaire que le système juridique chinois contemporain repose en grande partie sur les transferts de droit : ils consistent, pour la Chine, à importer des concepts et structures juridiques occidentales et participent à l'hybridation du droit chinois (Chapitre 2). Mais, si la pertinence de ces transferts de droit repose sur leur apport potentiel dans le système récepteur, leur viabilité dépend, avant tout, du contexte de leur mise en œuvre.

Chapitre 1. Des manières de penser le droit : comparaison de l'évolution des pensées juridiques franco-chinoise.

11. Approche du sujet – avertissement. Toute tentative de retracer l'évolution d'une culture, qui plus est juridique et étrangère à la sienne, se heurte au risque d'en dégager une histoire biaisée. En effet, le premier écueil serait de considérer cette culture comme nécessairement différente de la sienne. Dans ce cas, l'analyse se focalise sur les différences identifiées et passe sous silence toutes les similarités. Inversement, ramener le commun à l'essentiel et le particulier au secondaire reste insuffisant⁸⁵. En outre, il est impossible de retracer dans ce travail une histoire exhaustive du droit français et chinois, dont la formation intellectuelle, sociale et juridique s'est faite sur plus de deux millénaires. Pourtant, certains auteurs l'ont tenté, au moins partiellement : pour ne citer que Jean Escarra, un des premiers sinologues français, celui-ci a publié, en 1936, *Le droit chinois*. À cette époque, son ouvrage est audacieux : il retrace l'histoire de l'évolution du droit chinois, depuis l'époque impériale jusqu'au début du XX^{ème} siècle. Il a, surtout, inspiré bon nombre de comparatistes, à commencer par deux des plus célèbres en France, René David et Camille Jauffret-Spinozi⁸⁶.

La dernière édition de 2016 de leur fameux « Grands systèmes du droit contemporain » débute par une première section sur l'histoire du droit chinois. Celle-ci s'ouvre sur la conception chinoise de l'ordre cosmique et l'ordre de la nature, considérée comme totalement différente de la vision occidentale, sauf à la rapprocher de la vision médiévale qui admettait la pratique de l'ordalie. L'idée d'harmonie entre ces deux ordres y est décrite comme étant prédominante et est illustrée par l'exemple connu de la concordance des actes du souverain et du cycle de la nature⁸⁷. Cette harmonie aurait conduit, comme l'expliquent les auteurs, à un rôle mineur du droit dans la société chinoise ancienne et, plus encore, à une véritable réticence du peuple chinois envers le droit⁸⁸. Au soutien de leur propos, ils avancent les facteurs

⁸⁵ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, 2^{ème} éd., 2008, p. 163.

⁸⁶ René David, Camille Jauffret-Spinozi, Marié Goré, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016, pp. 434-463 : « Le droit chinois ».

⁸⁷ Par exemple, la tenue des assises en automne.

⁸⁸ René David *et al.* *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op.cit.*, pp. 437-438.

explicatifs suivants : la mauvaise organisation de la justice, presque voulue par les pouvoirs publics ; la corruption endémique des fonctionnaires, l'humiliation subie par les justiciables, l'issue douteuse des procès, l'absence de classe marchande et de capitalisme. Sans remettre en cause la réalité de ce constat, cette vision brosse un portrait bien trop succinct et caricatural de l'histoire du droit chinois qui reste encore largement admis aujourd'hui, pour le plus grand malheur des sinologues. Cette critique n'est d'ailleurs pas propre aux seuls auteurs français : ainsi, l'ouvrage de droit comparé général de H. Patrick Glenn, dans sa tentative de systématiser un « droit asiatique⁸⁹ » a créé la catégorie de « famille de droit confucéen » aux frontières géographiques relativement poreuses. Des auteurs se sont élevés en cœur contre son ouvrage et notamment sur sa partie de droit asiatique qu'ils considèrent comme incomplète⁹⁰ (en raison par exemple de l'absence de référence au droit bouddhiste) et sans aspect novateur⁹¹, allant jusqu'à altérer la compréhension du droit chinois.

12. La Chine, miroir de la France⁹² ? Présenter l'histoire du droit chinois n'est donc pas chose aisée : la vision décrite devient vite caricaturale ou simpliste et traduit, il nous semble, une sorte de sentiment de supériorité du droit occidental sur les autres droits, et notamment sur la tradition chinoise. Il est vrai que le droit, sa conception et son rôle, diffère de l'un à l'autre des deux continents. Comme le soulignait, sans doute à juste titre, René David :

« Ce qui me paraît essentiel, pour caractériser la civilisation occidentale, c'est le sentiment du rôle qui appartient au Droit dans la société. Occidentaux, nous avons un idéal ; celui d'une société aussi complètement régie que possible par le droit⁹³ ».

Mais il ne faudrait pas confondre justement cet idéal et sa réalité : ce n'est pas parce que la Chine n'a pas érigé le droit en « idéal » qu'elle n'en a pas développé une forme au moins alternative, si ce n'est tout aussi rationnelle. Par ailleurs, l'orgueil du

⁸⁹ À ce sujet, voir la contribution de Marie Goré, « Existe-t-il un droit asiatique ? », *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, pp. 519-526.

⁹⁰ Andrew Huxley, « Buddhist Law, Asian Law, Eurasian Law » In Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, « A Fresh Start for Comparative Legal Studies ? A Collective Review of Patrick Glenn's *Legal Traditions of the World*, 2nd Edition », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2006, pp. 158-164.

⁹¹ Michael Palmer, « On Galloping Horses and Picking Flowers : China, Chinese Law and the "Asian Legal Tradition" », In Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, préc., pp. 165-170.

⁹² Expression inspirée librement de la contribution de Luigi Moccia, « Le double paradoxe de la modernité ou de la question du droit, miroir du monde chinois traditionnel et contemporain », *RIDC*, vol. 63, n°4, 2011, pp. 781-808.

⁹³ René David, cité dans Marie Goré, « Existe-t-il un droit asiatique ? », *op.cit.*, p. 519.

juriste français de penser pouvoir tout comprendre au travers du seul prisme du droit, qui plus est positif, trouve aussi ses justifications socio-historiques.

Cette idée est le fil conducteur du présent chapitre, qui porte donc sur l'évolution du concept de la règle de droit au travers de trois principaux aspects : la conception de la normativité, la rationalisation de la pensée juridique – en tout cas légale – et, enfin, le rapport de la norme au sacré. Le risque est pris d'introduire des éléments contextuels, sociaux et philosophiques pour comprendre les facteurs culturels et intellectuels qui ont façonné les divergences de conception. Ces facteurs ont été sélectionnés en raison de leur influence dans la formation des pensées juridiques modernes et de leur absence ou existence dans l'une ou l'autre des deux cultures juridiques étudiées. Plus que de mettre en exergue les différences existantes entre deux conceptions du droit, l'objectif est d'user des référents de comparaison comme de miroirs réciproques. Ainsi, en débutant la recherche à l'époque antique, force est de constater que la Chine n'a connu ni la pensée grecque, ni la pensée romaine qui, en Occident, marquent les premières formes de rationalisation d'une conception de la justice et d'une conception du droit (Section I). En outre, la chrétienté, dont l'influence a été primordiale dans le développement du système de droit est un second élément dont on ne trouve que très peu de trace dans la civilisation chinoise (Section II).

Section I. La formation des pensées juridiques aux temps antiques.

13. Plan. L'appréhension de la règle de droit met en avant l'idée première de règle, que l'on doit associer au sens de norme. Celle-ci renvoie, dans le langage courant, à ce qu'il est « convenu » de faire ou non. Plus précisément, la norme impose par définition cette idée de normativité qui relève de l'essence de toute règle obligatoire. Aussi, avant d'intéresser au contenu de la norme, on peut tenter, au préalable, une première approche de ce qui a permis la normativisation de certaines règles, de certaines habitudes, en les érigeant au rang de règles sociales. L'idée de normativité puise alors sa source dans les formes primitives de régulation sociale (§ 1) et permet de comprendre comment, ou plutôt en vertu de quoi un individu obéit à la règle posée. L'obéissance peut en effet puiser sa source dans une justification

rationnellement abstraite ou tout simplement dans l'imitation d'une pratique sociale donnée. Elle peut être dictée par la pression sociale ou imposée par le souverain. On retrouve, en Chine, ces deux acceptions principales. La dernière en particulier a fait l'objet de profondes réflexions par les auteurs chinois légistes qui ont dénommé cette norme « loi » et qui l'ont érigée au rang d'instrument d'État (§ 2).

§1. Les formes primitives de régulation sociale. Du Livre des Mutations à l'Éthique à Nicomaque.

« Les noms de la loi imposent la loi de leur nom, et nommer la loi c'est forger et définir, au-delà du visible et du formel, le réseau de contraintes infranchissables et invisibles auxquelles obéit le système soumis à la loi⁹⁴ ».

14. Au commencement était la loi. La première difficulté d'une comparaison de l'évolution des pensées juridiques franco-chinoise est d'en identifier le point de départ. À partir de quel moment peuvent être constatées des formes de régulation sociale dont le degré de normativité leur octroie un caractère juridique ? Existe-t-il d'ailleurs des critères univoques et universels de qualification du droit ? En gardant à l'esprit qu'un fait considéré comme normatif dans une culture ne peut être que pur formalisme rituel dans une autre⁹⁵, l'identification d'un objet de comparaison certain est particulièrement nécessaire. Par conséquent, tout en ayant conscience de s'exposer aux critiques d'un parti pris d'une conception légaliste et ainsi réductrice du phénomène juridique, force est de constater qu'en Chine comme en France existent, depuis l'époque antique, des lois⁹⁶.

En Chine, les codes de lois datent du III^e siècle⁹⁷, mais les premières publications de la loi, *fa*, (法) remontent au VI^e siècle avant notre ère, pendant la période dite des Printemps et Automnes (771-481). Cette époque est marquée par la

⁹⁴ Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Puf, 1991, p. 9.

⁹⁵ Repris de H. Patrick Glenn, *op.cit.*, p. 14 et de sa théorie de la tradition.

⁹⁶ Pour certains, les premières règles juridiques apparues en Chine datent de la dynastie Xia fondée par Yu le Grand vers – 2205 avant notre ère via l'élaboration des peines de Yu, (*Yuxing*) ; les peines de Shang datées de la dynastie Shang (aussi appelée Yin) sont datées entre le XVI^e siècle et le XI^e siècle avant notre ère.

⁹⁷ Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 1999, n°21, p. 131.

naissance de penseurs chinois connus : Lao Zi⁹⁸, le penseur du Taoïsme, Sun Zi, ou encore Confucius (Kong Zi)⁹⁹. À l'instar des Grecs qui idéalisent un âge d'or ancien, l'idéal social de ces penseurs chinois appartient au temps passé. La dynastie des Zhou occidentaux¹⁰⁰ (1122-770) est généralement décrite dans la pensée confucéenne comme un âge d'or, caractérisé par la bienveillance des souverains¹⁰¹. Il est ainsi rapporté que les Rois des Zhou auraient, par leur action civilisatrice en réaction aux actes barbares des anciens souverains, rendu les châtiments inutiles au point qu'ils n'auraient pas été appliqués pendant plus de quarante ans¹⁰². L'héritage de la période des Printemps et Automnes en Chine est avant tout d'ordre intellectuel : on y trouve les racines de la pensée chinoise avec l'écriture, entre autre, des Classiques¹⁰³. Cette époque est aussi celle des Cent écoles de pensée et, plus précisément, des premières formes de la pensée sociale chinoise dont on a connaissance. En ce sens, les sujets étudiés, qu'il s'agisse des ordres politique, social ou encore religieux, permettent de rapprocher ces racines intellectuelles de celles occidentales, à savoir, les racines grecques. En effet, chacune offre un socle de pensée philosophique propre à la culture chinoise d'un côté, occidentale de l'autre¹⁰⁴.

Toutefois, en dépit de cette floraison intellectuelle, c'est la pensée ritualiste, dénommée *a posteriori* confucéenne, qui fera l'objet d'une première analyse. En effet, non seulement cette pensée a contribué, quelques siècles plus tard, à l'avènement du néoconfucianisme¹⁰⁵, mais, surtout, elle s'est directement penchée sur la modélisation de la société et sur la question de sa régulation. Il n'est pas certain que des analyses en matière de linguistique, de sciences mathématiques ou encore

⁹⁸ Sa naissance et sa mort ne sont pas exactement datées et se situent entre le VI^e et Ve siècle avant notre ère.

⁹⁹ - 551 - 479.

¹⁰⁰ Caractérisé par la royauté, le principe de transmission héréditaire des fonctions et des titres et par la croyance en une puissance religieuse du ciel.

¹⁰¹ Cet âge d'or est repris très brièvement dans l'introduction du Traité juridique de Souei-Chou intégré dans la partie d'histoire du droit : Etienne Balazs, *Études sur la société et l'économie de la Chine médiévale. II, le traité juridique du "Souei-chou"*, Leiden, B.E.J. Brill, 1954, p. 30. Le recours aux auteurs antiques a surtout été utilisé comme exemple, comme modèle du bon souverain dont doivent s'inspirer les souverains en exercice.

¹⁰² Etienne Balazs, *op.cit.*, p. 30.

¹⁰³ La rédaction des Cinq classiques est attribuée à Confucius. Ce sont : le *Classique des documents* (*Shujing*), le *Classique des vers* (*Shijing*), les *Annales des Printemps et Automnes* (*Chunqiu*), le *Classique des mutations* (*Yijing*) et le *Classique de la musique* (*Yuejing*). Il a été rajouté le *Classique des rites* (*Lijing*). Leur nombre a varié au fil des dynasties.

¹⁰⁴ V. par exemple, les travaux de François Jullien, *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquele, 7^e éd. 2011 ; du même auteur, « De la Grèce à la Chine, aller-retour », *Propositions, Le débat*, 2001/4, n°116, pp. 134-143.

¹⁰⁵ Qu'il faut bien distinguer de la pensée confucéenne primitive.

d'astrologie accordent cette même priorité à la pensée confucéenne. Enfin, et c'est sans doute le point le plus important, cette philosophie a contribué directement à l'avènement des légistes, les premiers penseurs de la loi en Chine. Leur importance est primordiale dans la compréhension de la formation de l'appareil d'État chinois et, surtout, dans les moyens mis à sa disposition pour établir et faire respecter l'ordre social. Ces penseurs, dont les théories feront l'objet d'un développement distinct, ont rejeté tout ce qui pouvait être rattaché à la pensée confucéenne : la loi a donc été pensée contre la pensée ritualiste prédominante en Chine antique (A) et contre la pensée personnaliste, fondement de l'équité confucéenne (B).

A. La pensée ritualiste de la Chine antique (ou féodale).

15. L'origine des *li*. Il serait faux de croire que les célèbres « rites » chinois (*li* 礼) soient une pure création confucéenne. Leur remonte au deuxième millénaire avant notre ère, pendant la dynastie Shang (-1570 à -1045). Même la traduction du terme *li* par « rites » ne doit pas s'expliquer comme désignant à l'origine exclusivement de simples modèles de conduite¹⁰⁶. Dans la traduction française du *Liji* (littéralement le *Livre des rites*) de Séraphin Couvreur, celui-ci explique dès son introduction :

« *Li* signifie rite religieux, cérémonie civile, bienséance, urbanité, politesse, courtoisie, honnêteté, respect, témoignage de respect, égards, convenance, décence, bonnes manières, bonne tenue, bonne conduite, observance, devoir, ordre social, loi sociale, usage, coutume, rituel, cérémonial, règle de conduite, règles concernant les relations sociales...¹⁰⁷».

Il convient d'insister sur le fait que la formation de la pensée ritualiste chinoise ne doit pas être ramenée exclusivement à la figure de Confucius : faire l'impasse sur son origine conduit inévitablement à une compréhension partielle et erronée d'importants aspects de la mentalité chinoise. Avant de devenir des préceptes de

¹⁰⁶ Pour un exemple du débat doctrinal sur la définition et la portée de ces *li* en Chine antique, Comp. Roberto Unger, *Law in modern society. Toward of Criticism of social Theory*, The Free Press New York, 1976, pour qui les *li* sont des critères hiérarchiques plus ou moins tacites de conduite exemplaire ; William P. Alford, « The Inscrutable Occidental ? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past », *Texas Law Review*, vol. 64, fév. 1986, pp. 930 et s. : après avoir rappelé l'origine religieuse et sacrificielle des *li*, l'auteur met en avant leur fonction organisationnelle, sous forme de « catalogues de règles explicites » et, surtout, de règles publiques.

¹⁰⁷ *Li Ki (Liji)*, *Mémoires sur les bienséances et les cérémonies*, traduit par Séraphin Couvreur (1835-1919), Tome I, *Les Humanités d'Extrême-Orient, Cathasia, série culturelle des Hautes Études de Tien-Tsin, Les belles Lettres*, Paris, 1950, consulté en version numérique produite par Pierre Palpant, p. 8.

conduite, les *li* désignent les pratiques sacrificielles destinées aux ancêtres¹⁰⁸. Ces sacrifices, pratiqués par le père de famille puis le Roi-père¹⁰⁹, suivent une procédure très stricte, qui se termine par les réponses des oracles. L'appréhension des *li* passe donc par celle de deux phénomènes fondateurs de cette civilisation : la pratique de la divination et le sacrifice aux ancêtres, qui y est étroitement associé¹¹⁰. Ce sont ces deux aspects qui permettent, selon nous, une compréhension en profondeur de la formation du phénomène juridique en ce qu'ils ont façonné l'idée première de normativité, tout en établissant le fondement de l'ordre social.

La science de la divination naît de la pratique, dès la fin du II^e millénaire avant notre ère, de la mantologie¹¹¹ et atteste d'une compréhension du réel conçu comme le produit d'une dynamique de transformation motivée par des forces cosmiques¹¹². Les principes bien connus du Yin et du Yang et la théorie de cinq éléments sont le produit de cette réflexion sur le monde appréhendée au travers des phénomènes, par nature donc dynamique. Associée au départ aux pratiques sacrificielles, la pratique de la divination consolide une pensée d'ordre métacosmologique dont l'importance est à mettre au même niveau que le développement d'une pensée métaphysique chez les Grecs. Cette divergence d'appréhension du réel aura des conséquences importantes sur la conception de l'ordre social et les régulations qui en résultent. En termes religieux, le culte des ancêtres incarne une certaine conception du monde des morts et des vivants dont la

¹⁰⁸ Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Édition du Seuil, 1997, pp. 52-53 ; *Li Ki (Liji), Mémoires sur les bienséances et les cérémonies*, traduit par Séraphin Couvreur (1835-1919), Tome II, *Les Humanités d'Extrême-Orient, Cathasia, série culturelle des Hautes Études de Tien-Tsin, Les belles Lettres*, Paris, 1950, consulté en version numérique produite par Pierre Palpant, pp. 191-192 n°52 -56.

¹⁰⁹ Ainsi sous les Shang le culte ancestral était la prérogative exclusive de l'empereur.

¹¹⁰ Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 2013 ; pour une explication détaillée et relativement simple de la pratique du sacrifice, Kristofer Schipper, « Chiens de paille et tigres en papier : une pratique rituelle et ses gloses au cours de la tradition chinoise », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 1985, n°6, Une civilisation sans théologie ? pp. 83-94.

¹¹¹ La mantologie désigne la spéculation chinoise qui procède de la rationalisation de la pratique de la divination. La mantologie aurait précédé la création des idéogrammes chinois : Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, op.cit. p. 11.

¹¹² Après avoir été religieuses. La pratique de la mantologie était utilisée pour percevoir la loi « non visible au niveau phénoménal des choses » ; par le recours à la divination, le contenu de ces principes permettait de rendre le présent audible et l'avenir prévisible, en reflétant les conjectures temporelles par le biais de savants calculs : Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, op.cit. p. 109.

frontière n'est pas imperméable pour les Chinois. En termes sociaux, le culte des ancêtres fonde l'organisation familiale¹¹³ et politique de la Chine.

16. Le culte des ancêtres, fondement de la légitimité politique chinoise.

Comme l'explique la sinologue Anne Cheng, l'absence de « caste sacerdotale » spécialisée dans la dévotion aux ancêtres – contrairement, par exemple, aux ordres institutionnels des religions monothéistes – combinée à la transformation de la pratique divinatoire en *amont* du sacrifice a conduit à distinguer la pratique du sacrifice de l'acte de divination, « investi d'une fonction et d'une forme rituelle¹¹⁴ ». Dès le XI^{ème} siècle avant l'ère chrétienne, les oracles n'interprètent plus le résultat de leur divination comme expression de la volonté des ancêtres mais comme la conséquence des actes commis par les vivants. La rationalisation du culte des ancêtres transforme la vision religieuse en vision cosmologique¹¹⁵, dans laquelle la « divinité suprême » est le pivot du monde humain et de l'ordre cosmique¹¹⁶. En d'autres termes, l'art de la divination a ôté, progressivement, tout caractère *magique*¹¹⁷ au culte des ancêtres. La transition d'une pensée mythique à une pensée qualifiée de *cosmologique* est marquée par la dépersonnification des origines vitales¹¹⁸. Sous les Zhou, le terme désignant la divinité (*di* 帝) est ainsi remplacé par celui du Ciel (*tian* 天)¹¹⁹ qui devient le fondement d'un ordre ritualisé, traduit par *LI*¹²⁰ (理).

¹¹³ Cet aspect devait être souligné : la famille n'est-elle pas, selon Jean Carbonnier, un des trois piliers de l'ordre juridique ? (*Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op.cit.*, pp. 255 et s.).

¹¹⁴ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 53.

¹¹⁵ Ou selon les propos de Léon Vandermeersch, (*Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, *op.cit.*, pp. 113-114) la systématisation des divinations a transformé la « raison magique » en une « raison métacosmologique ». Pour une explication plus accessible aux non sinologues, V. Olivier Beydon, *Introduction à la pensée juridique chinoise*, Larcier, 2015, pp. 46-60, not. pp. 47-48 (sur les origines divinatoires) ; 48-50 (sur le cosmos).

¹¹⁶ Pour Max Weber, cette croyance aux esprits, qui est passée de la magie au culte n'a été possible qu'en raison de l'impersonnalité et de l'impersonnification des divinités. Il précise ainsi qu'en Occident, les dieux héroïques ont empêché cette rationalisation impersonnelle pour donner naissance à un dieu éthique, personnel, rédempteur : Max Weber, *Confucianisme et Taoïsme*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 2000, p. 45 ; Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, *op.cit.*, p. 137 : « la spéculation chinoise, [...] procède à l'inverse de l'anthropomorphisme occidental : ce n'est pas le Ciel qui est représenté à l'image de l'homme, c'est l'homme qui est représenté à l'image du Ciel ».

¹¹⁷ Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 53-54 ; Léon Vandermeersch utilise quant à lui le terme religieux.

¹¹⁸ *Idem.*, p. 49 « Le passage des Shang aux Zhou, malgré beaucoup de continuité, est caractérisé par la tendance à une certaine cosmologisation dans la conception du monde : de la notion personnelle d'une divinité suprême ou d'un Ancêtre premier, on passe sous les Zhou à la notion plus impersonnelle du Ciel, instance normative des processus cosmiques et, parallèlement, des comportements humains » ; Olivier Beydon, *op.cit.*, p. 47 : les devins recherchaient la corrélation entre l'ordre humain et l'ordre naturel.

¹¹⁹ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 56.

Cependant, il est primordial de comprendre qu'il ne s'agit pas d'opposition mais *d'interaction* entre l'ordre humain et l'ordre cosmique. Ainsi, on comprend mieux pourquoi le monopole du culte des ancêtres que détient l'empereur de la dynastie Shang – le seul alors à pouvoir « interagir » avec les esprits ancestraux au travers de sacrifices –, fonde dans le même temps sa légitimité politique : il est considéré comme le seul représentant, dans l'ordre terrestre, des ancêtres¹²¹.

Il est peut-être difficile d'y voir, à ce stade, un lien avec le développement de la pensée plus spécifiquement juridique. Tout au plus est-il possible de déceler dans cette première forme de rationalisation de la pensée un fondement initiatique commun avec les rites magiques qui seraient à l'origine du droit quiritaire¹²². Il importe de relever, dans notre analyse, l'absence d'antagonisme entre l'ordre cosmique et l'ordre terrestre chinois qui va façonner l'idée de normativité, puis le fondement du pouvoir politique. Or, pour en comprendre ses implications dans le développement de la pensée juridique, un bref détour par la Grèce des philosophes est nécessaire.

17. La *physis* et le *nomos* grecs. L'idée d'une connaturalité entre ordre social et naturel se retrouve pendant la période présocratique¹²³. Le terme de *nomos* a originellement un caractère religieux : « il désignait les rites, ordonnés par les dieux ; [...] les règles morales, imposées par eux ; [et] l'ordre du monde, institué par eux¹²⁴ ». Brièvement, cette période souligne la transformation d'une pensée religieuse où le Roi, assimilé à une divinité, a tout pouvoir sur la régulation de la nature – elle-même confondue avec la société –, à celle d'une objectivisation des éléments naturels, pouvant ainsi être théorisés¹²⁵. Le point commun des physiologues grecs réside dans la recherche d'une explication rationnelle de l'origine de la nature qu'ils trouveront

¹²⁰ Pour distinguer le *li* (rite) de son homophone qui désigne l'ordre (*LI*) nous employons une majuscule.

¹²¹ L'idée étant que l'empereur représente la « contrepartie de la divinité dans le monde humain » (Anne Cheng, *op.cit.*, p. 55) idée qui perdure jusqu'au début XX^{ème} siècle.

¹²² Michel Villey, *Le droit romain*, Puf, [1945], éd. 2012, p. 15 : le respect strict par les pontifes de certaines formules du droit romain créées avant la loi des XII Tables et dont l'origine est inconnue serait dû, pour certains auteurs, à leur caractère magique ou religieux.

¹²³ VII^{ème} – IV^{ème} siècle avant notre ère.

¹²⁴ Jacqueline de Romilly, *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, 2001, p. 27.

¹²⁵ Jean-Pierre Vernant, « Du mythe à la raison, la formation de la pensée positive dans la Grèce archaïque », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 12^{ème} année, n^o2, 1957, p. 188 : cette révolution serait le fait des Milésiens qui auraient réussi à « dépouiller tout aspect anthropomorphe [des faits naturels] pour devenir purement et simplement l'eau et la terre ».

dans la *physis*. L'étymologie de ce terme renvoie à l'idée de naître¹²⁶, impliquant une réflexion ontologique – qu'est-ce que l'être ? – et originelle : la *physis* constitue la source du raisonnement cosmologique grec¹²⁷. À partir du moment où les Ioniens (VI^{ème} siècle avant notre ère) ont pensé abstraitement les éléments naturels, la raison divine permettant autrefois la fécondité de la *physis* devait être remplacée par une raison objective, expliquant rationnellement l'origine du monde¹²⁸.

C'est sans doute grâce aux sophistes, ces penseurs mal aimés¹²⁹, qu'apparaît la démarcation entre *physis* et *nomos*¹³⁰. Par le biais du caractère normatif de l'ordre naturel dégagé par les penseurs présocratiques, les sophistes ont un référent sur lequel s'appuyer pour juger des lois positives¹³¹. Comme l'explique Jacqueline de Romilly, cette opposition résulte de la construction de deux ordres distincts : l'un naturel et indépendant du facteur humain et l'autre, artificiel et factice¹³². Quant à la place du droit, les Grecs ont réussi à l'enraciner dans le monde des hommes¹³³. Dépourvue de garant, la loi écrite, le *nomos*, trouve d'abord sa justification dans la tradition¹³⁴. Avec Sophocle, il ne s'agit plus d'une simple dualité de deux ordres normatifs mais d'une véritable opposition entre le *nomos* et la *physis*¹³⁵ :

« Après l'établissement de la cité, la Grèce a proclamé que la raison ne se découvrait pas dans la nature, mais dans le langage. Elle a opposé l'être, le *logos* et les vérités éternelles de la géométrie à ce non-être qu'est notre monde de l'à-peu-

¹²⁶ Pierre Aubenque, « Physis », Universalis éducation [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, consulté le 7 mars 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/physis/>.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Jean-Pierre Vernant, préc., p. 189 : « La cosmologie, par là, ne modifie pas seulement son langage, elle change de contenu. Au lieu de raconter les naissances successives, elle définit les principes premiers, constitutifs de l'être. De récit historique, elle se transforme en un système qui expose la structure profonde du réel ». Que ce soit l'école Ionique (-VI^{ème}) qui expliquait les phénomènes sensibles par les éléments naturels basiques, l'école des Eléates, qui a pensé l'origine du monde en termes métaphysiques, ou encore l'école Pythagorienne, qui vouait une adoration pour les nombres, toutes ont, à leur façon, contribué à l'explication du commencement du monde : Giorgio del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953 (éd. 1993), p. 36.

¹²⁹ Gilbert Romeyer-Dherbey, *Les sophistes*, Puf, Que sais-je ?, 2017, p. 3.

¹³⁰ *Idem*, p. 80. Le sens sophistique de *nomos* renverrait à « la tradition et l'archaïsme » désignant le produit de l'homme par opposition à la nature, devenue la référence absolue.

¹³¹ *Id.*, p. 88 : il convient de citer à ce titre le philosophe Hippias, qui, sans doute influencé par Thalès, développe une conception totalisante de la nature qui n'est pas sans rappeler, au passage, celle défendue par les Taoïstes. Sa remise en question de la loi positive, intervenant dans un contexte de trouble politique, l'amène à assimiler la nature à « une norme morale universelle qui surmonte le particularisme du *nomos* » car celui-ci (p. 86) « est incapable de faire régner une véritable justice ».

¹³² Jacquelin de Romilly, *op.cit.*, pp. 73-95.

¹³³ Jacques Bouineau, « Verbe de Dieu et langue des hommes », *Droits*, 1989, p. 16.

¹³⁴ Ou l'habitude.

¹³⁵ Incarnée en premier lieu par la figure d'Antigone.

près, de l'incertain et du fluctuant auquel ne s'appliquent ni le calcul exact ni raisonnement logique. Ordre cosmique et ordre social ont été dès lors séparés¹³⁶ ».

Cette dualité a été notamment exploitée par deux philosophes dont les écrits marquent encore la pensée juridique occidentale : Platon et Aristote. Le premier, marqué par le sort de son maître Socrate, cherche l'essence de la justice, qui ne se trouve manifestement pas dans la loi de la cité¹³⁷. Le philosophe distingue alors la forme matérielle de la forme sensible du monde des Idées, conçu en termes de *logos*. Dès l'origine assimilé à la raison, cet outil conceptuel est conçu comme la clé pour accéder à la vérité. Cette conception duale est ensuite reprise par Aristote, sous la forme d'une opposition entre matière et abstraction. Cette distinction permis d'ailleurs aux Romains de distinguer les choses corporelles des choses incorporelles¹³⁸.

18. L'émergence d'une conception téléologique de la justice. Platon, tout en défendant le respect des lois, constate qu'elles ne sont que le reflet d'un bien suprême qui en constitue aussi le but ; nécessairement imparfaites, elles restent l'intermédiaire entre le monde des Idées et celui de la Cité¹³⁹. La métaphysique grecque, en associant la réalité intelligible à la vérité, a instauré un but vers lequel tendre *i.e.* une finalité supposée *a priori* véritable, dont la position, supérieure, lui octroie un pouvoir transcendantal. En recherchant ainsi un objectif à la loi humaine (la vérité, le bien, la justice) les Grecs théorisent sa légitimité, sa raison d'être : celle-ci n'existe pas pour elle-même mais reste subordonnée à la réalisation d'un modèle plus large et surtout plus abstrait, celui de la justice¹⁴⁰. Par la suite, Aristote comprend la loi comme une convention « garante des droits qu'ont les uns envers les autres¹⁴¹ » et marque, par la formulation de ses deux grandes idées de justice (distributive et corrective), le triomphe d'une idée abstraite, mathématique, de justice.

¹³⁶ Jacques Gernet, *L'intelligence de la Chine : le social et le mental*, Gallimard, 1994, p. 256.

¹³⁷ Platon, *La République*, Présenté et traduit par Georges Leroux, GF Flammarion, 2004, 2^e éd., p. 13 (sur l'impact de la mort de Socrate à l'égard de la pensée de Platon) ; Jacqueline de Romilly, *op.cit.*, pp. 179-201 : Platon dans la *République* défend le respect des lois mais encore faut-il qu'elles soient justes *i.e.* qu'elles s'inscrivent une cité juste, possible par l'avènement du roi-philosophe (pp. 185-186). V. aussi, Olivier Fressard, « Penser la loi avec et contre Platon », *Droits*, n°31, 2000, pp. 119-125.

¹³⁸ Michel Villey, *Le droit romain, op.cit.*, p. 79 et s.

¹³⁹ Jacqueline de Romilly, *op.cit.*, p. 195.

¹⁴⁰ La justice platonicienne ne résulte pas de l'application mécanique des lois (Platon, *la République*, 331c tel qu'interprété par Georges Leroux, p. 532) ; rechercher la définition de la justice c'est en rechercher le modèle : Platon, *La République*, 472c-472d.

¹⁴¹ Aristote, *Politique*, III, 1280a, repris de Jacqueline de Romilly, *op.cit.*, p. 126.

19. La légitimité du pouvoir politique en Chine ancienne. En Chine ancienne, ni la justice, ni le modèle ne relèvent d'une sphère irréaliste ou invisible. La pensée chinoise antique, contrairement aux philosophes grecs, n'est pas axée sur la recherche de la cause première mais adopte la logique du *comment* ; elle ne s'appuie pas sur la causalité mais sur la *corrélation*. Ceci étant dit, il est intéressant de constater que la légitimité du pouvoir politique, tout autant que la normativité des rites, participent de ce schéma de pensée.

La transformation de la religion primitive chinoise (sous les Shang) en théorie cosmologique du mandat du Ciel (qui apparaît sous les Zhou orientaux)¹⁴² s'est accompagnée de la mise en place progressive d'une forme de responsabilité attachée au comportement du souverain¹⁴³. Comme l'explique le sinologue et historien du droit Jérôme Bourgon, en tant que fils du Ciel, le souverain doit gérer l'ensemble de son État : qu'il s'agisse de la répartition des terres ou encore de la population, il est garant du bien-être du peuple, puisque seul investi du mandat du Ciel. L'ordre qui a été ébranlé par un comportement déviant doit être rétabli par l'application d'une peine proportionnelle à l'acte commis¹⁴⁴. Mais le Ciel n'est ni législateur, ni juge arbitraire¹⁴⁵ ; il est simplement « amour de la vie ¹⁴⁶ ». Cela se traduit dans la fonction de l'empereur qui consiste :

« [...] essentiellement à préserver et protéger, par l'accomplissement de devoirs religieux dont le souverain a seul la charge, la ligne qui le relie à l'origine. [...] il assure par un rite cosmique consistant à circuler dans un édifice conçu comme un modèle réduit de l'univers, la régularité des saisons et la correspondance des ordres humain et céleste¹⁴⁷ ».

Avec l'idée de continuité entre ordre social et cycle naturel, le modèle n'est pas extérieur au réel en Chine : il est, il *procède* de l'acte. En d'autres termes, le modèle social vient de la conduite du souverain (elle-même dictée par les rites canoniques).

¹⁴² *Ibid.* pp. 168-197, chap. XX : le ritualisme.

¹⁴³ François Jullien, « Essai : "Fonder" la morale, ou comment légitimer la transcendance de la moralité sans le support du dogme ou de la foi (au travers du Mencius) », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°6, 1985, pp. 28-29.

¹⁴⁴ Sur la notion de proportionnalité de la peine à l'infraction et l'émergence du principe de légalité, *Infra* n°235.

¹⁴⁵ Jérôme Bourgon, « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », Colloque *Prendre la responsabilité au sérieux*, tenu le 11 juin 2015 au Collège de France. Présentation audio disponible à l'adresse : <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2015-06-11-10h00.htm> [fichier audio, dernière consultation le 07/03/2017].

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Françoise Lauwaert, « Le saint, le boiteux et l'héritier. À propos de la fonction impériale en Chine », *L'Homme*, tome 38, n°148, 1998, *Lignage, mariage, héritage*, p. 79.

Agissant en tant que mandataire du Ciel, son rôle est d'ajuster les relations sociales sur la « loi » naturelle en prescrivant des modèles de conduites relationnelles¹⁴⁸. Le spécialiste des rites chinois, Léon Vandermeersch, explique comment se sont diffusées ces pratiques rituelles sous forme de modèles de conduite dans la société chinoise :

« La forme des rites canoniques était systématiquement inculquée aux acteurs sociaux dans des cérémonies savamment réglées, pour être généralisés à tous les contacts interpersonnels ordinaires en rites circonstanciels spontanés et, par suite, intériorisée par chacun dans les actes effectifs de sa pratique sociale¹⁴⁹ ».

Dès lors, au sein d'une pensée corrélatrice, la notion de légitimité entendue comme justification métaphysique, ne se conçoit pas non plus dans la sphère des idées. Il semblerait plutôt que ce que les Occidentaux appellent légitimité fasse référence en Chine à l'adéquation entre l'acte humain et l'ordre naturel des choses. Si les rites sont transmis par une sorte de mimétisme vulgarisé pour être appliqués au quotidien¹⁵⁰ (ce que l'auteur précité dénomme les rites circonstanciels), la légitimité trouve sa source dans le comportement du souverain qui est garant de l'ordre (*LI*, 理), lui-même synonyme de raison. La formule permettant d'apprécier la justesse d'une règle, « *heli, heqing, hefa* » (合理合情合法) se traduit d'ailleurs par la conformité à la raison, au sentiment et à la loi. Aussi, la notion de légitimité serait mouvante sans jamais pouvoir être définitivement acquise : elle proviendrait de ce que le souverain se comporte en conformité avec l'ordre cosmologique et exerce justement son mandat céleste. D'ailleurs, être investi du mandat du Ciel signifie également que l'on peut en être démis ; à partir des Shang, il est admis que gouverner sans respecter l'ordre céleste (c'est-à-dire mal conduire son peuple) justifie son retrait¹⁵¹. Ce devoir de bonne gouvernance s'oppose à la transmission héréditaire des fonctions : celle-ci doit être méritoire¹⁵². Mencius, disciple intellectuel de Confucius¹⁵³, ira jusqu'à légitimer

¹⁴⁸ Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, op.cit., p. 173.

¹⁴⁹ Léon Vandermeersch, « Rites et droit dans la tradition chinoise », *Le Débat*, 2015/2, n°184, p. 162.

¹⁵⁰ Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, op.cit. p. 171 : par exemple, les cérémonies données au culte des ancêtres (rite canonique) prescrivent le modèle de la relation de parenté.

¹⁵¹ Olivier Beydon, op.cit., p. 96.

¹⁵² Françoise Lauwaert, « Le saint, le boiteux et l'héritier. À propos de la fonction impériale en Chine », préc., p. 94 : « Il n'était pas nécessaire d'être un bon fils pour devenir un parfait fils du Ciel et il ne fallait même pas être chinois pour prétendre au trône céleste, il suffisait d'être reconnu par qui de droit comme le plus apte à incarner la vertu des sages et de poursuivre leur tâche civilisatrice ».

le renversement du mauvais souverain par le peuple¹⁵⁴.

Ce mode de pensée qui rejette, contrairement aux Grecs, toute idée d'opposition entre un ordre naturel et un acte social, est à la base du pouvoir politique chinois (la « légitimité » de l'empereur) et façonne une idée de justice caractérisée par son côté réaliste.

20. Une conception réaliste de la justice. Dans la pensée chinoise confucéenne, la responsabilité du souverain ricoche sur celle des individus, de la même manière que la fidélité à l'égard du souverain se transforme en piété filiale¹⁵⁵. Bien que le confucianisme postule la bonté de l'homme, celui-ci reste maître de son destin¹⁵⁶ ; il doit s'éduquer¹⁵⁷ et perfectionner ses compétences, traduites couramment par vertu¹⁵⁸ et synonymes de capacité morale¹⁵⁹ afin de vivre en harmonie. Et c'est dans cette recherche d'harmonie qu'interviennent les notions « d'humanité » et, surtout, de justice¹⁶⁰.

En réalité, humanité et justice sont des traductions imparfaites des termes « *ren* » et « *yi* ». Chacun de ces termes désigne des vertus qui nécessitent des rapports humains pour être cultivées¹⁶¹. Pour Marcel Granet, le *yi* ne se traduit pas par justice mais par équité. Il suppose également une réciprocité dans les rapports humains¹⁶² qui se rapproche étroitement de la règle d'or chrétienne : ne pas faire à autrui ce que l'on ne veut pas subir¹⁶³. Anne Cheng décrit le caractère *yi* comme représentant :

« L'investissement personnel de sens que chacun apporte dans sa façon d'être au monde et dans la communauté humaine [...] tout le contenu notionnel de *yi* comme sens du juste (justice mais aussi justesse) – sens de ce qui est approprié à une

¹⁵³ Mencius a vécu de 380 à 289 avant notre ère.

¹⁵⁴ Cité dans Anne Cheng, *op.cit.*, p. 166.

¹⁵⁵ Max Weber, *op.cit.*, pp. 225-226.

¹⁵⁶ Olivier Beydon, *op.cit.*, p. 124.

¹⁵⁷ À l'instar de Platon, l'éducation chez Confucius est primordiale ; mais, si le premier pensait éduquer par les lois, le second, en revanche, veut éduquer par les rites.

¹⁵⁸ Sur le sens à accorder au terme de « vertu » : François Jullien, « Essai : "Fonder" la morale, ou comment légitimer la transcendance de la moralité sans le support du dogme ou de la foi (au travers du Mencius) », préc., p. 34.

¹⁵⁹ Olivier Beydon, *op.cit.*, pp. 124-125 : l'auteur distingue cette quête de perfectionnement moral de celle ayant eu lieu en Grèce.

¹⁶⁰ Ces deux notions étant considérées comme des normes primaires chez Olivier Beydon (*op.cit.*, pp. 138-150 (sur l'humanité, le « *ren* ») ; pp. 151-163 (sur la justice, le « *yi* »).

¹⁶¹ Marcel Granet, *La pensée chinoise*, [1934] Albin Michel, éd. 2012, p. 394.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Idem.*, pp. 394-395.

circonstance particulière, de ce qu'il convient de faire en situation – concourt à l'associer au *li*¹⁶⁴ ».

Aussi, cette définition du *yi* la rapproche plutôt du sens occidental d'équité, qui suppose de prendre en compte les circonstances particulières d'un acte ou d'une situation, que d'une conception de justice pensée en tant que valeur ou modèle abstrait mathématique. Quant à la vertu dite du *ren*, souvent traduite par la vertu d'humanité, c'est ce qui permet à l'homme d'être homme en interagissant avec autrui¹⁶⁵. L'ordre idéal confucéen dépend des relations et ne se conçoit que hiérarchisé : chaque individu doit être à sa place (dont les principes sont régis par la théorie des cinq grandes relations) pour garantir l'ordre. Toutefois, il est nécessaire de préciser que les premiers penseurs confucianistes sont des hommes, et des hommes de lettre : ils ne font pas partie de la classe populaire et ont une conception patriarcale de l'ordre social¹⁶⁶. Ils forment l'ordre aristocratique de la royauté qui n'est pas censé tomber sous le joug de la loi ; leur soumission à la stricte hiérarchie conduit nécessairement au rejet de toute forme d'égalité entre les hommes. En occupant le degré supérieur de la hiérarchie sociale, il est toujours plus aisé (pour les élites) de défendre une conception inégalitaire de l'ordre social.

Ainsi, la notion de justice conçue dans le paradigme confucéen de l'harmonie est, comme il a été dit, non pas un concept abstrait et transcendant comme le serait la *diké* grecque. Elle s'inscrit au contraire nécessairement dans une relation ; il s'agit de bien se comporter avec son prochain en suivant les modèles comportementaux offerts par les rites.

21. Rite et ordre social. La ritualisation des anciennes cérémonies religieuses, associée à la prolifération de cérémonies profanes, a ainsi tissé le lien social en Chine¹⁶⁷. Ces pratiques rituelles, compilées par les disciples de Confucius, ont vocation à s'appliquer du moment où existe une relation entre deux individus, agissant en véritables « moule de conduite¹⁶⁸ ». Toutefois, leur complexité constitue

¹⁶⁴ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 76.

¹⁶⁵ *Idem.*, p. 68.

¹⁶⁶ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, École française d'Extrême-Orient, 1987, p. 195 : les confucianistes se sont totalement désintéressés du sort du bas peuple, qu'ils ont « abandonné à la rigueur d'une discipline militaire archaïque ».

¹⁶⁷ Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, *op.cit.*, p. 172.

¹⁶⁸ Léon Vandermeersch, « Rites et droit dans la tradition chinoise », *préc.*, p. 163.

un barrage à leur application dans l'ensemble de la population : leur compréhension nécessite un certain degré d'éducation. Cela renverse l'interprétation quelque peu réductrice généralement attribuée à la phrase de Confucius pour qui les rites ne s'appliquent qu'aux hommes de biens et les lois au bas peuple. Ce n'est pas parce que la loi est méprisée par les confucéens qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer à la noblesse : c'est parce que le peuple, constitué de tribus assujetties, n'a pas été éduqué dans l'enseignement des rites. En d'autres mots, ils ne sont pas suffisamment « civilisés » pour être soumis aux seuls rites alors que les classes plus éduquées ne s'abaisseront théoriquement jamais à sortir du carcan des rites, au risque de tomber sous le joug de la loi.

La diffusion des rites dans toute la société et leur intériorisation par les individus doit conduire à une société hiérarchisée et surtout, ordonnée¹⁶⁹. Parce que le lien social dépend de leur respect¹⁷⁰, il n'est pas erroné d'affirmer que l'efficacité des rites est également conditionnée à l'ordonnement (hiérarchique) de la société. Dans cette logique, si chacun pratique les rites, il est évident que personne ne peut théoriquement dévier de l'ordre, les rites provenant de celui-ci.

22. La juridicité des rites. Peut-on pour autant dire que les rites constituent indubitablement des règles *juridiques* ? Sans doute non. Du moins à l'époque de la Chine pré-impériale, d'un point de vue pratique, il ne semble pas possible que toute inobservation d'un rite ait pu conduire à l'application d'une peine. Par exemple, les « petites règles de bienséance » par lesquels commence le *Liji*, se rapprochent plus d'un traité d'éthique que d'un catalogue de droit(s) ou en tout cas de prescriptions obligatoires. Elles servent, selon Confucius, à distinguer les hommes des animaux¹⁷¹ et visent à aider les hommes à vivre ensemble en rappelant à chacun leurs devoirs « moraux¹⁷² ». D'autres préceptes ont en revanche un impact plus significatif sur la vie en société. Par exemple, l'inobservation des périodes de deuil est sévèrement sanctionnée. Sous les Zhou occidentaux, l'impiété filiale ou l'absence de respect des

¹⁶⁹ On ne peut s'empêcher, au passage, de voir actuellement en Chine un retour à la société ritualisée et profondément méritocratique avec le développement contemporain du « crédit social ». Ce système récompense par des bonnes notes les « bons » citoyens et, inversement, retire des points à ceux qui auraient commis des incivilités. Ce système serait-il annonciateur de « l'ère Confucius 2.0 » ?

¹⁷⁰ Léon Vandermeersch, « Rites et droit dans la tradition chinoise », préc., p. 161.

¹⁷¹ *Li Ji*, Tome I, n°22 (p. 16).

¹⁷² Par exemple : « La bienséance exige qu'on s'abaisse soi-même et qu'on traite les autres avec honneur. Les porteurs de fardeaux et les colporteurs de marchandises eux-mêmes ne manquent pas de donner des marques de respect en certaines occasions ; plus forte raison les riches et les grands le doivent-ils faire ».

ancêtres sont très sévèrement punis¹⁷³. La pensée ritualiste, telle qu'enseignée par Confucius, s'appuie avant tout sur des distinctions entre individus, ce qui permet d'attribuer à chacun des devoirs. Leur attribution dépend de la position de l'individu dans sa relation avec autrui (père/fils, mari/femme...). Le premier devoir réside, semble-t-il, dans celui de bien administrer son État et se traduit, dans la sphère familiale, par la bonne gestion du foyer par le père.

23. Une normativité intériorisée ? Les rites sont indéniablement dotés d'une normativité qui, à l'origine, repose sur une croyance mystico-religieuse. S'ils ont suffi à établir la légitimité de certaines institutions, comme la composition de l'unité familiale ou le pouvoir du souverain, ils n'en restent pas moins, à l'époque de la Chine antique, des préceptes de vie en société. Alors que leur inobservation n'appelle pas, nécessairement et à l'origine, une réaction « étatique », leur sphère d'influence est remarquable : Confucius n'est-il pas en effet le personnage historique le plus connu de Chine ? Les préceptes recueillis par ses disciples n'ont-ils pas été redécouverts en Chine impériale pour fonder ce que certains nomment une religion d'État ? Il semble que la démarche d'intériorisation du rituel et son cadre d'application relationnel participe de sa force obligatoire ; sa méconnaissance suffit en tout cas à faire perdre la face.

Toutefois, à l'époque où la pensée confucéenne – et d'autres comme celle des Cent écoles – se diffuse via le développement de l'enseignement privé, le contexte social de la Chine est en plein déclin. La Chine des Zhou, fondée toute entière sur les rites, est confrontée aux contacts avec les étrangers qui sont ignorants de la civilisation chinoise¹⁷⁴. La période des Royaumes Combattants (481-221) signe la fin de l'ère aristocratique, « où l'autorité était partagée entre tous les membres d'une noblesse qui, à travers la chasse, la guerre et le sacrifice, détenait le monopole de la violence rituelle¹⁷⁵ » pour être remplacée, progressivement, par sept États¹⁷⁶. Cette période, marquée par les guerres et les premiers échanges, est également synonyme de rationalisation de la pensée légale, grâce à l'importance des légistes. Contrairement au

¹⁷³ Olivier Beydon, *op.cit.*, p. 96.

¹⁷⁴ Shang Yang, *Le livre du Prince Shang*, présentation et traduction de Jean Lévi, Flammarion, 2005, p. 5.

¹⁷⁵ *Idem.*, pp. 5-6.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 6.

confucianisme ou au taoïsme, la pensée légiste n'a ni fondateur, ni institution propre : son élévation en école de pensée est l'œuvre postérieure des historiens chinois¹⁷⁷.

§. 2. *La loi des légistes, nouvel instrument d'État ?*

24. Le début d'une théorisation de la pensée légale. En histoire du droit, l'époque romaine, par son ampleur, est à l'Occident ce que les Royaumes Combattants sont à la Chine. Outre une évolution sociale comparable constatée pendant ces deux périodes – à Rome, le début de la *Res Publica* (-509) sera suivi de l'Empire (-27) ; les Royaumes Combattants (-481) sonnent la fin de l'ère féodale et précèdent l'unification impériale (-221) –, dans chacune des deux zones géographiques le droit (*juris*) et la loi (*fa*, 法) sont érigés en objet d'étude. Il est permis de rapprocher les prêtres romains des penseurs légistes chinois en raison de leur rôle dans la rationalisation de la pensée du droit.

« Si les écrits légistes sont d'abord des manuels qui ne font que systématiser et théoriser des pratiques existantes, celles-ci ont fini par se constituer en méthodologie, voire en véritable conception du monde : les légistes sont probablement les premiers penseurs politiques en Chine à prendre pour point de départ l'homme et la société non pas comme ils devraient être, mais tels qu'ils sont – dans leur réalité même la plus inacceptable¹⁷⁸ ».

Une brève présentation de cette « réalité » est nécessaire pour la compréhension de la conception légiste de la loi (A) qui, sans surprise, se caractérise par son côté réaliste (B).

A. Le contexte de l'apparition de la pensée légiste en Chine.

25. Fin de l'époque féodale et déclin du pouvoir royal. Ainsi qu'il a déjà été dit, la dynastie des Zhou occidentaux (1122-770) constitue, chez les confucéens, l'âge d'or de l'Antiquité en raison de leur gouvernance par les rites. Cela ne signifie pas pour autant que les lois étaient inexistantes : certains historiens affirment que des lois publiques existaient déjà avant la dynastie des Zhou occidentaux (soit avant le

¹⁷⁷ *Idem.*, p. 317.

¹⁷⁸ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 235.

XIIème siècle avant notre ère) et insistent sur l'usage qu'en fait le roi Wen, le premier roi des Zhou¹⁷⁹. En matière d'organisation sociale, la Chine antique est une société avant tout agricole. Henri Maspero distingue dès l'Antiquité deux formes de possession des terres, qu'il dénomme le grand domaine et la principauté féodale¹⁸⁰. Le premier désigne un « émolument héréditaire¹⁸¹ » administré par les grands seigneurs : ils ont en charge l'administration d'une parcelle de terre (généralement par l'intermédiaire d'un intendant) et la responsabilité de rendre la justice sur leur domaine. Cette forme de « propriété » n'est pas seulement celle du champ : elle inclut, également, les gens y vivant. « Qui a la terre a nécessairement les vilains¹⁸² », puisque ces derniers, s'ils ne disposent pas d'un droit sur la terre, ont un « droit » sur les cultures selon le système du *Jing*¹⁸³, théorisé par le penseur confucéen Mencius au IVème siècle¹⁸⁴. La seconde forme de possession est celle de la principauté « féodale », qui est un territoire que le Roi donne au Prince et dont l'acte d'investiture suit un ensemble de cérémoniaux biens particuliers¹⁸⁵. Lorsqu'il est investi par le Roi, le Prince devient maître absolu de son État : il dispose de l'impôt, d'une armée et de la justice (chaque principauté a un grand officier faisant fonction de juge). Selon Henri Maspero, « le Prince a droit de justice sans intervention royale, mais il fait les lois et n'est nullement tenu de juger suivant les lois royales. Il n'y avait d'ailleurs aucun code et la coutume seule régnait¹⁸⁶ ». Le lien de subordination du prince au roi se manifeste dans certains rituels, tel que les visites rendues à la Cour (même si en pratique, au regard des distances, cette « coutume » ne semble pas avoir été beaucoup pratiquée) et par le paiement d'un impôt : le tribut (*kong*) sous forme d'objets rares ou précieux. Le roi, quant à lui, est juge des crimes commis par les princes.

¹⁷⁹ William P. Alford, « The Inscrutable Occidental ? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past », préc. p. 928.

¹⁸⁰ Le développement qui suit reprend les explications de Henri Maspero, *Études historiques, III, Mélanges posthumes sur les religions et l'histoire de la Chine*, Publication du musée Guimet, 1950, not. pp. 109-146 (« Sur le régime féodal et la propriété foncière dans la Chine antique »).

¹⁸¹ *Idem*, p. 114 : ce que Henri Maspero définit par des « terres données à un fonctionnaire comme émolument de sa charge », selon la traduction de Mencius.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Le système du *Jing tian* consiste à diviser une terre en neuf carrés égaux : la production des huit carrés externes revient aux paysans et celle située sur le carré central au seigneur ou à l'État.

¹⁸⁴ Toutefois, comme le précise Henri Maspero, la faiblesse des sources conservées de l'époque empêche de savoir quel est le statut précis de ces paysans et la nature de leur rapport avec le seigneur.

¹⁸⁵ Henri Maspero, *op.cit.*, p. 134 : la principauté désigne ainsi « un territoire que le roi a conféré à quelqu'un en l'investissant par une série de cérémonies particulières, dont les plus importantes consistent à remettre une tablette, l'autre à reprendre, sur l'autel du grand dieu du Sol qui est à la capitale royale, une motte de terre de la couleur correspondant à la région de l'empire où se trouve le territoire, et à la remettre au seigneur pour son propre autel du dieu du Sol ».

¹⁸⁶ *Idem.*, p. 139.

Dans les faits, cette forme d'organisation sociale conduit à l'accroissement du pouvoir des princes au détriment du pouvoir royal. Son déclin, à partir de la fin des Zhou orientaux (-VIème s.), s'accompagne des batailles que se livrent les principautés entre elles¹⁸⁷. La stabilité des Royaumes du milieu, jusqu'alors préservée par un ordre ritualisé, est ébranlée par l'arrivée de peuples étrangers, qui répondent à d'autres lois¹⁸⁸. Un nouvel ordre se met en place, progressivement, en raison des conflits croissants entre ces États centralisés pour le contrôle des territoires voisins. Ce climat de guerre conduit à une rationalisation de l'administration des États : réformes agraires, réorganisation du travail, substitution de l'impôt en tribut par l'impôt en grain, nouvelle distribution des terres aux paysans sous forme de concessions viagères... Ainsi qu'à une nouvelle organisation sociale : la classe aristocratique perd de son importance au profit des nouveaux conseillers politiques et les artisans et marchands s'enrichissent au détriment des paysans. Les marchands notamment, jouent un rôle politique important jusqu'à insuffler « un esprit mercantile dans la conduite de la politique¹⁸⁹ ».

26. La loi, un remède au désordre social ? C'est dans ce contexte que les penseurs légistes les plus connus, à savoir Shang Yang¹⁹⁰, Shen Buhai, Shen Dao¹⁹¹ et Han Fei Zi¹⁹² exposent leur conception de la loi et, surtout, la mettent en pratique. Ces derniers, surtout Shang Yang, veulent combattre le désordre social qui provient, selon lui, de l'usage des rites en tant que technique de conduite des comportements humains. Ils sont ainsi tous partisans de réformes profondes qui doivent réorganiser la société : « l'homme lucide fait les lois, le sot est régi par elles ; le sage change les

¹⁸⁷ V. à ce sujet, Max Weber, *op.cit.*, pp. 63-70, pour une explication un peu plus détaillée de la conquête du pouvoir par les principautés.

¹⁸⁸ Shang Yang, *op.cit.*, p. 5.

¹⁸⁹ *Idem.*, p. 9.

¹⁹⁰ Selon la préface de Jean Lévi dans *Le livre du Prince Shang* (*op.cit.*, pp. 1-4), sa date de naissance n'est pas connue. Shang Yang est entré au service du premier ministre de Wei puis est devenu premier ministre du royaume de Qin. Après avoir échoué à former une rébellion contre le successeur du duc Xiao, Shang Yang est décédé, écartelé en 338 avant notre ère.

¹⁹¹ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, *op.cit.*, pp. 41-45 : leur biographie est assez vague. Shen Buhai a vécu au IVème siècle avant notre ère ; il est devenu ministre en 351 ou 355 et est décédé en 341 avant notre ère. Shen Dao serait contemporain de Shang Yang et Shen Buhai.

¹⁹² *Han-Fei-tse ou le Tao du Prince. La stratégie de la domination absolue*, Présenté et traduit du chinois par Jean Lévi, Éditions du Seuil, 1999. Selon Jean Lévi (pp. 13-14), Han Feizi est né en 280 avant notre ère et est décédé en 233, contraint de se suicider après avoir été condamné à la prison, accusé d'être un agent double.

règles établies, le vilain demeure sous leur emprise¹⁹³ ». Le degré de ritualisation de la société chinoise antique a permis d'anticiper les conduites des hommes : chaque situation de la vie quotidienne est « englobée » dans la théorie des cinq relations qui dicte aux hommes la conduite, nécessairement particulière, à adopter. Or, pour Han Feizi, l'idéal est tout autre : il veut établir un code de loi à vocation quasi-universelle¹⁹⁴. Autrement dit, il s'agit de substituer aux modèles de conduites dictés par les rites, des règles générales, abstraites et applicables à tous, sans distinction de statut social.

La rationalisation de la pensée légale opérée par ces penseurs de la loi permet de rapprocher ce mouvement intellectuel de la naissance du phénomène juridique romain. Toutefois, le cadre de pensée dans lequel se développent les conceptions de loi en Chine et de droit à Rome divergent profondément. En effet, en Chine, la loi de l'époque pré-impériale ne naît pas de la pratique, ni de la casuistique. Si elle s'inspire de la réalité dans le but de la remodeler, elle ne procède pas, contrairement au droit romain, d'une élévation de pratiques en catégories abstraites de droit.

B. Le caractère réaliste de la loi chinoise à l'époque des Royaumes Combattants.

« *Law is a way of reading reality, of making sense of it*¹⁹⁵ ».

27. Retour sur l'Occident : la naissance du droit romain. Toute tentative de rapprocher la vision chinoise de la conception occidentale et téléologique de la loi s'avère délicate. Si le droit romain est né de la pratique, il s'appuie sur une méthode en partie casuistique pour s'élever dans des catégories abstraites et conceptuelles¹⁹⁶.

¹⁹³ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, op.cit., pp. 27-28.

¹⁹⁴ Han-Fei-tse ou le Tao du Prince. *La stratégie de la domination absolue*, Présenté et traduit du chinois par Jean Lévi, Éditions du Seuil, 1999, p. 18 : « l'ordre absolu devient possible sitôt que les lois sociales ne sont que la manifestation dans l'ordre humain de l'ordre de la nature ».

¹⁹⁵ Samuel cité par John Bell, « Civil Law Tradition », In Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, préc., p. 136.

¹⁹⁶ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Puf [1983] éd. 2009, pp. 55-68, not. p. 67, qui s'appuie sur une citation de Paul, « la fonction de la règle de droit est de décrire brièvement une réalité. Aussi ne faut-il pas que le droit soit tiré de la règle, mais que, du droit qui existe, soit tirée la règle » ; Jean Marie Carbasse, *Histoire du droit*, Puf, 2017, pp. 7-32 : « Du droit dit par les dieux au droit fait par les hommes » (chap. 1), not., p. 12 : avec la conquête de la Grèce par les Romains (IIème siècle), les jurisconsultes appliquent « au droit les catégories générales de la philosophie, ils dépassent l'approche casuistique (le cas par cas) pour découvrir des notions abstraites. Ils passent ainsi du niveau de la simple pratique à celui de la *théorie* du droit ».

Le droit romain se rationalise en étant pensé dans un système autonome¹⁹⁷, qui est toutefois doté d'une valeur transcendantale, la justice. Plus précisément, le droit découle de la justice¹⁹⁸. Ce sentiment du rapport juste renvoie lui-même au développement de la métaphysique en Grèce¹⁹⁹ qui a façonné, en Occident, « la compréhension de la réalité en général [...] autour de la notion d'être²⁰⁰ ». Rien de tel ne peut être constaté en Chine à l'époque des Royaumes Combattants. Même la traduction du terme chinois « être » ne fait pas l'unanimité²⁰¹. En réalité, le lien entre le développement d'une notion abstraite de justice et l'apparition des premières formes de rationalisation du droit, qui paraît évident pour un occidental, l'est beaucoup moins pour un Chinois. Il serait donc vain de rechercher en Chine la création d'un droit né de la pratique qui aurait été développé et théorisé sous le biais d'un idéal suprême. Toutefois, l'absence en Chine d'une conception téléologique de la loi et transcendantale du « droit », toutes deux léguées à l'Occident par les grecs et les romains, ne signifie pas, pour autant, l'absence de développement d'une pensée légale chinoise.

Une des différences fondamentales dans le développement des sciences juridiques chinoises et romaines réside dans leur cadre de pensée. Contrairement aux juristes romains, les légistes chinois ne prennent comme point de départ ni l'homme, ni sa sphère de liberté individuelle. Leur conception de la loi est intimement liée à celle de l'État et du pouvoir ; l'évolution du « droit » est moins le fait du développement des conflits juridiques privés (principale caractéristique du droit romain pour John Bell²⁰²), que d'une stratégie d'anticipation politique des conduites humaines.

28. *Suum cuique tribuere.* Aussi, il semble qu'aux trois particularités du droit romain que sont l'échange, la fiction et la rhétorique, on peut opposer les notions de répartition, de réalisme et d'efficacité qui caractérisent la pensée chinoise des légistes.

¹⁹⁷ Pour Jacques Bouineau, préc. p. 16, les romains ont rendu autonome le droit, ils en ont fait « *un art, une science...une philosophie* ».

¹⁹⁸ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Puf, 2^{ème} éd., 2003, p. 104.

¹⁹⁹ *Idem*, pp. 100-106 : pour cet auteur la formation de la science juridique classique est un produit grec de stoïcisme, de platonisme et, surtout, d'aristotélisme.

²⁰⁰ Pierre Aubenque, « La métaphysique dans la culture grecque classique », *Les études philosophiques*, 2008/4, n°87, pp. 445-450 ;

²⁰¹ Xiaozhen Du, « Y-a-t-il une traduction chinoise du mot "être" ? », *Rue Descartes*, 2011/2, n°72, pp. 17-29 : le verbe « être » serait une « trinité d'expression » qui se traduit à la fois par le verbe *zai*, *you*, et *shi*.

²⁰² John Bell, préc., pp. 130-139.

L'échange en droit romain, tout d'abord, fait référence au rapport privé entre deux individus. La loi des XII Tables reconnaît des droits aux citoyens romains, portant sur des choses ; plus encore, elle leur permet de faire respecter ces droits par la technique des formules²⁰³. À partir de là, s'amorce un cercle vertueux : l'augmentation des échanges nécessite une augmentation des formules²⁰⁴ accordées par les prêteurs romains (à condition, évidemment, que celles-ci soient justifiées) et l'accroissement des formules offre un cadre juridique et sécurisé permettant le développement de ces échanges. La solution apportée par les jurisconsultes n'est rien d'autre que la recherche du « juste ». Or, ce « juste » romain, hérité de la conception de la justice aristotélicienne, fait référence à la justesse du rapport, la justesse de l'échange. Pour reprendre les propos de Michel Villey : « comment bien répartir les choses entre les personnes, attribuer à chacun la sienne, c'est là le problème du droit²⁰⁵ », qu'il faut sans doute préciser, « romain²⁰⁶ ».

29. La répartition verticale opérée par la loi chinoise. En effet, en Chine sous la période des légistes, la réglementation est principalement le produit de la loi, conçue donc en amont du conflit et, surtout, de manière stratégique. Celle-ci provient de l'État et est faite pour l'État : dans la pensée légiste, la place de l'intérêt privé s'oppose nécessairement à la puissance étatique, qui incarne le droit et la justice²⁰⁷. La réglementation des rapports privés n'intéresse les légistes que parce qu'ils risquent de s'affirmer comme des concurrents à l'autorité publique. Par exemple, la politique anti-mercantile menée par les légistes résulte de l'enrichissement spectaculaire de quelques commerçants qui commencent à s'infiltrer dans la sphère politique²⁰⁸. La volonté d'accroître le pouvoir d'État passe, chez Shang Yang, par la formation de

²⁰³ Michel Villey, *Le droit romain*, Puf « Quadrige », 2012, pp. 22-23.

²⁰⁴ *Idem*, pp. 31-32.

²⁰⁵ *Idem*, p. 89.

²⁰⁶ Sur le rapport entre droit et juste chez Michel Villey qui, selon l'analyse de Gérard Timsit, serait une forme d'hellénisation du droit romain (ou de romanisation de la pensée aristotélicienne) : Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, *op.cit.*, pp. 31-33.

²⁰⁷ Shang Yang, *op.cit.*, p. 94 : « le système d'économie familiale avait pour fondement l'intérêt privé ; la découverte de la justice et du droit le rendit caduc » ; Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, *op.cit.*, p. 222 : inversement pour Han Feizi, les intérêts de l'État et les intérêts privés ne sont pas radicalement opposés mais se rencontrent à long terme.

²⁰⁸ V. not l'explication donnée par Léon Vandermeersch (*La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, *op.cit.*, pp. 135-136) concernant l'absence de formation d'une « classe » marchande en raison de leur trop rapide ascension sociale qui a empêché tout sentiment de solidarité de classe entre eux.

« paysans soldats » : pour cela, le souverain doit avoir le monopole des sources de profit comme l'affirme le penseur chinois :

« [...] Tout programme politique passe par la mise en valeur de nouvelles terres et toute stratégie militaire par la mainmise sur les sources de profit ; lorsque l'État aura fermé toutes les issues, le peuple, contraint de se consacrer à l'agriculture, sera honnête et respectueux de la loi. Si les faveurs du monarque constituent l'unique source d'enrichissement, ses sujets consacreront leurs énergies à lutter contre ses ennemis. Ses armées seront partout victorieuses²⁰⁹ ».

Autrement dit, la puissance d'État dans la conception légiste semble incompatible avec le développement des échanges entre particuliers comme ils sont conçus à la base du droit romain. À travers leur pensée et les réformes agraires et fiscales qui sont constatées à cette époque en Chine²¹⁰, il apparaît que le développement des lois est animé de la volonté, non pas de favoriser les échanges, mais de répartir les ressources, entre l'État d'un côté et le peuple de l'autre. Cette répartition étant la « chose de l'État », sur laquelle le peuple n'a pas son mot à dire, elle se conçoit de manière verticale : c'est pourquoi l'on peut parler véritablement d'échanges horizontaux à Rome là où l'on constate une répartition verticale en Chine pré-impériale. De plus, l'objet de cette répartition n'est pas un bien : il s'agit plutôt de répartir les *individus* sur des *territoires*, de sorte que les ressources soient attribuées en quantité suffisante à chacun. Dans la vision de Shang Yang, la civilisation d'une société n'est pas le fait des hommes mais celui de l'administration²¹¹. Et, à l'instar de l'échange comme source du droit civil romain, la répartition est à la base du droit fiscal et administratif chinois.

Échange ou répartition, ces caractéristiques que nous attachons respectivement à la science du droit romain et aux théories des légistes chinois se sont accompagnées d'outils de réflexion propres à chacune des deux civilisations. Ainsi, là où le recours à la *fictio* romaine a permis, par exemple, d'étendre la qualité de citoyen romain aux

²⁰⁹ Shang Yang, *op.cit.*, pp. 86-87 ; sur les paysans soldats, pp. 63-70.

²¹⁰ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne, op.cit.*, pp. 112 et s. Ainsi les premières réformes agraires d'inspiration légiste consistent en une nouvelle gestion par l'État du fer et du sel afin d'en tirer des ressources (et non plus simplement de les conserver) et va entraîner des réformes fiscales en taxant, par exemple, le sel (ce qui permet de taxer également les aristocrates non imposables sans qu'ils le sachent) ; pp. 28-29 : l'auteur s'appuie sur un décret de Shang Yang qui réorganise la population en groupes de cinq ou dix personnes et réforme le foyer fiscal, plus important si plus de deux adultes vivent sous le même toit. Il interdit la vengeance privée et met en place une hiérarchie sociale méritocratique.

²¹¹ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne, op.cit.*, p. 174.

étrangers, la réflexion légiste s'est nourrie, au contraire, d'une pensée réaliste (1). Enfin, l'évolution du droit romain a été permise par son interprétation : confrontation de règles, de solutions, recherche d'une raison, d'une logique juridique – ce qui a également contribué à l'autonomisation du droit selon des principes. Chez les légistes, au contraire, l'interprétation de la loi était stricte, répondant principalement à un seul souci, celle de son efficacité (2).

1. Fiction romaine et réalisme légiste.

30. Une question d'écart. Pour Yan Thomas, ce qui caractérise le droit romain, c'est la fiction²¹². Procédant « de certaines transformations économiques et sociales du monde romain, auxquelles le droit doit faire face, et qui obligent les juristes classiques à retoucher les formules écrites reposant sur l'ancien droit civil, en leur apportant quelques additions ou modifications²¹³ », les *fictiones legis* postulent un écart entre la vérité factuelle et la vérité juridique²¹⁴. En d'autres mots, elles réfutent l'adéquation entre l'existence réelle et l'existence juridique : elle déforme *l'être* factuel pour atteindre une solution juste, adéquate, sur le plan juridique.

En Chine, de nombreux courants de réflexion portent sur ce souci d'adéquation. Mais, il ne s'agit pas d'une adéquation entre l'être factuel et l'être juridique ; l'adéquation entre deux réalités est d'ordre fonctionnel²¹⁵ et non existentiel. À titre d'exemple, il convient de citer un courant de réflexion, – qui a influencé la pensée légiste –, celui dit de la rectification des noms²¹⁶. Cette vision commande l'adéquation entre le titre et la fonction : le père n'est pas père en raison de sa seule progéniture ; il

²¹² Yan Thomas, « Fictio Legis, L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n°21, 1995, pp. 19-63 ; Olivier Guerrier, « Les fictions juridiques et leurs avatars humanistes », *Pallas*, n°91, 2013, pp. 135-144.

²¹³ Olivier Guerrier, préc., p. 136.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Jean Lévi, « Quelques aspects de la rectification des noms dans la pensée et la pratique politique de la Chine ancienne », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, vol. 15, n°15, 1993, p. 49.

²¹⁶ *Idem*, pp. 26-27 : cette formule provient originellement d'une parole prononcée par Confucius à son disciple Zilu : « si le souverain de Wei vous invitait et vous confiait le gouvernement, que feriez-vous en premier lieu ? Le Maître dit : Rectifier les noms, pour sûr ! Zilu dit : Vraiment ? Vous allez chercher loin ! Les rectifier pour quoi faire ? Les Maître dit : Zilu, vous n'êtes qu'un rustre ! Un honnête homme ne se prononce jamais sur ce qu'il ignore. Quand les noms ne sont pas corrects, le langage est sans objet. Quand le langage est sans objet, les affaires ne peuvent être menées à bien. Quand les affaires ne peuvent être menées à bien, les rites et la musique déperissent. Quand les rites et la musique déperissent, les peines et les châtiments manquent leur but [...] », Chapitre XIII, 3. *Les Entretiens de Confucius*, traduction de Pierre Ryckmans, Gallimard, 1987, p. 75.

est père parce qu'il adopte la conduite du père²¹⁷.

Ce souci d'adéquation entre la réalité matérielle et la réalité juridique, par nature fictive en Occident, conduit à envisager deux paradigmes du développement de la conception du droit. En effet, à Rome, l'impossibilité du droit à encadrer l'ensemble des comportements sociaux impulse son développement. Il faut ainsi trouver un moyen d'adapter les règles aux nouvelles situations. Pour cela, la *fictio*, en tant que technique, permet de faire produire des conséquences sur le plan normatif – celui du droit – à une situation factuelle et, surtout, conflictuelle. En Chine, la théorie de la rectification des noms, qui rejette toute dislocation entre la conduite et la fonction, va conduire les légistes à « forcer » la réalité pour la conformer à sa dénomination. Cette « science²¹⁸ » a une vocation pratique et met en œuvre tout un ensemble de procédés techniques appelés *shu*²¹⁹. Toutefois, pour apprécier les conséquences de l'inexistence du procédé de la *fictio* dans la pratique de la loi chinoise, il convient de procéder à une comparaison fonctionnelle de cette *fictio* et de son homologue chinoise des récompenses et des châtiments. En effet, elles permettent, toute deux, de faire coïncider la réalité factuelle de la réalité légale ou juridique.

31. Rectification des noms et contrôle des conduites. La rectification des noms²²⁰ a pour but le maintien de l'ordre social « que sa perfection seule peut apparier à l'ordre céleste²²¹ » et suppose donc une taxinomie préalable des conduites. Sur le plan épistémologique, cette technique combine ainsi l'observation du réel et une parfaite maîtrise du langage. Sur le plan juridique, la science des noms et des formes conduit à l'exacte qualification des peines et des infractions. Une fois l'ensemble des conduites répertoriées elles peuvent être rectifiées : le langage joue ici le rôle de

²¹⁷ Jean Lévi, « Quelques aspects de la rectification des noms dans la pensée et la pratique politique de la Chine ancienne », préc., p. 28 : « Le mot père, qui vaut comme une catégorie de parenté, rend le père père, c'est-à-dire impose un lot de conduites attendues et stéréotypées. Mais en même temps, le rôle de père n'étant pas une essence mais un rapport entre des agents sociaux, les conduites de père déterminent des conduites de fils de la part du fils ».

²¹⁸ *Id.*, p. 39. Ce qualificatif ne semble pas anodin et doit être mis en parallèle avec celui « d'art » attribué au droit romain (Michel Villey, *Le droit romain*, *op.cit.*, p. 46).

²¹⁹ Pour une explication du *shu*, entendu comme art de la manipulation : Olivier Beydon, *op.cit.*, pp. 369-373.

²²⁰ Nom originaire donné par Confucius (*zhengming*), devenu chez les légistes, le *xingming* science des noms et des formes.

²²¹ Jean Lévi, « Quelques aspects de la rectification des noms dans la pensée et la pratique politique de la Chine ancienne », préc., p. 34.

« système de classification des conduites²²² » qui peuvent, une fois identifiées, être maîtrisées par la loi. C'est ainsi que la rectification des noms entraîne, sous la pensée légiste, la rectification des conduites.

32. Les deux manipules. C'est à ce stade que l'intervention des récompenses et châtiments est primordiale. Aussi traduits en français par « les deux manipules²²³ », les récompenses et châtiments consistent, dans leur logique, à punir les comportements déviants de la loi, *fa* et à récompenser, au contraire, ceux en adéquation²²⁴. Théorisée par les légistes, cette technique restera un outil précieux des gouvernements ultérieurs. Ils font partie des techniques de manipulation développées notamment par Shen Buhai²²⁵. Ces deux prérogatives sont considérées comme la manifestation du pouvoir du souverain : « le prince n'est prince que parce qu'il dispose du pouvoir répressif²²⁶ ». Contrairement à la *fictio* romaine qui est pensée et utilisée pour remédier à des situations d'injustice factuelle (par exemple, l'impossibilité pour un pérégrin de faire valoir son *actio* romaine) et qui est conçue dans une logique normative, les deux manipules partent d'une volonté politique pour produire leurs effets dans la réalité²²⁷. Les châtiments établis doivent, selon les légistes, être volontairement disproportionnés pour dissuader les individus d'enfreindre la loi et être automatiquement appliqués²²⁸. Quant aux récompenses, elles doivent être très justement rétribuées et avec parcimonie²²⁹. Leur conception des

²²² *Ibid.*, p. 30.

²²³ Selon la traduction faite par Jean Lévi de l'ouvrage de Han Feizi, *le Tao du Prince*.

²²⁴ Olivier Beydon, *op.cit.*, pp. 364-369.

²²⁵ Han Feizi, *op.cit.*, pp. 463-466, chapitre XLIII, « De l'instauration des lois ». Dans ce passage (not. p. 463), Han Feizi essaye de trancher entre la doctrine de Shang Yang, qui consiste à « placarder les édits et les ordonnances dans chaque bureau de l'administration et à convaincre le peuple de l'automatisme des récompenses et des châtiments », de celle de Shen Buhai, qui s'est occupé des techniques du gouvernement, c'est-à-dire « donner des charges selon les capacités, à juger les résultats en fonction des assertions et à évaluer les capacités des fonctionnaires tout en exerçant un ferme contrôle grâce aux manipules des récompenses et des châtiments ».

²²⁶ *Idem.*, p. 99 ; V. pp. 99-102, chap. VII, « Les deux manipules ».

²²⁷ *Id.*, p. 100.

²²⁸ Shang Yang, *op.cit.*, p. 81 : « En châtiant des plus cruels supplices les fautes les plus vénielles, on interdira qu'elles se produisent, à plus forte raison les crimes graves. [...] Mais si, dans l'application des peines, on proportionne sa sanction au délit, on ne pourra mettre un terme aux infractions mineures, et il n'y a aucune raison pour que cessent les crimes graves, d'où la maxime : "l'agitation naît d'un essai de restauration dans un pays livré à l'agitation" ».

²²⁹ *Id.*, p. 73 : par exemple, selon Shang Yang : « Un prince éclairé manifeste son amour à son peuple en renforçant les châtiments et en lésinant sur les récompenses. Ses sujets lui sacrifient sa vie. Mais c'est une marque de mépris que d'alléger les peines et de multiplier les gratifications. Les sujets d'un prince ne lèveront même pas le petit doigt pour lui » ; ou encore « un monarque promis à dominer le monde ne récompense qu'un seul de ses sujets pour dix qu'il châtie ; un souverain puissant en châtie sept pour trois qu'il récompense ; mais il est voué à la ruine celui qui tient la balance égale entre ses rigueurs et ses libéralités ».

peines et des récompenses s'appuie sur une conception psychologique de l'individu, que les penseurs chinois de la loi considèrent comme dirigé par son propre intérêt²³⁰. L'intérêt du particulier chez Shang Yang, notamment, s'oppose nécessairement à l'intérêt de l'État²³¹. Un État, qui, dans la pensée des légistes, est fort de son armée et de son agriculture : or, il n'est pas dans l'intérêt des hommes de se confronter à la mort sur le champ de bataille ni de se consacrer à l'agriculture. Aussi, pour les pousser à s'adonner à ce genre d'activité, les légistes pensent qu'il faut conditionner leurs intérêts : en punissant de manière redoutable celui qui refuse de se battre et en récompensant justement le paysan²³². Par la technique des deux manipules, la loi conditionne les « réflexes d'intérêts²³³ » et, à terme, assure l'ordonnement de la société.

En d'autres mots, l'adéquation entre la norme et la réalité provient d'une rectification des conduites en Chine là où le droit romain procède à l'ajustement de ces deux paradigmes par l'adaptation du droit.

2. Rhétorique romaine et dialectique réaliste.

33. La technique de mise en œuvre des châtiments et des récompenses s'inscrit dans un paradigme de réflexion plus large, que le sinologue Léon Vandermeersch appelle la « dialectique réaliste ». Brièvement, cette méthode de réflexion légiste, inspirée de la méthode développée par Mo Zi²³⁴ est une science du discours axée sur la recherche de l'efficacité, notamment politique. Dans le domaine légal, il ne s'agit de pas de penser la loi en elle-même mais de réfléchir au meilleur moyen de l'utiliser pour assurer l'autorité de l'État. La loi est une représentation concrète du pouvoir,

²³⁰ « Le peuple suit son intérêt comme l'eau suit sa pente », Shang Yang, cité dans Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, op.cit. p. 219.

²³¹ Shang Yang, op.cit., p. 49 ; p. 123, chap. XIV : « ce n'est qu'en établissant la loi et en fixant avec précision les devoirs de chacun afin d'empêcher les intérêts particuliers d'empiéter sur l'intérêt général qu'on fera régner l'ordre ».

²³² Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, op.cit., pp. 219-220.

²³³ *Idem*, p. 220.

²³⁴ Anne Cheng, op.cit., pp. 94-95. On sait de Mo Zi (aussi appelé Maître Mo) qu'il vécut entre 479 avant notre ère (date de la mort de Confucius) et 372 (date de la naissance de Mencius). Il serait un des premiers penseurs à critiquer l'enseignement de Confucius.

« peinte » sur la réalité²³⁵. Cette dialectique réaliste s'appuie sur trois critères : l'expérience commune (ou celle d'autrui), l'enquête historique et l'épreuve²³⁶.

34. S'assurer de l'efficacité des lois. Le premier critère de l'expérience commune résulte, pour Shen Buhai, de ce que les facultés de l'être humain sont insuffisantes : un seul homme n'a qu'une connaissance subjective de la réalité, et donc une connaissance biaisée. Or, le gouvernement doit être doté d'une connaissance objective pour gouverner, il doit être au courant de tout ce qu'il se passe autour de lui, un peu à la manière d'un être omniscient. Ainsi, comme l'explique Léon Vandermeersch :

« Les légistes [...] organisent artificiellement un véritable captage forcé de l'expérience commune, par l'institution de la solidarité pénale de toute la nation dans la dénonciation obligatoire, premier article de la réforme de Shang Yang²³⁷ ».

Ce « forçage des témoignages » conduit à éprouver chaque discours par une série de pièges tendus au locuteur (par des critères d'évaluation²³⁸) afin de déceler la véracité du propos²³⁹. Or, comme il ne peut y avoir qu'une seule réalité, il ne peut y avoir qu'une seule thèse véridique : la dialectique réaliste conduit ainsi à la confusion entre réalité et vérité²⁴⁰. Le deuxième critère, celui de l'enquête historique, s'appuie sur des références à des faits historiques au soutien de son propos. Le dernier, celui de la confrontation de la thèse aux faits est l'expérimentation du propos : il s'agit de vérifier la correspondance du discours au fait²⁴¹. Si la mise en vigueur d'une loi a été réalisée au travers de ces trois critères, nul doute que celle-ci sera efficace.

« Sous un prince éclairé, les édits ont la préséance sur les autres discours, et les lois sont les instruments les plus propres à trancher les affaires. Ainsi il n'y a jamais deux discours qui entrent en concurrence ni deux lois qui se disputent la pertinence. Tout discours et tout acte qui ne s'inscrivent pas dans le cadre tracé par les édits et

²³⁵ Bjarne Melkevik, « Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n°3, 1996, pp. 612-613 : l'auteur utilise le terme d'« hyperréalisme » de la pensée chinoise légiste en ce qu'elle ne sépare pas loi de sa fonction.

²³⁶ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, op.cit., p. 227.

²³⁷ *Idem*, pp. 228-229.

²³⁸ Jean Lévi, « Quelques aspects de la rectification des noms dans la pensée et la pratique politique de la Chine ancienne », préc., p. 41.

²³⁹ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, op.cit., pp. 230-231.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Idem*, p. 238.

les lois sont proscrits. Si une proposition, ne répondant à aucun cas prévu par la législation, promet de juguler l'artifice, de faire face aux retournements de situation, d'apporter des bénéfices ou de planifier des entreprises, elle doit être adoptée et soumise à l'épreuve des faits. Si l'annonce est correcte, son auteur est généreusement récompensé ; dans le cas contraire, il est lourdement châtié²⁴² ».

35. La loi légiste, technique d'ordonnement social. La loi légiste, *fa*, n'est donc pas une simple norme destinée à la seule résolution des conflits sociaux ; elle est la source de l'ordre elle-même. Comme le disait Han Feizi, « ordre et puissance prennent leur source dans la loi. Désordres et faiblesse ont pour cause l'arbitraire²⁴³ ». L'étymologie du mot « *fa* » est intéressante puisqu'à l'origine elle ne désignait pas la loi pénale qui était dénommée *xing* (ce terme désignant le châtement) mais l'ordre naturel, transcendant (dans la vision confucianiste). Cette « loi²⁴⁴ » du ciel (*fa*) imposait « que seule une poignée de spécialistes la connaissent », ces spécialistes étant, à l'époque, les devins²⁴⁵. Pour les légistes, l'ordre céleste devint, avec la pensée ritualiste, un ordre moral : son intériorisation a conduit à un clivage entre la loi du ciel et la loi des hommes. Par conséquent, pour lutter contre cette « anarchie », les légistes – en tout cas Shang Yang, qui fut le premier à généraliser le système pénal pour tous – ont généralisé la loi pénale nouvellement dénommée *fa* (ancienne loi du ciel) et réservé le terme *xing*, aux châtements²⁴⁶. Chez Han Feizi, la loi est assimilée à la raison d'être de l'État, un peu comme la « loi physique » est la raison d'être des choses : il faut que la loi (politique) « revienne à la loi physique, dont elle doit avoir tous les caractères si elle est bonne : l'unité, l'universalité, et la simplicité car le peuple est simple, et se gouverne aussi simplement que les choses²⁴⁷ ». Pour Jean Lévi, cette automaticité extrême des lois empêcherait de qualifier ce système de juridique²⁴⁸.

Tournée vers la recherche de l'obéissance – et donc, par corrélation, de l'efficacité –, les légistes veulent une loi simple, générale, applicable à tous et surtout univoque. La généralisation de la loi s'oppose directement à la pensée ritualiste qui distingue le domaine d'application de la loi selon la classe des individus. Toutefois, la

²⁴² Han Feizi, *op.cit.*, pp. 457-459, « Chapitre XLI : Questions sur les sophismes », p. 457.

²⁴³ *Idem*, p. 385.

²⁴⁴ Sur le problème de l'utilisation du mot « loi » pour parler des lois de la nature en Chine, V. *Infra* n°50, 51.

²⁴⁵ Léon Vandermeersch, *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, *op.cit.*, p. 198.

²⁴⁶ *Idem*, p. 199.

²⁴⁷ *Idem*, p. 200.

²⁴⁸ Han Feizi, *op.cit.*, p. 20.

portée normative de la loi légiste se rapproche de celle du rite ; c'est, en tout cas, ce à quoi semblait aspirer le penseur Han Feizi lorsqu'il énonce :

« La véritable perfection dans le gouvernement ne consiste pas à faire en sorte que récompenses et châtements frappent à bon escient. [...] La législation atteint le degré suprême quand elle se montre capable de prévenir jusqu'à la pensée de l'acte ; elle est déjà moins parfaite quand elle s'emploie à réprimer les paroles ; et c'est le plus bas niveau du gouvernement quand seul l'acte est sanctionné²⁴⁹ ».

36. L'interprétation stricte de la loi. Les légistes n'ont pas mis l'accent sur la justesse de la loi : celle-ci est juste ou injuste selon qu'elle vise à l'ordre ou au désordre ; tout dépend dès lors de l'intelligence du souverain. Ce qui ressort de la pensée légiste, c'est d'être axée sur son effectivité : en modulant les comportements des individus, la loi produit ses effets dans la réalité, elle devient une norme aussi intangible que le cycle des saisons. Dans cette conception, la loi qui n'est que la concrétisation du pouvoir, ne ment jamais²⁵⁰. Il n'est donc pas surprenant que son interprétation soit très stricte. En outre, les légistes vouent en particulier une certaine animosité aux lettrés, qu'ils considèrent, notamment, être à l'origine de la corruption de la société. Han Feizi considère ainsi les lettrés comme des « parasites fauteurs de troubles » :

« Comment, dans ces conditions, les lettrés qui appartiennent aux académies et professent une double allégeance ne nourriront-ils pas d'arrière-pensées, excitant leurs comparses à la tromperie et à la ruse, critiquant les lois et les ordonnances, afin de s'attirer les sympathies du vulgaire en s'opposant à la morale du siècle ?²⁵¹ ».

Aussi, l'interprétation des lois ne peut être faite que par un corps de fonctionnaires compétents et, surtout, de manière très encadrés. Dans le chapitre du traité de Shang Yang consacré aux « droits et devoirs de chacun²⁵² », ce corps de fonctionnaires doit connaître le « sens et la raison de la loi dont ils seront les

²⁴⁹ *Idem*, p. 467. « Un tel système ne connaît pas le droit, celui-ci est totalement inutile dès lors que la loi n'est que l'application automatique d'une loi cosmique ».

²⁵⁰ Ce propos est celui du ministre Shang Yang qui, chargé de la réforme des institutions, s'est d'abord soucié de l'effectivité de la loi. Sa méthode a consisté à publier un texte à la porte sud du marché de la capitale disant que quiconque le déplacerait à la porte nord recevrait dix pièces d'or. La population, étonnée, n'osa pas transporter le texte ; Shang Yang réitéra sa manœuvre en proposant cette fois cinquante pièces d'or. Un individu osa alors déplacer ledit texte et reçut, presque automatiquement, la somme promise. Inversement, quiconque désobéissait à la loi devait être châtié, même le prince. V. l'histoire de Shang Yang par Sima Qian, dans *Le livre du Prince Shang*, *op.cit.*, p. 194.

²⁵¹ Han Feizi, *op.cit.*, p. 483.

²⁵² Le titre est issu de la traduction de Jean Lévi même si nous doutons de la pertinence du mot « droits » dans ce cas.

garants²⁵³ ». L'auteur préconise à son souverain que ces jurisconsultes engagent leur « responsabilité personnelle²⁵⁴ » à chaque fois qu'ils sont saisis d'une question portant sur l'interprétation d'une loi, via la mise en place d'un code de conduite très strict :

« Tout juriste qui omettrait un article sera puni conformément aux peines prévues par l'article qu'il a négligé. Si l'un des fonctionnaires chargé de l'application des lois est muté ou bien meurt, on demandera à un apprenti juriste de le remplacer. A cet effet, un code aura été rédigé. Il devra en connaître le contenu en un laps de temps déterminé ; s'il ne parvenait à l'assimiler, il sera puni, conformément à la législation en vigueur²⁵⁵ ». Quant à l'interprétation de la loi, aucune liberté n'est tolérée : « Le magistrat qui se permettrait de supprimer ou de modifier un article de la loi subira la peine capitale²⁵⁶ ».

Le fonctionnaire n'a, par ailleurs, pas la possibilité de refuser de répondre à la question posée.

Cette méthode d'interprétation stricte des lois – de nature pénale – n'est pas sans rappeler l'école de l'exégèse formée au lendemain de la promulgation des codes napoléoniens. Le règne de la pensée légiste aura toutefois été trop court pour que ces penseurs soient confrontés aux limites d'une telle méthode et choisissent de s'en départir. Afin d'assurer la stabilité de l'interprétation donnée, Shang Yang préconise également qu'à la mort du fonctionnaire chargé d'appliquer la loi, ses édits et ses bordereaux²⁵⁷ soient compilés pour, selon la traduction reprise ici de Jean Lévi, « faire jurisprudence ». Cette méthode de communication des lois doit ainsi conduire à ce que chacun connaisse les lois, particuliers comme fonctionnaires. Pour autant, il serait très aventureux d'y voir la recherche d'une justice, d'un droit juste comme l'Occident l'entend ; il n'est en effet point question de justice – sauf à ramener la notion même de justice au strict maintien de l'ordre. Les propos de Shang Yang ne peuvent être plus explicites :

« Ainsi, tout citoyen qui voudrait se débarrasser d'un doute sur un article du code pourra en faire la demande au bureau de la justice de sa circonscription, si bien que nul ne pourra ignorer la loi ; et les fonctionnaires, sachant que les particuliers la connaissent, ne chercheront plus à abuser leurs administrés ni à appliquer de

²⁵³ Shang Yang, *op.cit.*, p. 181.

²⁵⁴ Ce terme est anachronique mais c'est bien de ce régime dont il est question.

²⁵⁵ Shang Yang, *op.cit.*, p. 181.

²⁵⁶ *Idem*, p. 182.

²⁵⁷ *Ibid.* Shang Yang explique que les juristes doivent répondre aux questions posées par les individus en « remplissant un bordereau de six pouces où figurent la date "à l'heure près" de la demande ainsi que l'article questionné. Une fois le bordereau rempli, le fonctionnaire remet la partie gauche et garde la partie droite qui sera conservé dans la salle des archives, scellés par la chancellerie ».

mesures en contradiction avec le code. Les citoyens, en retour, n'oseront pas troubler l'ordre public, de peur d'encourir les foudres des officiers de justice ».

Associé au régime de responsabilité collective mise en place par Shang Yang, ces progrès techniques en termes de rationalisation de la loi – publicité des lois, principe d'égalité de tous devant la loi, proportion des châtiments aux peines – se révèlent être de véritables instruments au service d'un pouvoir despotique dont le maintien repose sur la peur. La loi chinoise n'aura sans doute jamais été aussi sacralisée que par les légistes ; mais elle en est devenue tout aussi redoutable.

37. Un héritage à double tranchant. L'opposition radicale bien souvent décrite entre le confucianisme et le légisme doit être relativisée. Plusieurs auteurs tel que Léon Vandermeersch ou Michael Palmer considèrent que la véritable caractéristique de la tradition juridique chinoise réside justement dans la fusion de ces deux courants de pensée. En réalité, ces deux réflexions, qui discutent toutes deux de l'ordre social, de la place de l'homme et de son rapport à l'État, peuvent même être complémentaires : la loi instrumentalisée des légistes dote l'appareil étatique d'un instrument coercitif qui lui permet de mettre en œuvre une volonté, une politique, aux valeurs confucéennes. C'est en tout cas le modèle qui semble se dessiner dès la fin de l'époque des trois Royaumes et des Dynasties du Nord et du Sud (220-589). Cette éthique offerte par le confucianisme dote l'appareil bureaucratique d'une légitimité et, par là même, sous-entend des valeurs attachées au contenu du droit. Cette détermination des critères juridiques, des critères du bon ou du mauvais, doit être rapprochée de l'influence chrétienne dans l'élaboration de la pensée juridique de la France au Moyen-Âge.

Section II. La norme dans son rapport au sacré.

38. La légitimité par la religion. La pérennité d'un système juridique passe, dans une certaine mesure, par sa légitimation : le droit n'existe pas pour lui-même mais tend à une fin, que cette fin soit nommée ordre, justice, liberté ou équité. Ces valeurs morales ou fondements éthiques permettent d'embellir la seule justification – selon nous – à l'existence de règles, de principes ou encore de préceptes : la nécessité,

pour toute espèce humaine, de cohabiter²⁵⁸. En réalité, seule la manière de concevoir cette cohabitation diffère, en fonction des diversités des groupements sociaux ; et c'est à ce stade qu'apparaît, semble-t-il, le besoin de légitimer non pas seulement l'existence des règles mais surtout leur contenu – et, par là, leur auteur. Aussi, il convient de garder à l'esprit que la légitimité d'une loi ou d'une institution doit pouvoir se comprendre, également, comme sa raison d'être admise dans une société donnée. Cette raison d'être peut-être extérieure ou interne au système étudié. Par exemple, en se penchant sur ce qui a assuré le développement du droit au Moyen Âge français (et des institutions : le hasard fait bien les choses puisque, qu'il s'agisse de la Chine ou de la France, le droit est lié étroitement à des *institutions*, ce qui n'est pas forcément le cas partout) le constat est le suivant : le développement du droit pendant cette période a été étroitement lié à celui d'un autre système normatif, qualifié de religieux. L'influence chrétienne pendant cette période en France n'est en effet plus à démontrer²⁵⁹ ; et même par la suite, la laïcisation du droit intervenue au début de la Renaissance, n'a pu intervenir que parce que le droit était imprégné de connotation religieuse.

La Chine également a été imprégnée de ce que l'Occident appelle religion, bien que ce terme n'ait été introduit qu'à la fin de l'empire²⁶⁰. Qu'il s'agisse du bouddhisme, du manichéisme²⁶¹, de taoïsme – voire même de confucianisme ? –, ces fonds culturels chinois ont permis, tout autant que les religions monothéistes en

²⁵⁸ En ce sens, sur la thèse du droit comme lien social analysée dans une perspective anthropologique : Alain Supiot, *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du seuil, 2005, p. 10.

²⁵⁹ Bien évidemment, d'autres influences ont marqué la science du droit française, pour ne pas dire européenne : le droit romain dont il a déjà été traité mais aussi, le droit coutumier (en matière de régime matrimonial), le droit canonique *stricto sensu* (en matière de mariage et de filiation) ou plus récemment, les idéaux révolutionnaires (en matière de propriété et de succession) : René David *et al.*, *Les grands systèmes de droit contemporain, op.cit.*, p. 72, n°73.

²⁶⁰ Vincent Goossaert, « Le concept de religion en Chine et l'Occident », *Diogenes*, n°205, 2004/1, p. 13. Le terme utilisé en chinois de *zongjiao* a été introduit par un japonais pour traduire ce que l'Occident dénomme religion à savoir les « système(s) structuré(s) de croyances et de pratiques séparé(s) de la société, et organisant les fidèles en Église » ; Léon Vandermeersch, « Une tradition réfractaire à la théologie : la tradition confucianiste », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 1985, n°6, p. 17 et s. (sur les principales conséquences, dans la civilisation chinoise, de l'absence de théologie/religion comparable au phénomène occidental, à savoir : une profonde indifférence des Chinois vis-à-vis de ces genres de religion, un ritualisme exacerbé et un développement alternatif de la pensée scientifique).

²⁶¹ Le manichéisme est une religion révélée apparue en Chine en 675 qui coïncide avec la conquête du Turkestan oriental. Henri-Charles Puech, « MANICHÉISME », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 27 juin 2018. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/manicheisme/>

Occident²⁶², de participer à une vision de la société et de la norme sociale. De là à ce qu'elle soit érigée en norme juridique, il n'y a plus qu'un pas à franchir.

§1. Légitimité ou raison d'être du droit dans la pensée juridique franco-chinoise du Moyen Âge.

39. Le déclin de la pensée légiste. La dynastie Qin, caractérisée par la pensée des légistes et par l'apparition d'une forme primitive de recueil de lois chinoises²⁶³ (-407) a pris fin en -209, dans un contexte de conflit social dont l'apogée réside dans la première grande révolte paysanne de l'histoire de Chine, menée par Chen Sheng et Wu Guang²⁶⁴. La pensée légiste, axée sur les récompenses à la bataille et bien qu'elle ait constitué la « *machine de guerre intellectuelle de l'unification des sept royaumes* »²⁶⁵ reste incapable de répondre aux exigences de la gouvernance quotidienne d'un État unifié²⁶⁶. L'affaiblissement d'une vision d'un État autoritaire disciplinant sa population par des lois de fer permet la redécouverte de la pensée confucéenne, enrichie du savoir des Cent écoles (诸子百家) comme, par exemple, la pensée des Cinq vertus de l'école du Yin et du Yang, intégrée dans le confucianisme²⁶⁷. Pendant la dynastie Han, héritière de l'organisation juridique des Qin²⁶⁸, se dessine progressivement une pensée confucéenne enrichie des leçons du passé et que certains auteurs appellent le « nouveau confucianisme » : 新儒家 (*xin rujia*, ou « néoconfucianisme »). Cette période dynastique marque le début du

²⁶² Sur l'influence du christianisme en droit : Alain Supiot, *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, *op.cit.*, pp. 16 et s.

²⁶³ Certains auteurs, comme Zhang Jinfan, datent l'apparition des premiers codes de lois chinois au III^{ème} siècle. L'historien français Jérôme Bourgon, (« Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », *préc.*, pp. 131 et s.) rejette la qualification de code. Selon lui, les recueils de normes de cette époque (Qin) qui sont des règles juridiques inscrites sur fiches de bambous se rapprochent plutôt de « décisions ponctuelles faisant davantage penser à des précédents judiciaires qu'à des lois proprement dites ». La collection n'est pas structurée, ni homogène ; quant aux peines prévues par ces règles, elles ne renvoient pas au système des cinq châtiments.

²⁶⁴ Guo Chengwei (郭成伟) (dir.) *et al.*, *Histoire du système juridique chinois* (中国法制史), Beijing : China legal publishing house, 2005, p. 34 ; p. 54. Cette révolte (陈胜吴广起义), qui date de -209 avant notre ère, est une réaction à la sévérité cruelle des lois pénales adoptées sous le règne du nouvel empereur des Qin, Huhai (le fils de l'empereur Shi Huangdi, premier empereur qui réussit à unifier la Chine et a instauré les bases d'un empire).

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 54 : « 法家 (的政策) [...] 成为秦始皇统一七国的重要思想武器 ».

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Mais non de sa pensée strictement légale.

sentiment d'appartenance à une même civilisation²⁶⁹ et également le commencement d'une tradition²⁷⁰.

A. L'éthique confucéenne, homologue de la morale chrétienne.

40. Le renouveau du confucianisme. À l'instar de l'usage de la chrétienté qui a permis d'asseoir le pouvoir royal au Moyen Âge, la redécouverte du confucianisme et son officialisation impériale devait tendre à justifier le règne du nouvel empereur des Han, l'empereur Wu²⁷¹. En 136 avant l'ère chrétienne, cet empereur promulgue un édit qui crée des chaires impériales pour les intellectuels des Cinq Classiques²⁷², lequel est suivi, quelques années plus tard, par la création de l'Académie impériale, institution de formation des futurs fonctionnaires. En 59 après J-C, des sacrifices sont ordonnés dans chaque école à la gloire de Confucius : peu à peu, le confucianisme devient religion d'État²⁷³. Comme le conclut Anne Cheng :

« C'est sous les Han, dont la légitimité se proclame fondée sur le principe, non plus de la naissance, mais du mérite, que le courant confucéen devient un phénomène de masse : instauration d'un culte impérial à Confucius, octroi de privilèges à ses descendants et, surtout, exigence d'une réputation morale de "sagesse et compétence" et d'une parfaite connaissance des Classiques pour l'accès aux fonctions administratives²⁷⁴ ».

Un des penseurs initiateurs de cette réintroduction du confucianisme est Dong Zhongshu²⁷⁵ qui s'appuie sur la pensée cosmologique, en particulier la théorie du Yin

²⁶⁹ Pour la lecture non sinologue, la dénomination Han désigne également l'ethnie majoritaire chinoise actuelle (environ 95% de la Chine), parmi ses 56 ethnies différentes.

²⁷⁰ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 293 : « Après l'effervescence intellectuelle des Royaumes Combattants où les penseurs ont connu une liberté de mouvement et de pensée sans précédent ni équivalent ultérieur, et après la mise au pas et l'uniformisation imposées par les Qin, les Han représentent une phase de rumination qui transforme les innovations en acquis, en tradition ».

²⁷¹ (140-87 avt JC) ; *Idem*, pp. 302-303.

²⁷² *Id.*, p. 303.

²⁷³ Joseph Needham, *Science et civilisation en Chine. Une introduction*, Édition abrégée établie par Colin A. Ronan, traduit de l'anglais par Frédéric Obringer, éd. Philippe Picquier, 1995, p. 107.

²⁷⁴ Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 303-304.

²⁷⁵ Né environ en - 195 (ou - 179 selon Anne Cheng) avant notre ère et décédé en -115 (ou en - 104 selon Anne Cheng, *op.cit.*, p. 303) avant notre ère ; considéré par certains comme le « fondateur du confucianisme normatif », ses discours ont notamment permis la légitimation du nouveau pouvoir politique au lendemain de l'effondrement de la dynastie des Qin (légistes) et donneront naissance, par la suite, à la théorie du mandat céleste. Dong Zhongshu est également l'auteur du recueils de décisions *Jugements d'après les Annales* : Jérôme Bourgon, « 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*, n°19, 1997, pp. 8-10.

Yang, et la pensée des légistes, pour renouveler la légitimité du pouvoir en place²⁷⁶. Le souverain tient sa place du Ciel et, contrairement aux pensées antérieures qui le rendaient responsable devant le peuple, il est responsable devant le Ciel :

« Le génie de Dong Zhongshu et des idéologues Han en général est d'avoir rapporté l'ordre sociopolitique hiérarchisé à la régulation naturelle de l'univers. Dès lors, les fondements du pouvoir ne sauraient être à caractère formel ou légal, mais cosmique²⁷⁷. »

Et les lettrés, par la même occasion jouent un nouveau rôle : celui de contrôler les actes du souverain par leur interprétation des Classiques. Ce phénomène n'est pas sans rappeler celui intervenu des siècles après en Occident pendant l'époque carolingienne avec l'introduction du sacre et l'apparition, conséquente, de la figure du roi chrétien²⁷⁸. « *L'onction rend le roi inviolable par la main des hommes, mais elle le soumet aux punitions de Dieu*²⁷⁹ ». Toutefois, comme le constate Robert Jacob, si le roi détient la justice divine, il n'en est pas pour autant exclu lui-même. Ainsi, dès le IX^e siècle en France, les luttes du pouvoir entre les petits fils de Charlemagne – liées à un déficit de légitimité ? – changent la donne : les évêques reprennent une partie du pouvoir et affirment, à l'instar des lettrés, un droit de corriger le souverain²⁸⁰. Si en Chine, l'empereur devient responsable devant le Ciel, en France, le Roi est redevable de Dieu²⁸¹.

41. Confucianisation du droit chinois et christianisation de la société française. Ces processus de confucianisation du droit et de christianisation de la société se sont déroulés progressivement et à deux échelles : au niveau du pouvoir dans un premier temps, puis au niveau de la société dans un second temps. Si la date du baptême de Clovis marque le début de l'introduction du catholicisme au Royaume des francs, cela ne signifie pas pour autant que l'Église a infiltré l'ensemble de la société. De la même manière en Chine, lorsque les Han ont érigé le confucianisme au rang de religion d'État, celui-ci n'est pas devenu *de facto* un ensemble de normes juridiques. L'institution du mariage illustre bien comment ces deux processus

²⁷⁶ Guo Chengwei (dir.) *et al*, *op.cit.*, p. 56.

²⁷⁷ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 305.

²⁷⁸ Robert Jacob, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Puf, 2014, pp. 154-155. Selon l'auteur, Hincmar de Reims reste le personnage le plus représentatif de la nouvelle idéologie de justice divine de la période carolingienne et développe le modèle du roi chrétien.

²⁷⁹ Extrait de la Bible (1S 26 9-11) cité par Robert Jacob, *op.cit.*, p. 143.

²⁸⁰ *Idem*, p. 150.

²⁸¹ En gardant à l'esprit que le *Ciel Chinois* est très différent du *Dieu Occidental* : V. *Infra* n°49.

d'élévation de dogmes éthiques ou religieux en normes socialement obligatoire se sont déroulés, au gré des querelles idéologiques et des luttes de pouvoir. Un exemple qui a particulièrement marqué les penseurs chinois en la matière²⁸² est l'affaire dite de Liu Hui, enregistrée dans la monographie du droit dans le livre des Wei²⁸³. Dans cette histoire, la princesse Lanling de la dynastie du nord de Wei est mariée avec un dénommé Liu Hui, de rang inférieur. La princesse est très jalouse à cause des infidélités de son mari ; il est dit qu'elle aurait même tué une de ses concubines. Après moultes péripéties conjugales incluant un divorce, la belle-mère de la princesse, l'impératrice douairière Ling (516-528) accepte de les réunir de nouveau. Liu Hui ne reste pas fidèle très longtemps à la princesse et une dispute s'ensuit à l'issue de laquelle Liu Hui pousse sa femme hors du lit et provoque une fausse couche. Liu Hui s'enfuit, et ses deux maitresses, ainsi que les deux frères de ces dernières, sont arrêtés et emprisonnés. Le gouvernement impérial offre une récompense à quiconque trouve Liu Hui, dont le montant est égal à celui offert pour l'arrestation d'un suspect accusé de rébellion²⁸⁴. Entre le moment de la fuite de Liu Hui et la venue du procès, s'ouvre un intense débat qui oppose les partisans de l'impératrice Ling, en faveur de la princesse et de la protection du pouvoir impérial, et les partisans du recours à l'éthique familiale des Han, représentés par Cui Zuan, directeur des trois ducs du département des affaires d'État. Ce dernier conteste quatre points : l'accusation de conspiration/trahison dirigée contre Lui Hui, la peine requise par l'impératrice à l'encontre des deux concubines (rasage de la tête, coups de fouet et mise en esclavage dans le palais royal), l'accusation de complicité des deux frères qui « connaissaient les faits mais n'ont rien dit » et, enfin, le problème de l'autorité compétente pour résoudre un tel litige. Sans reprendre l'ensemble des quatre griefs invoqués par Cui Zuan, la première contestation illustre les conflits de normes au VIème siècle en Chine.

²⁸² Notamment le célèbre juriste Shen Jiaben du XIXème siècle, V. Jen-der Lee, « Crime and punishment : the case of Liu Hui in the Wei Shu », *In* Wendy Swartz, Robert Ford Company, Yang Lu, et al. *Early medieval China : a sourcebook*, New York : Columbia University Press, 2014, p. 159.

²⁸³ Dynastie des Wei : 396-534.

²⁸⁴ Li Zhende (李贞德), *La mort de la princesse : tout ce que vous ne savez pas de l'histoire du droit chinois* (公主之死 : 你所不知道的中國法律史), *Beijing : Sheng huo, dushu, xin zhisan lian shudian*, 2008, p. 14.

B. Le recours aux Classiques dans la formation du droit substantiel.

42. La sélection des valeurs confucéennes : l'exemple du modèle patriarcal.

Pour Cui Zuan, le droit est la base de la gouvernance et il ne peut être modifié par l'état d'humeur ou par l'amitié éprouvée à l'encontre des protagonistes. Or, étant donné que Liu Hui n'a pas comploté contre le pouvoir impérial, il ne peut être accusé du crime de trahison ; le seul crime dont il peut être accusé, c'est d'avoir tué son propre enfant. Cui Zuan base son argumentation sur la loi sur la violence (斗律) de l'empire du Nord Wei qui énonce que les ascendants (grands-parents et parents) qui tuent leur descendant au moyen d'une arme doivent être condamnés à cinq années d'emprisonnement ; s'ils battent à mort leur enfant, la peine encourue est de quatre années d'emprisonnement ; en cas de préméditation, la peine est augmentée d'un degré. Dans cette affaire, la qualification de l'infraction est problématique car la princesse a, par définition, du sang impérial : et, depuis les Han, la règle est que quiconque tue un membre de la famille impériale est condamné pour trahison à la peine capitale. Or, Cui Zuan se rattache à l'éthique de la famille patriarcale (夫系家族伦理) formulée dans le livre des Cérémoniels (*Yili*) qui délimite le domaine de la famille et en fonde sa hiérarchie, de nature patriarcale. Aussi, dans la pensée confucéenne, le mariage implique que la femme quitte sa famille d'origine pour intégrer et devenir membre de la famille de son époux : en conséquence, la filiation est de nature paternelle. Dès lors, pour Cui Zuan, la princesse « appartient » à la famille de Liu Hui et l'enfant, victime des violences du père, ne doit pas être considéré comme de membre de la famille impériale.

L'enjeu véritable de cette argumentation est d'exiger la reconnaissance, par l'impératrice, de l'éthique de la famille patriarcale²⁸⁵. Cette affaire est révélatrice, plus largement, de la problématique connue dans la Chine entre le III^{ème} et le VI^{ème} siècle dans le choix de la norme applicable :

« La question n'était pas de savoir si l'autorité souveraine (gouvernante) avait pour but de confucianiser la société au travers de la codification des éthiques classiques mais, d'abord, quels aspects des éthiques maritale et familiale devraient être érigés

²⁸⁵ *Idem*, p. 21.

en droit ; ensuite, comment ces lois seraient-elles produites ; et, enfin, qui seraient les autorités gouvernantes²⁸⁶. »

Si les légistes ont imprégné la conception de la loi comme étant celle d'une règle efficace qui émane de l'État et qui est produite pour son intérêt, le renouveau confucéen implique d'attribuer à cette loi une assise morale qui provient du *LI* (la raison) ou, à défaut, du sentiment de justice (*yi*) (vertu confucéenne). La confucianisation du droit ne saurait être comprise comme le processus aveugle consistant à sanctionner pénalement le non-respect de n'importe quel enseignement confucéen : il ne s'agit pas de juridiciser de la pensée confucéenne. Ainsi, dans une autre affaire où il était question du prononcé du divorce d'un couple marié depuis trois ans qui n'ont pu avoir d'enfant, la nécessité éthique que l'on peut appeler « justice » est flagrante. La demande de divorce du mari est fondée sur l'absence de progéniture ; du point de vue des Canons confucéens, cette demande est légitime ; mais la femme demande le maintien du mariage au motif que, sans son mari, elle n'a plus d'endroit où vivre. Les juges ont alors écarté la référence au *li* qui légitimait le divorce pour faire prédominer le *yi*, en considérant que prononcer le divorce était impossible « pour des raisons d'humanité²⁸⁷ ».

43. Synthèse entre la pensée légiste et la pensée confucéenne. Sous les Han, ces germes d'imbrication du droit et de la nouvelle éthique confucéenne finissent par murir sous le pinceau du penseur Dong Zhongshu²⁸⁸. En matière de loi, cet auteur use comme grille de lecture des Classiques. Pour Anne Cheng, il s'agit véritablement d'une combinaison faite par Dong Zhongshu entre l'autorité de la loi, d'un côté, et la morale des valeurs confucéennes « redécouvertes » de l'autre. Ces valeurs sont décrites par la sinologue comme :

« Une synthèse entre la force coercitive de la loi telle que la conçoivent les légistes et l'obligation morale instaurée par les rites confucéens, le seul contrepoids à la portée universelle de la première étant l'autorité particularisante des seconds. Le pouvoir de la loi qui ne souffre pas d'exception se trouve ainsi tempéré par le

²⁸⁶ Jen-der Lee, *op.cit.*, pp. 156-157 : « *The issue, then, was not whether the ruling authorities intended to Confucianize society though the codification of classical ethics but, first, what aspects of marital and familial ethics would be made law ; second, how these laws would be enacted ; and, third, who the ruling authorities would be* » ; le problème de l'autorité gouvernante fait référence au quatrième point soulevé par Liu Hui, à savoir, qui est compétent pour juger de l'affaire.

²⁸⁷ Joseph Needham, *op.cit.*, p. 325.

²⁸⁸ Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 303-307.

particularisme des rites qui ménagent des traitements différenciés en fonction du statut personnel, de la nature des relations, des circonstances sociales etc.²⁸⁹ ».

Le penseur chinois se démarque en ce sens des confucianistes originels en acceptant la nécessité de l'ordre juridique²⁹⁰ et en amorçant la complémentarité de la loi, *fa*, et des rites, *li* : l'expression « *sortir du rite pour entrer dans le domaine de la loi* » (出礼入法) consacrée sous les Han, illustre cet état d'esprit. C'est ainsi qu'est enclenché le phénomène de confucianisation du légisme.

Ce processus d'acculturation²⁹¹ trouve son apogée sous la dynastie des Tang, fondée au VII^e siècle (en 618) et dont le code (*lü*²⁹²) est réputé pour être la source des codes des dynasties postérieures²⁹³. Composé de cinq cent deux lois divisées en douze parties, le *Code des Tang* est la première forme d'un ensemble systématique et cohérent de textes de lois qui soit parvenue aux historiens modernes²⁹⁴. Dans un contexte de restauration de l'ordre, l'empereur Taizong a synthétisé les expériences politiques et juridiques des précédentes dynasties et, surtout, leur agencement entre le *xing* (châtiment) et le *li* pour en conclure que la vertu du *li* doit être utilisée comme fondement et le châtiment comme outil de promotion de cette vertu²⁹⁵ (德本刑用). Le *Code des Tang*, établi sous le règne de l'empereur Gaozong, (628-683) pousse encore plus loin ce phénomène de confucianisation du droit en attachant le *li* au contenu de la loi et le *xing* à sa forme²⁹⁶. Les principes directeurs applicables à la législation exigent que celle-ci soit claire, stable et simple pour pouvoir être connue et, surtout, appliquée par tous. Il n'est donc pas surprenant que sur cette période se développent des organes de supervision (监察机构) au niveau central et au niveau local pour assurer la bonne application de la loi. En 722, l'empereur Xuanzong fait publier les « Six codes

²⁸⁹ Anne Cheng, *op.cit.*, p. 307.

²⁹⁰ Guo Chengwei (dir.) *et al.*, *op.cit.*, p. 56.

²⁹¹ Pour le phénomène d'association du *li* et du *fa* dans les royaumes de Wei, Jin et des dynasties du sud et du Nord : Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, Spring science & Business Media, 2014, pp. 32-34.

²⁹² Le terme *lü* désigne à la fois le code, l'une de ses lois et l'une de ses structures. V. Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », préc., p. 132.

²⁹³ Le *Code des Tang* est celui qui a le plus influencé l'Asie : Michael Palmer, « On Galloping Horses and Picking Flowers : China, Chinese Law and the "Asian Legal Tradition" », In Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, préc., p. 168.

²⁹⁴ Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du Code des Jin par Zhang Fei », préc., p.132.

²⁹⁵ Guo Chengwei (dir.) *et al.*, *op.cit.*, p.107.

²⁹⁶ *Idem.*, p. 108.

Tang²⁹⁷ » modélisés sur le classique des rites des Zhou et qui comprend : le Code de la raison, le Code de l'enseignement, le Code des rites, le Code dit du « *zheng* », le Code pénal et enfin, le Code du « *shi* ».

44. Le rite comme esprit du droit. En dépit de l'absence de référent extérieur et métaphysique, l'association du rite à la loi offre à celle-ci une légitimité et un contenu éthique ; plus encore, le rite devient l'esprit du droit²⁹⁸. À titre d'exemple, la doctrine confucéenne des Trois points cardinaux (三纲常礼) qui implique que le souverain guide le sujet, le père l'enfant et le mari l'épouse constitue le socle de la hiérarchie sociale de nature patriarcale. Consacrée en droit, cette prédominance accordée à l'homme conduit à établir en droit de la famille le système des « Sept causes de divorces » (七出制度) à la seule initiative du mari ou à réprimer la femme plus sévèrement que le mari en cas de violences conjugales²⁹⁹. Seul le mari dispose du pouvoir de propriété (财产权) et du droit d'éduquer et de punir ses enfants (教令权). La vision occidentale du droit chinois traditionnel telle qu'issue du comparatisme naissant du début du XX^e siècle oppose malencontreusement l'État et le juge d'un côté au chef de famille de l'autre³⁰⁰. La popularisation de cette analyse manichéenne a conduit à rejeter l'intervention de l'État dans le cercle familial, laissé tout entier au domaine de ce que les juristes français appellent la coutume³⁰¹. En réalité, les rapports entre famille et État chinois dans la Chine impériale sont beaucoup plus complexes et, moins qu'une opposition entre les deux sphères, il s'agit plutôt d'une continuité de pouvoir.

45. La cellule familiale, un échantillon du pouvoir d'État ? En effet, l'importance accordée à la hiérarchie et aux relations parentales s'explique dans ce

²⁹⁷ *Id.*, p. 110.

²⁹⁸ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 34. V. pour la période de la dynastie Qing (1644-1911), *Infra* n°92.

²⁹⁹ Guo Chengwei (dir.) *et al.*, *op.cit.*, p. 128.

³⁰⁰ C'est en tout cas la vision d'un des premiers sinologues de renom, Jean Escarra, dont on peut lire, de sa plume reprise de l'un de ses élèves (chinois !), que l'État chinois et son juge n'a qu'un pouvoir « amoindri » confronté à « l'omnipotence du chef de clan, ou de guilde, père de famille ». V. not. Yu Tchen-p'ong, *L'hypothèque dans le droit coutumier chinois*, Lyon BOSC Frères M. & L. Riou, 1940, p. 5.

³⁰¹ Sur le problème de la qualification de « coutume » comme norme juridique en Chine impériale, V. Jérôme Bourgon, « La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire », *Annales HSS*, n°5, 1999, pp. 1073-1107; Marié Goré, qui s'appuie justement sur les travaux de l'auteur *op.cit.*, p. 522. La coutume serait simplement la qualification utilisée par les juristes occidentaux pour remédier aux difficultés de qualification des sources du droit chinois.

que l'État en Chine est conçu comme l'agrandissement de la famille³⁰² (国是家的扩大) : contester l'autorité du chef de famille n'est que le premier pas vers la remise en cause de l'empereur³⁰³. La relation entre le prince et son sujet est la première des Cinq Relations de l'enseignement confucéen, de laquelle découle une hiérarchie applicable aux relations sociales de base. Symboliquement, le parallèle peut être fait avec l'avènement du mariage chrétien en Occident à l'époque de la royauté. Au IX^e siècle, dans le procès des reines, et plus particulièrement le procès de la reine Teutberge, celle-ci, stérile, est accusée d'infidélité par son époux Lothaire II qui veut la répudier. Après s'être soumise à une ordalie, son époux conteste encore sa fidélité ; or, plus largement qu'une simple querelle de couple, l'enjeu réside dans la légitimité du monarque :

« Plus que jamais, la transmission de la couronne se trouvait tributaire de la fidélité de la reine et, par-delà, d'une pureté sexuelle largement comprise. Que celle-ci fût mise en doute et c'était la dynastie elle-même qui se trouvait compromise³⁰⁴ ».

L'intervention de la justice divine, par le biais de l'ordalie, est en faveur de la reine : remettre en cause sa « pureté » conduit donc à remettre en cause la légitimité de l'empereur, légitimité qui puise sa source dans le sacrement de Dieu. Ainsi, si la « discipline ecclésiastique du mariage » fonde le rapport de domination matrimoniale dans la sphère privée, elle fonde, avant tout, la légitimité du pouvoir royal³⁰⁵. Le processus de christianisation semble inverse de celui de confucianisation : si, dans le premier cas, la justice divine intervient comme autorité légitimante du pouvoir en place dont les lois promulguées sont dès lors investies de la même force sacrée, dans le second cas, c'est par l'élévation de rites sélectionnés au rang de lois que ces dernières sont justifiées, c'est-à-dire, conformes à la raison et au sentiment (合情合理).

46. Ainsi, contrairement aux monarchies françaises du Moyen Âge qui recourent à un ordre externe pour asseoir leur pouvoir, le pouvoir politique chinois ne s'appuie pas sur un dogme extérieur à lui : il intègre, dans son fonctionnement, un

³⁰² Guo Chengwei (dir.) *et al.*, *op.cit.*, p. 127.

³⁰³ Les dix crimes abominables sont d'ailleurs des crimes dirigés contre l'empereur.

³⁰⁴ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 174.

³⁰⁵ Et tendait à renforcer, progressivement, celle de l'Église : V. Jen-der Lee, *op.cit.* p. 156, pour qui l'éthique du mariage et de la famille développée au XII^e siècle par les canonistes a été interprétée et enseignée par ces derniers pour contrôler les individus et, surtout, asseoir l'autorité de l'Église.

socle de valeurs, éthiques, morales, rituelles. Dans cette situation, il est impensable et même tout simplement illogique, qu'une pensée comme le confucianisme puisse être érigée en institution autonome et externe au pouvoir. Dans cette vision de l'impérialisme chinois, le pouvoir semble s'équilibrer par lui-même par l'incorporation d'une éthique politique, jamais réellement détachée de l'éthique populaire. De plus, dans la structure impériale chinoise, il est difficile de distinguer le « droit » comme formant un pouvoir autonome de l'État : comme il l'a déjà été dit, la loi, en tant que technique d'exercice du pouvoir, reste subordonnée à la volonté du souverain. Elle tire son autorité et sa prestance de celle de son créateur : c'est lui qui lui offre son autorité, sa sacralité.

§2. *Quelle sacralité pour le droit ?*

« Aucune raison juridique ou judiciaire ne fait l'économie de ses rapports avec le sacré, mais chacune les construit à sa façon. À toutes, le ciel fournit une référence commune et suprême. Les monothéismes y placent Dieu, ses anges et son paradis. Le langage des hommes d'Occident use du mot "ciel" comme d'une métaphore de Dieu. Le ciel chinois est autre chose. Il est un lieu plus qu'un dieu³⁰⁶ ».

47. Jusqu'à présent, le rapprochement entre le phénomène de christianisation du droit occidental et celui de confucianisation du droit chinois a permis de mettre en exergue une fonction similaire – à savoir, conférer une éthique à la loi – et au moins une portée similaire. Toutefois, pour apprécier la part religieuse ou spirituelle dans la fabrication d'une science juridique, il est impossible de réduire l'analyse au seul mouvement chrétien ou confucéen. La prise de recul qu'implique une telle recherche conduit à revenir au premier objet de notre analyse, à savoir, la loi (A). De cette conception de la loi, se dessine la figure de son interlocuteur privilégié et indispensable à sa mise en œuvre : le juge (B).

A. Le rapport à la nature, premier rapport à la loi.

48. Quelle place accorder à la loi ? La qualification de la loi en France fait souvent référence à sa dimension sacrée : il n'est en effet pas anodin que les théories

³⁰⁶ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 400.

juridiques contemporaines déplorent une sacralité perdue de la loi et cherchent à concevoir des systèmes alternatifs³⁰⁷. En droit comparé, les descriptions faites par les penseurs français du système chinois contemporain sont encore plus révélatrices de cette conception. Ainsi, la loi chinoise est instrumentalisée au service d'un pouvoir, elle est générale dans ses termes ou encore trop vague pour être appliquée. Beaucoup préfèrent parler de coutume en Chine que de loi, qui relèverait presque du domaine de l'illusion. Cette incompréhension des deux cultures juridiques illustre plutôt une différence de conception de la loi elle-même : bien que les différences tendent à s'atténuer sous l'ère d'une globalisation des échanges et d'une circulation des modèles, passer outre le fondement d'une pensée alternative et sans doute de la loi, rend impossible toute compréhension de l'altérité.

49. Une loi mythifiée. La sacralité attachée à la loi occidentale puiserait ses racines depuis les temps Babyloniens (- 2000 ans avant notre ère). Deux auteurs, qui se sont efforcés de rendre compte de cette spécificité, citent ainsi l'existence mythique du Roi-soleil Marduk qui était perçu comme le « législateur des astres³⁰⁸ ». Bien plus connus, les dix Commandements sont, quant à eux la retranscription d'une volonté, d'une loi, que Dieu aurait dictés à Moïse. Sa sacralité a été renforcée par la tenue, à l'origine secrète, de son emplacement : un lieu sacré accessible uniquement à quelques disciples³⁰⁹. Ces lois ne concernent pas seulement les hommes : le Créateur ne serait pas ce qu'il est s'il n'avait pas conçu, en même temps que d'avoir façonné les hommes à son image, un monde pour eux. Dans un tel univers, la réalité ne résulte donc pas d'un hasard : les stoïciens concevaient ainsi le monde comme entièrement gouverné par la loi et pouvaient tirer de l'observation des sphères célestes des arguments politiques³¹⁰. Cicéron lui-même a pu dire que « l'univers obéit à la divinité, les mers et la Terre obéissent à l'univers, et la vie humaine est sujette aux décrets de

³⁰⁷ Par exemple, François Ost propose une théorie non plus pyramidale mais en réseau pour expliquer l'imbrication des normes, V. François Ost, Michel van de Kerchove, *op.cit.*

³⁰⁸ Alain Supiot, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », In Jean-Claude Hélin, Alain Supiot et Yann Tanguy, *La norme, la ville, la mer*, Édition de la maison des sciences de l'homme Paris, 2000, p. 27. L'auteur s'est inspiré pour beaucoup des travaux de Joseph Needham.

³⁰⁹ Marie Theres Fögen, *Histoires du droit romain. De l'origine et de l'évolution d'un système social*, traduit de l'allemand par Denis Trierweiler, Éditions de la Maison des sciences et de l'homme, 2007, pp. 124-125 : cette loi, enfermée dans son arche dont seuls les prêtres et lévites y avaient accès serait restée aussi secrète que les premières lois romaines.

³¹⁰ Les stoïciens « pouvaient tirer de l'harmonie des sphères célestes des arguments en faveur de la paix » ; les stoïciens, ont une conception de la loi immanente (qui s'oppose à celle de la loi comme imposée de l'extérieur, qui relève du monothéisme juif), V. Francis Oackley, « Théories médiévales de la loi naturelle – Guillaume d'Occan et le sens de la tradition volontariste », *Droits*, n°11, 1990, pp. 131-148.

loi suprême³¹¹ ». Cette idée de Créateur à l'origine du monde, reprise et exploitée par la pensée chrétienne, qui a assigné la foi au fondement de la justice³¹², a influencé pendant des siècles la conception occidentale de la réalité normative. Avant d'entrer plus en détails, un détour par la Chine s'impose, afin de rechercher qui était, dans cette civilisation, le Créateur chinois (ou à vrai dire, quiconque pouvant jouer ce rôle).

Il n'est sans doute pas inutile de souligner que Confucius était athée³¹³. Et que les légistes, comme on a pu le constater précédemment, ne se sont jamais reposés sur une puissance extérieure au souverain – ou au monde – pour asseoir l'autorité de l'État et de laquelle il tirerait sa légitimité. Toutefois, ces deux philosophies – comme d'ailleurs l'ensemble des pensées chinoises – partagent l'idée de mandat céleste : or, si l'empereur est effectivement mandaté par le Ciel, ce Ciel peut-il lui donner des ordres ? Il a été affirmé par certains auteurs qu'en dépit de l'absence de conception déiste de l'univers (qui empêcherait ainsi tout rapprochement de la théorie du mandat céleste avec celles des « droits divins occidentaux³¹⁴ »), les lois chinoises devaient pourtant être conformes avec la *volonté* céleste, de laquelle elles puisent leur fondement³¹⁵... Et d'enchaîner sur un rapprochement entre cette conception de la loi humaine chinoise et l'Occident chrétien. Pourtant, d'éminents auteurs – comme Joseph Needham ou Robert Jacob – ont mis en avant une particularité de la conception chinoise du Ciel : son impersonnalité³¹⁶. Cette conception s'oppose à celle du Dieu chrétien, nécessairement personnifié car réputé ayant créé l'homme à son image (*Genèse* 1 :27). À partir de là, il est difficile d'admettre que le Ciel chinois puisse ordonner quelque chose à quelqu'un ou lui imposer un commandement. Ce Ciel, s'il n'est pas transcendant, est en tout cas omniscient : présent partout, il sait tout car il *est* tout. L'intérêt porté ici à cette entité (normative ?) que représente le Ciel

³¹¹ Cité dans Joseph Needham, *op.cit.*, p. 318.

³¹² Luca Parisoli, « La justice au Moyen Âge », In Gui Samana (dir), *La justice*, Ellipses, 2001, pp. 93 et s. : St Ambroise reprend Cicéron « en disant que le fondement de la justice est la foi, saint Ambroise entend la foi chrétienne, alors que Cicéron n'avait à l'esprit que la notion juridique de bonne foi. La *res publica* devient ainsi une cité de chrétiens bâtie sur les analyses du droit romain ». Comme l'explique Luca Parisoli, (p. 97) la légalité positive est remplacée par la loi naturelle « dotée d'une signification divine et transcendante, exprimée par St Augustin ».

³¹³ Ou agnostique pour d'autres : Hu Shih, « The Natural Law in the Chinese Tradition », *Natural Law Institute Proceeding*, vol. 5, 1953, p. 130 ; sur le rapport du confucianisme au fait religieux, Léon Vandermeersch, « Une tradition réfractaire à la théologie : la tradition confucianiste », préc., p. 11.

³¹⁴ Olivier Beydon, *op.cit.*, p. 95 : « Aucun rapprochement avec le droit divin occidental ne doit ici être tenté : le mandat céleste ne reposait pas [...] sur une conception déiste de l'univers et ne possédait pas de portée absolue ».

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Robert Jacob, *op.cit.*, pp. 400-408.

chinois réside dans la question de l'existence, ou non, d'une loi naturelle ou d'un droit naturel : c'est là, semble-t-il, que s'enracine la souche du sacré.

50. L'illustration de la sacralité de la loi : le droit naturel. Le droit naturel Occidental a, pour beaucoup, été façonné par la pensée chrétienne³¹⁷. Avec Saint-Augustin, « la justice doit commencer par rendre à Dieu ce que lui doit sa créature³¹⁸ ». Cette justice, dans la vision de l'augustinisme juridique, ne peut provenir que de Dieu : les lois profanes sont injustes car terrestres, imparfaites car temporelles³¹⁹. Leur obéissance est nécessaire mais seulement en ce qu'elles permettent le maintien de l'ordre social³²⁰. Lorsque le Décret de Gratien consacre comme règle d'or le droit naturel, c'est le droit naturel résumé dans l'Évangile³²¹. En outre, en plaçant un créateur à l'origine de tout, l'Église amorce une confusion entre loi naturelle et morale chrétienne³²². Au XII^e siècle, l'explication du monde par le Créateur implique que celui-ci l'ait justement créé, non arbitrairement mais selon des lois fixes et immuables³²³. Avec l'apparition de la scolastique³²⁴, le célèbre potier d'Aristote est dénommé Dieu. Les lois humaines tirent leur légitimité de leur conformité à cette justice révélée : la nature elle-même est dotée d'une fin, le bien. C'est sous la plume de Saint Thomas d'Aquin³²⁵ que la théorisation du droit naturel

³¹⁷ En tout cas par la doctrine de Saint Augustin, auteur de *la Cité de Dieu* : Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op.cit.*, pp. 124 et s.

³¹⁸ Michel Villey, « Torah-Dikaion I (patristique et haut moyen âge) » [1972], *In Critique de la pensée moderne. Douze autres essais* [1976], Dalloz, 2009, p. 29.

³¹⁹ Jacques Bouineau, préc., pp. 15-18 : « l'ordre temporel n'est que la mise en forme de la volonté divine. [...] L'Occident tout entier cherche à s'élever, à accomplir ici-bas les desseins de Dieu. Le droit cède le pas devant la foi ».

³²⁰ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op.cit.*, pp. 119 (sur les motifs de l'obéissance) ; p. 133 : « une société élevée dans l'augustinisme vit convaincue que la seule source authentique du droit, c'est l'Écriture sainte ».

³²¹ *Idem*, p. 135.

³²² Opérée selon Joseph Needhman (*op.cit.*, p. 320), au Ve siècle de notre ère et formulé avec Ulpian. La loi naturelle fait référence à un extrait du *Corpus Juris Civilis* justinien, du VI^e siècle de notre ère : « la loi naturelle est celle que tous les animaux ont apprise de la nature ; cette loi n'est pas réservée à l'espèce humaine elle est commune à tous les oiseaux dans les airs. C'est d'elle que vient l'union de l'homme et de la femme que nous appelons mariage, et avec cela la procréation et l'éducation des enfants. À la vérité, nous voyons que tous les animaux, même les plus sauvages, ont connaissance de cette loi » ; sur le rôle de St Augustin et de St Ambroise dans l'attribution de la foi comme fondement de la justice nécessairement tournée vers une fin divine, V. Luca Parisoli, *op.cit.*, pp. 95-111. La loi de la nature est conçue comme une composante de la justice divine.

³²³ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op.cit.*, p. 148 : on est ici à la veille de Saint Thomas d'Aquin ; c'est la doctrine scolastique des causes secondes (p. 156) : « Dieu, cause de tout, s'abstient d'agir de façon directe sur un fait particulier ».

³²⁴ Permises par l'émergence des universités ; cette période marque la redécouverte des textes profanes (textes romains et aristotéliens) qui sont, progressivement, intégrés dans les études scolastiques.

³²⁵ Pour un exposé et résumé des 7152 pages de la *Somme théologique*, nous renvoyons à Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op.cit.*, pp. 149-176 (« la doctrine du droit de St Thomas »).

semble être la plus accomplie avec sa distinction bien connue des quatre types de lois et de leur interaction entre elles³²⁶. En affirmant un *continuum* entre la loi humaine et la loi naturelle (dont le sens s'apparente à la morale chrétienne), il redonne une légitimité au droit positif et à la fonction législative : « Ainsi le droit est-il fruit de la raison et de la volonté : de la raison en ce qu'il dérive de la science de la nature ; de la volonté humaine en tant que la puissance législative lui a ajouté fixité, forme écrite rigide, précision³²⁷ ». Le législateur retrouve sa fonction de créateur³²⁸. Cette époque, marquée par la révolution grégorienne, l'institution des Universités et la redécouverte du droit romain, amorce un mouvement de laïcisation de la justice, au sens où la loi naturelle – issue non plus d'une simple morale chrétienne mais de la raison humaine – se substitue, progressivement, à la volonté divine³²⁹.

Quelles qu'aient été les nuances de leur conception, le droit naturel ou la loi naturelle ont été avant tout conçus en Occident comme des normes provenant d'un être *extérieur* au monde des hommes. Et ces lois n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement aux hommes : elles gouvernent l'ensemble de la nature, des éléments, des phénomènes ou encore des animaux. Or, en Chine, cette référence à une puissance externe au monde réel qui dicterait à la fois le comportement de la nature et celui des hommes n'a jamais suscité de consensus³³⁰.

51. La loi comme ordre immanent : l'influence du taoïsme. Si la différence dans la manière d'appréhender la réalité a un impact dans la conception de la loi – et par là, dans la formation d'une pensée juridique – se pose donc la question de savoir comment les Chinois concevaient, effectivement cette loi. Tout d'abord, il apparaît que les courants d'influence majeure en matière de pensée légale que sont le confucianisme et le légisme ont toujours centré leurs problématiques sur l'homme et la société. Leur antagonisme traditionnellement décrit réside dans la manière de conduire le comportement des hommes. Mais, comme le souligne Robert Jacob, ces

³²⁶ Pour reprendre la classification formulée par Joseph Needham (*op.cit.*, p. 321) des lois de Saint Thomas d'Aquin, il y a, au sommet, la *lex eterna*, suivie de la *lex naturalis* (qui gouverne tous les hommes), puis de la *lex positiva* (législation humaine) elle-même divisée en *lex positiva divina* (droit ecclésiastique) et *lex positiva humana*.

³²⁷ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op.cit.*, p. 164.

³²⁸ *Idem*, p. 165 : l'auteur met en exergue l'absence de loi pendant la période augustinienne alors « écrasée sous la majesté des lois divines éternelles ».

³²⁹ Joseph Needham, *op.cit.*, p. 321.

³³⁰ On peut citer en contre exemple la doctrine de l'amour universel de Mozi (Mo ti) qui, avec les logiciens, se rapprocherait le plus d'une doctrine de droit naturel. Mais leur impact a été insuffisant à influencer profondément les pensées ultérieures. V. Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 106-107 : le ciel de Mozi est personnifié, doté de pensée et de volonté.

deux pensées s'opposent moins entre elles que ne s'opposent, par exemple, le taoïsme et le légisme³³¹. À l'instar d'autres courants doctrinaux chinois, l'un des axes de pensée du taoïsme³³², représenté par le célèbre Lao Zi³³³ et le moins connu Zhuang Zi³³⁴, est celui du rapport entre l'homme et le Ciel et la recherche du *Dao*³³⁵. La question du Créateur est évoquée depuis les temps anciens mais ne trouve pas de réponse :

« Le Ciel tourne-t-il ? La Terre est-elle fixe ? Le soleil et la lune se disputent-ils leur place ? Qui préside à tout cela ? Qui le coordonne ? Qui, sans rien faire, lui confère impulsion et mouvement ? Pensera-t-on à un ressort, à un mobile à la marche inéluctable ? Imaginera-t-on que tout cela se meurt et tourne sur soi-même sans pouvoir s'arrêter ?³³⁶ ».

Le *Dao*, notion fondamentale du socle de la pensée chinoise, représente la Voie c'est-à-dire l'ordre cosmique. Mais, ce qui caractérise le plus cette école de pensée est la doctrine dite du *Wuwei*, traduite par la doctrine du non-agir. Cette doctrine du non-agir a eu des répercussions importantes dans le domaine du pouvoir politique³³⁷ : les légistes, par exemple, et plus particulièrement Han Feizi, ont basé une partie de leur exposé sur l'exercice du pouvoir politique sur le principe de l'agir dans le non-agir.

La doctrine du non-agir consiste à s'appuyer sur le cours des choses sans chercher à le modifier, « à l'instar du Ciel, impassible et muet, qui meurt les dix-milles choses³³⁸ ». La Voie elle-même ne fait rien, mais rien ne reste inachevé³³⁹. Le *Dao* n'a ni début ni fin ; il est un processus d'imbrication des états (d'être, de devenir, d'avoir été). Conçu dans le cadre de la pensée chinoise du modèle d'engendrement

³³¹ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 362 : il y a plus d'opposition entre taoïsme et légisme que ces deux là avec le confucianisme.

³³² Que Anne Cheng présente comme la « grande alternative » du confucianisme renouvelé de l'empire, *op.cit.*, p. 109.

³³³ Contemporain de Confucius, il aurait vécu entre le VI^{ème} et le V^{ème} siècle avant notre ère. On ne sait pas si le personnage, supposé être né après soixante-deux ans de gestation, a réellement existé. L'ouvrage du *Daodejing*, le *Livre de la voie et de sa vertu*, lui est attribué.

³³⁴ Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 113-142.

³³⁵ Sur la traduction du *Dao* comme « voie », « route »... Cet axe de pensée est également présente dans la pensée confucéenne.

³³⁶ Extrait du *Zhuangzi*, repris dans Anne Cheng, *op.cit.*, p. 139.

³³⁷ V. Bjarne Melkevich, préc., p. 623 et svt, sur ce qu'il appelle le « *wu wei* légiste ».

³³⁸ Jean Lévi, « Solidarité de l'ordre de la nature et de l'ordre de la société : "loi" naturelle et "loi" sociale dans la pensée légiste de la Chine ancienne », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°3, 1983, p. 32. Ce qui implique que le prince, incarnation physique de la loi sociale, fusionne avec elle. Dès lors, « se dissolvant dans un principe abstrait et naturel, il [le prince] se dépouille de ses attributs et de ses caractéristiques propres. Si les sujets sont dominés parce qu'ils ont des instincts, le prince contrôle parce qu'il est sans passions ».

³³⁹ « *The way does nothing and yet nothing remains undone* », citation de Laozi reprise dans Hu Shih, préc., p. 126.

organique³⁴⁰, le *Dao* est une espèce de grand modèle dans lequel s'imbriquent plusieurs petits modèles : à chacun son propre *Dao* et, avec lui, son *principe* d'organisation (*LI* (理)³⁴¹. Ce principe ou cet ordre est inhérent à toute chose et provient de la nature même de l'univers³⁴². Pour Joseph Needham, les taoïstes n'ont pas pu donner lieu à une conception de loi de la nature du fait de la nature insondable qu'ils attribuaient au *Dao*³⁴³. Pourtant, l'expression *Tianfa*, littéralement « Loi du Ciel » se retrouve dans plusieurs écrits (comme ceux de Dong Zhongshu) : mais, une fois encore, ces lois ne sont pas commandées par le Ciel et font référence à la seule loi naturelle juridique³⁴⁴. Or, pour Joseph Needham qui recherchait la loi de la nature de type *scientifique*, il ne peut conclure qu'à son inexistence et ceci du fait que la conception chinoise de l'ordre exclut l'idée même de *loi naturelle physique*³⁴⁵. Cette absence de conception de loi de la nature s'est répercutée dans une plus grande lenteur des progrès scientifiques à compter de la révolution newtonienne, en comparaison de l'Occident. C'est sans doute ce que pointait du doigt Voltaire, qui, sans tarir d'éloges sur la pureté morale des Chinois et sur leur société, indiquait :

« On sait assez qu'ils sont encore aujourd'hui ce que nous étions tous il y a environ trois cents ans, des raisonneurs très ignorants. Le plus savant Chinois ressemble à un de nos savants du XV^e siècle qui possédait son Aristote. Mais on peut être un fort mauvais physicien et un excellent moraliste. Aussi c'est dans la morale et dans l'économie politique, dans l'agriculture, dans les arts nécessaires, que les Chinois se sont perfectionnés. Nous leur avons enseigné tout le reste; mais dans cette partie nous devons être leurs disciples³⁴⁶ ».

52. Le rapport de l'homme à la nature, pivot du modèle social ? Joseph Needham, suivi par Alain Supiot³⁴⁷, use de l'explication du botaniste et ethnologue André Haudricourt³⁴⁸ qui se base sur les différents rapports à la nature développés en Europe et en Chine pour saisir leur appréhension du pouvoir, de la contrainte et, plus

³⁴⁰ Pour une compréhension de la notion de *dao* dans son rapport avec la pensée cosmologique issue du *Yijing* (*Le livre des mutations*), Anne Cheng, *op.cit.*, pp. 274-275.

³⁴¹ À ne pas confondre avec le mot *li* que nous avons traduit principalement par rite (禮).

³⁴² Joseph Needham, *op.cit.*, p. 332.

³⁴³ *Idem.*, p. 324.

³⁴⁴ *Id.*, p. 326.

³⁴⁵ V. Sa conclusion, *Id.*, pp. 337-338.; V. Aussi Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op.cit.*, p. 148 qui conditionne également l'apparition des sciences naturelles à la conception de la loi naturelle héritée de la scolastique.

³⁴⁶ Voltaire, *Œuvres complètes, 109 titres et annexes (annotés)*, Arvensa, 2014, p. 6076.

³⁴⁷ Alain Supiot, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », *op.cit.*, pp. 21-55.

³⁴⁸ V. André-Georges Haudricourt, « Domestication des animaux, culture des plantes et traitement d'autrui », *L'homme*, t. 2, n°1, 1962, pp. 40-50.

généralement, de la loi. Pour ce dernier, c'est bien cet élément qui a façonné, dès l'origine, les disparités entre les civilisations. Il distingue ainsi deux types de sociétés : celle dite du jardinier et celle dite du pasteur. La première correspond à une société agricole, dont la survie dépend essentiellement des plantes ; la seconde, en revanche, renvoie à une société fondée sur l'élevage (à l'instar du pasteur guidant ses brebis) et la pêche. Or, il constate que dans le premier type de société, le rapport à la nature s'appuie sur son potentiel : il ne sert à rien de tirer sur une plante pour qu'elle pousse plus rapidement³⁴⁹, mais il est préférable de favoriser les conditions de sa récolte. Au contraire, dans une société basée sur l'élevage, la contrainte prédomine : par la mise en place de barrières, l'utilisation de cordes d'attache, le recours aux bâtons etc. Ce rapport entre l'homme et la nature illustrerait le rapport des hommes avec le pouvoir et, plus particulièrement, leur rapport avec la loi³⁵⁰, voire, selon les interprétations, avec la justice³⁵¹. La thèse soutenue par ces auteurs peut être résumée comme suit :

« Le rapport des hommes avec la nature dans une société donnée rejaillit aussi sur l'image que ces hommes se font des pouvoirs qui s'exercent sur eux. Il fallait des marins et des pêcheurs pour construire sur l'image du gouvernail l'idée de gouvernement. Et l'on sait le succès du thème pastoral dans la thématique religieuse

³⁴⁹ Mencius, *Mencius*, traduit du chinois par André Lévy, Paris : éditions Payot et rivages, 2008, p. 78 (2.A.2).

³⁵⁰ Cette manière de penser est également décrite par le philosophe et sinologue François Jullien (*Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, 1996) qui compare le concept d'efficacité (utilisé notamment dans les traités de guerre) en Chine et en Occident. Ainsi, l'efficacité conçue en Occident telle que résultant des Grecs impliquerait l'idée d'un modèle alors que les Chinois la concevraient à partir du « potentiel de situation » : « Or, de cette différence, on pourrait tirer une alternative pour la conduite : au lieu de construire une forme idéale qu'on projette sur les choses, s'attacher à détecter les facteurs favorables à l'œuvre dans leur configuration ; au lieu donc de fixer un but à son action, se laisser porter par la propension ; bref, au lieu d'imposer son plan au monde, s'appuyer sur le potentiel de la situation » (p. 32) ; en ce sens, V. Ivan P. Kamenarovic, *op.cit.*, p. 35 : « Là où nous autres Occidentaux sommes dans l'attente de principes définitifs au nom desquels il nous soit possible de fonder notre action, la démarche chinoise consiste à s'informer, avant de se prononcer, sur les tenants et les aboutissants de l'action prévue ».

³⁵¹ Mencius, *Mencius*, *op.cit.*, p. 78 (2.A.2). L'histoire de maître Gao, contée par Mencius pour répondre à la question de savoir ce qu'est le « souffle de la vigueur », mérite d'être reproduite : « C'est difficile à dire. En tant que souffle, c'est la chose la plus vaste et la plus résistante qui soit ; nourri de droiture, sans être lésé, il emplit tout l'espace entre le ciel et la terre. C'est le souffle qui accorde à la Voie la justice. Sans lui, tout languit. C'est le produit d'actions morales accumulées, qui ne saurait être capté par des actes isolés. Il s'étiolle s'il y a des choses qui heurtent la conscience dans notre conduite. C'est pourquoi j'ai affirmé que maître Gao n'avait jamais rien compris au sens moral qu'est la justice parce qu'il l'extériorise. Il nous faut la servir, mais sans la rectifier, il nous faut ne jamais l'oublier, mais sans en forcer la croissance (italiques ajoutées). Ne ressemblons pas à cet homme de Song qui se désolait du manque de croissance de ses pousses ; après avoir tiré dessus, il était rentré en titubant de fatigue et avait annoncé à ses proches : "Je suis crevé ! Ouf, j'ai fini d'aider les pousses à grandir." Quand son fils courut voir, elles étaient desséchées. Rares sont ceux qui ne prétendent aider les pousses à croître en ce monde. [...] tirer dessus pour les aider à croître, c'est non seulement inutile mais encore nuisible ».

et politique occidentale [...] dans la tradition confucéenne au contraire, le pouvoir politique est garant de l'harmonie, qui doit permettre à chacun d'exercer son génie propre ; mérite de le détenir celui dont la vertu irradie³⁵² ».

53. Un droit naturel intériorisé ? La doctrine organique de l'univers développée par les néoconfucéens repose elle-même sur une perpétuation spontanée des choses et de l'ordre : en ce sens, la nature ne peut pas obéir à des lois à l'avance. Ce qui est remarquable dans la pensée chinoise, c'est que si le droit naturel a été conçu, il n'a jamais été, contrairement à l'Occident, pensé en *dehors* de l'homme et de ses rapports aux autres : sa conduite ne lui est pas dictée par un tiers invisible mais dépend de sa capacité propre à élever sa connaissance (*De*). Jean Escarra défendait l'idée d'un droit naturel chinois qui aurait même devancé celui occidental ; toutefois, il déplore que la Chine n'ait pas réussi à passer du concret à l'abstrait dans ce qu'il dénomme « les représentations morales primitives³⁵³ ». Il considérait que les Chinois usaient de l'ordre naturel comme d'une source de droit positif³⁵⁴ : il est permis d'en douter, à moins que ce droit naturel ne fasse référence au sentiment de justice et ne soit distingué, strictement, de la conception occidentale médiévale, où volonté divine se confondait avec morale, éthique et processus naturel.

L'appréhension chinoise de la nature, civilisation qui tend à être plus jardinière que pastorale, conduit à la saisir justement telle qu'elle est, tout en étant conscient que cet état d'être est processus continu, renouvellement perpétuel. Suivre l'ordre des choses selon leur principe d'ordonnement (leur raison : *LI*) ne demande pas de recourir à une justification extérieure et dogmatique au soutien de ses propres actes. Cette manière d'agir constituerait, vraisemblablement, ce « droit naturel chinois » si tant est que l'on tienne absolument à trouver cette étiquette. En effet, la question de son existence dans la tradition juridique chinoise a fait l'objet de plusieurs travaux qui, de manière surprenante, ne sont pas tous l'apanage des juristes³⁵⁵. Selon l'approche fonctionnaliste, le droit naturel peut s'entendre comme une norme suprême à laquelle recourir en cas d'injustice³⁵⁶. Conçu dès lors comme « *l'arme de l'être*

³⁵² Alain Supiot, *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, op.cit.*, p. 91.

³⁵³ Jean Escarra, *Le droit chinois. Conception générale, aperçu historique*, édition Henri Vetch, Pékin, 1936, librairie du recueil Sirey, Paris 1936, consulté en version numérique partielle produite par Pierre Palpant, p. 23.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

³⁵⁵ Par exemple, Hu Shih, préc., pp. 119-153.

³⁵⁶ *Idem*, pp. 119-120. Cet auteur distingue quatre définitions de droit naturel : le droit naturel au sens aristotélicien, qui s'apparente au principe de justice ; le droit divin tel qu'illustré dans le décret de

*humain contre la tyrannie d'un pouvoir et d'une autorité illimitée*³⁵⁷ », il n'est pas difficile de reconnaître quels ont été les facteurs, pensées ou arguments utilisés par les Chinois au soutien de leur critique du pouvoir. L'autorité des Classiques, le recours à la Voie taoïste ou encore la doctrine moïste de l'amour universel – qui se rapproche le plus de la conception d'une volonté divine dotée du pouvoir d'identifier le bien du mal – sont autant de puits d'idées qui ont permis de façonner un idéal d'ordre humain naturel. Mais, si l'on s'attache plus précisément à la logique de penser cet ordre, de nature éthique ou morale – en tout cas humain – force est de constater qu'elle n'a jamais été conçue en dehors de la réalité (à l'exception des enseignements moïstes), où elle dériverait d'une volonté divine, d'un Créateur. Et cet ordre, profondément réaliste, est régi essentiellement par les *li*, les rites, qui, dénués de leur connotation originairement magique, deviennent des principes de conduite en société³⁵⁸. Il n'est pas surprenant de constater que les trois grandes religions monothéistes n'ont jamais réussi à prendre racine en Chine³⁵⁹.

54. L'apport du bouddhisme en Chine. En revanche, des religions comme le bouddhisme ont connu un certain succès. À l'instar du taoïsme ou du confucianisme, la religion bouddhique a été contrainte de s'intégrer aux structures étatiques³⁶⁰. La troisième vague de sinisation du bouddhisme sous les Tang marque à la fois l'apogée de cette religion en Chine et son éloignement, de plus en plus marqué, des enseignements originels de Bouddha. En l'absence d'enseignement dogmatique et d'institution unifiée sous tutelle d'État, de très nombreuses écoles voient le jour, chacune revendiquant sa conception de la vérité³⁶¹. Le succès de cette religion réside dans ce qu'elle est ouverte à tout le monde, sans distinction des couches sociales et qu'elle accompagne l'individu tout au long de sa vie. Très brièvement,

Gratien ; le droit fondamental supérieur à tous les autres ou encore, l'autorité légitimante à laquelle ont recouru les mouvements sociaux en lutte pour leur émancipation.

³⁵⁷ *Id.*, p. 122 : « *In short, the most significant historical role of the concepts of Natural Law and Natural Rights has been that of a fighting weapon in Man's struggle against the tyranny of unlimited power and authority* ».

³⁵⁸ Joseph Needham, *op.cit.*, p. 336 : « En Chine, [...] la "loi naturelle" ne fut jamais pensée comme une loi, et pris un aspect beaucoup plus social, le *li* [...] Ce *li* ne fut jamais conçu comme pouvant être appliqué au monde non humain, même si, relativement, on peut dire que le *li* joua un rôle plus grand dans la société que la loi naturelle en Europe ».

³⁵⁹ Très récemment, un aspect de la rencontre entre l'Occident (Portugal) et l'Asie (Japon) au temps des jésuites a fait l'objet d'une œuvre cinématographique de Martin Scorsese, *Silence*, 2016. Ce film met en exergue la difficile implantation de la religion catholique au Japon pour ne pas dire l'incompatibilité « culturelle » entre la religion chrétienne et la société japonaise de l'époque.

³⁶⁰ Sous les Tang, notamment pendant le règne de Xuanzhong (712-756), Anne Cheng, *op.cit.*, p. 394.

³⁶¹ *Idem*, pp. 395-396.

l'enseignement de Bouddha demande que l'individu s'affranchisse de toute forme d'intention, de désir qui génère l'acte (*Karma*) afin d'éradiquer l'état perpétuel d'insatisfaction (*Duhkha*). Cette religion repose sur l'introspection de l'individu à l'aide de pratique (*Yoga*) incluant la méditation.

Sa réception en Chine au Ier siècle introduit une nouvelle spiritualité dans la pensée chinoise, non sans quelques incompréhensions à prime abord. Par exemple, comme l'explique Anne Cheng, la doctrine de la réincarnation était difficilement admise sans postuler l'existence d'une entité permanente³⁶². De la même manière, la vision karmique implique de concevoir l'individu responsable, individuellement, de ses propres actes : cette vision n'était pas sans se heurter à celle de la responsabilité collective, développée notamment par les Taoïstes, ou à celle de l'importance du clan, selon la pensée confucianiste. L'influence du bouddhisme est sans aucun doute comparable, dans sa dimension spirituelle, à celle de l'Église en Occident. En matière de pensée juridique ou légale, il est plus difficile de mesurer l'exacte étendue de son influence, sans doute en raison de la pénurie de juristes spécialisés dans le droit bouddhique³⁶³ et de la variété de ses enseignements. Il a été démontré que les moines faisaient l'objet d'un régime juridique spécial qui comportait beaucoup d'interdictions : interdiction de commettre l'usure, de se marier ou encore de devenir bonze en vue d'éviter la corvée³⁶⁴. Surtout, le bouddhisme aurait également introduit une forme de clémence dans les lois : Jean Escarra cite ainsi certaines dispositions des lois des Han qui commandaient la distribution de repas gratuits aux moines et de riz aux femmes enceintes ou encore, sous les Sui (581-618), une ordonnance de libération des prisonniers passibles d'une peine inférieure à l'exil. Pour résumer, on peut dire que le bouddhisme a surtout humanisé le droit chinois, jusqu'à sa très sévère répression, au IX^{ème} siècle.

55. Pour revenir à l'analyse de la conception de la loi, force est d'admettre que la seule divergence dans la conception de la nature et du rapport à la spiritualité ne saurait expliquer l'ensemble des divergences quant à la conception, plus large, de règle de droit. À l'histoire strictement intellectuelle, c'est avant tout l'histoire sociale

³⁶² *Id.*, p. 357.

³⁶³ V. à ce sujet la critique acerbe mais justifiée d'Andrew Huxley, « Buddhist Law, Asian law, Eusarian Law », *In* Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, préc., pp. 158-164. En matière de droit bouddhique, nous renverrons aux auteurs que sont Myint Zan, Rebecca French et, bien évidemment, la pionnière en matière d'introduction du bouddhisme en Occident, Alexandra David-Néel.

³⁶⁴ Jean Escarra, *op.cit.*, p. 25.

qui explique cette différence³⁶⁵. C'est pourquoi il convient de s'attacher à l'analyse d'un acteur-clé dans la construction des systèmes juridiques et dans l'évolution du droit vivant : le juge.

B. Substituer le chêne au poirier : un juge omniscient en lieu et place d'un juge transcendant.

56. Le jugement de Dieu. La sacralité de la justice évoque l'idée d'une justice quelque peu intouchable, absolue, placée dans une position de supériorité et de laquelle elle détient justement cet aspect transcendantal, pour ne pas dire divin. Le jugement de Dieu n'est-il pas, ainsi, la manifestation d'une volonté parfaite car extérieure et supérieure à l'entendement humain ? Très concrètement, le sacré dans l'acte de juger conçu dans l'histoire Occidentale s'illustre dans la pratique de l'ordalie, caractéristique du modèle carolingien. Celle-ci ne fut abolie définitivement qu'à partir du XII^{ème} siècle, alors qu'elle faisait déjà l'objet d'une grande réticence de la part de l'Église chrétienne. Une des raisons avancées quant à la lenteur de la disparition de cette pratique réside dans l'absence de pouvoir judiciaire fort³⁶⁶. La réforme grégorienne amorce une certaine forme de rationalisation de la justice : les juges saisis doivent rendre une décision qui, sans le recours à la norme divine, doit être *justifiée*, et justifiée *rationnellement*. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'acte de juger perd de sa sacralité... Le devoir occidental de juger n'est en effet pas autonome : il fait écho à la « dette de justice » contractée par le Roi au moment du sacre et définie selon Robert Jacob comme « l'obligation de trancher ou de faire trancher toutes les causes, sans distinction, en raison d'un idéal absolu de discrimination du droit et du tort³⁶⁷ ». Le refus de juger s'apparentera, plus tard, à ce que l'article 4 du Code civil français prévoit, à savoir, un déni de justice³⁶⁸. Il s'ensuit que la mission de juger conserve son côté sacré, hérité d'une pratique quadracentenaire du jugement de Dieu : le juge est investi d'une double autorité, celle du roi et celle de Dieu. Il doit lui-même se décider selon une « référence absolue de

³⁶⁵ Joseph Needham, *op.cit.*, p. 336.

³⁶⁶ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 188.

³⁶⁷ *Idem*, p. 196.

³⁶⁸ Pour Robert Jacob, cette idée de dette de justice, originellement divine, a débouché sur notre idée contemporaine du procès équitable (Convention EDH, art. 6), qu'il conçoit comme un « droit subjectif élémentaire, élevé donc au rang des composantes nécessaires de la conception occidentale de l'État de droit ».

justice ». Or, cette justice n'est plus l'incarnation de la volonté divine : si depuis le décret de Gratien, la loi naturelle est devenue morale chrétienne, la *Somme théologique* de Saint Thomas recentre la justice dans la raison prétendument universelle de l'homme³⁶⁹. Mais, comme le notent Robert Jacob et Joseph Needham, « la fidélité à Dieu l'emporte encore sur celle du Roi³⁷⁰ » : une loi formulée par l'homme, nous dit Saint Thomas, qui est « en conflit avec la loi de la nature, ne serait-ce que pour un point, [...] cesse d'être une loi, et n'est plus qu'une corruption de la loi³⁷¹ ». Déjà depuis le décret de Gratien, les ordres princiers en contradiction avec la loi naturelle peuvent être écartés³⁷². Les rois ne sont donc pas non plus au-dessus de tout jugement. Le juge, en imitation de Dieu, doit répondre quant à lui à certaines exigences comme la rigueur déontologique ou l'impartialité : il doit, pour ce faire, prendre ses distances avec le pouvoir politique. Il reçoit progressivement l'appui d'agent d'exécution privé et peut exercer en tout indépendance. La séparation des pouvoirs, qui sera théorisée quelques siècles plus tard par Montesquieu, était amorcée et les conditions structurelles de la naissance de l'État centralisé progressivement mises en place.

57. La dette de justice : une conception française du devoir de juger.

Contrairement au monarque français, l'empereur chinois ne reçoit pas le sacre mais procède, comme il a déjà été dit, au sacrifice à ses ancêtres. Le sacre, comme l'explique Robert Jacob, a permis l'apparition de la « dette de justice » qui est devenue dès lors une fonction régaliennne essentielle³⁷³. Cette dette comporte deux éléments :

« D'une part l'obligation de trancher la totalité des conflits, de donner suite à la totalité des plaintes, en s'interdisant en principe de les trier ; d'autre part le devoir d'y donner suite selon la justice, une valeur dont le contenu comprend à côté d'une composante substantielle, indéterminée *a priori*, une autre, formelle, qui tient au traitement égal des parties dans la procédure³⁷⁴ ».

³⁶⁹ Joseph Needham, *op.cit.*, pp. 320-321.

³⁷⁰ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 198.

³⁷¹ Cité dans Joseph Needham, *op.cit.*, p. 321.

³⁷² *Idem*, p. 320.

³⁷³ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 374.

³⁷⁴ *Idem*, pp. 374-375.

Or, en Chine, non seulement le juge peut apprécier l'opportunité de la demande en justice et refuser de *trancher* au profit d'une solution plus appropriée à l'affaire³⁷⁵ mais, en plus, et c'est ce qui frappe le plus Robert Jacob, il n'est tenu par aucune procédure formelle. Lorsque cet auteur conçoit le magistrat chinois comme un magistrat débiteur d'ordre, il faut le comprendre au regard de ce qui a été dit précédemment : la loi de la nature en Chine n'est pas le résultat d'une volonté divine ; elle n'est d'ailleurs pas loi, mais ordre naturel des choses. L'ordre du Ciel n'est pas normatif mais processuel : « c'est un procès anonyme et sans volonté propre, un ordre des choses spontané et naturel qui tend constamment et spontanément à rétablir son équilibre dès qu'un événement le perturbe³⁷⁶ ».

58. La justice chinoise, simple composante de l'ordre des choses. Ainsi, les « lois du Ciel » (*tianfa*) ne commandent pas les événements naturels qui obéissent à leur propre raison d'être. Certes, on trouve une concordance tirée de la cosmologie chinoise dans la tenue des assises au printemps et l'exécution des condamnations en automne. Il ne faut pas y voir par là l'interférence d'un Ciel volontariste qui serait la cause d'une telle pratique, mais une *corrélation* ou une adéquation entre l'acte humain et l'ordre du cosmos³⁷⁷. Les procès d'animaux, dont un des derniers cas a été rapporté en France à Bâle (1474) n'ont jamais existé en Chine, car, à défaut d'une loi établissant ce que devait être la nature, ils ne pouvaient s'appuyer sur aucun fondement : « les Chinois n'étaient pas assez présomptueux pour penser qu'ils connaissaient suffisamment les lois posées pour les êtres vivants (en dehors de l'homme) pour qu'ils puissent accuser un animal de les avoir transgressées³⁷⁸ ». La justice chinoise, dénuée de toute origine divine et de toute sacralité, n'est pas érigée en valeur absolue mais fait partie intégrante de l'harmonie³⁷⁹. Elle ne vient pas d'un extérieur et c'est à l'homme, en tant que simple individu, de la cultiver. Même la conception karmique de la justice ne dit pas autre chose : l'homme est responsable de

³⁷⁵ Pour une illustration sous les Qing, *Infra* n°233.

³⁷⁶ Jérôme Bourgon, « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », préc. [fichier audio].

³⁷⁷ Léon Vandermeersch, *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, *op.cit.*, p. 113, la pensée corrélatrice est entendue comme « la pensée structuraliste qui explique les choses par l'"apparemment" [...] de leurs structures » ; pp. 120 et s. sur la pensée corrélatrice.

³⁷⁸ Joseph Needham, *op.cit.*, pp. 333-334 ; encore que certaines exceptions aient été mentionnées avec les procès de tigres mangeurs d'homme, d'obédience bouddhiste.

³⁷⁹ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 375 : « le culte impérial est tout entier placé sous le signe de la fertilité. Le prince sacrifie et prie pour la qualité et la régularité des récoltes, il est comptable de l'harmonie entre ordre naturel et ordre social qui fait la paix et la prospérité. S'il lui échoit un devoir de justice, ce devoir n'est pas spécifié, mais fondu dans l'unique et globale fonction impériale de préservation de l'harmonie ».

ses actes, de son *karma*, et il ne dépend qu'à lui d'arrêter le cycle de réincarnation. Du point de vue institutionnel, la Chine s'est dotée très tôt d'un ordre judiciaire unifié où la justice est considérée comme *un* des éléments de la bureaucratie impériale. Elle ne bénéficie pas, par sa seule incarnation, d'une prédominance sur les autres fonctions administratives (tels que la perception de l'impôt ou l'entretien des voies de communication³⁸⁰). Le juge chinois est un fonctionnaire, qui cumule à la fois la fonction administrative, exécutive et judiciaire : la justice n'intervient donc pas seulement une fois le conflit né. Le premier devoir du magistrat est de s'assurer du bon fonctionnement de sa province : un fonctionnement assuré par le respect des lois, certes, mais également par l'absence de conflit. Il ne détient pas le droit de vie ou du mort du condamné et les décisions prononçant une peine capitale doivent être autorisées par l'empereur³⁸¹. Il n'est guère étonnant d'apprendre que Mateo Ricci fut surpris, lors de ses premiers contacts avec la Chine dès le XVIème siècle, de découvrir une société chinoise qu'il qualifiait de pacifiste³⁸².

59. Le jugement, moyen de rééquilibrage. Il serait par ailleurs erroné de croire que le magistrat chinois de l'époque médiévale se contente d'une application mécanique de la loi³⁸³, qui, rappelons-le, attache à chacune de ses règles une sanction pénale. Bien au contraire. Dans le système de légalité des peines établi en Chine depuis XIème siècle³⁸⁴ (qui s'entend comme ramener le *xing*, châtiment, au *wen*, la lettre), les magistrats sont tenus de proportionner la peine en fonction de l'acte commis selon l'intention³⁸⁵. Le système de base des Cinq châtiments divisait chaque acte, chaque comportement, en degrés, ce qui permettait au juge de moduler sa

³⁸⁰ *Idem*, pp. 376-377. La priorité des tâches administratives dépendait de leur urgence.

³⁸¹ Comme l'explique Jérôme Bourgon dans « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », préc. [fichier audio] ; V aussi, pendant la dynastie Qing, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », *Actes de recherches en sciences sociales*, vol. 133, juin 2000, Science de l'État, p. 36 : l'empereur détient le droit de grâcier les condamnés qu'il exerce en concurrence avec le « pouvoir de vie » des juristes chargés d'écrire les jugements.

³⁸² Robert Jacob, *op.cit.*, p. 369.

³⁸³ C'est pendant la dynastie des Ming et surtout au moment de la publication d'un « Code pénal intangible » par l'empereur Taizong que les magistrats ont été privés de leur pouvoir d'interprétation de la loi. Enfin, du moins dans les textes : Jérôme Bourgon, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », préc., p.32.

³⁸⁴ Jérôme Bourgon, « Le principe de légalité », *In* Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir), *La Chine et la Démocratie*, Fayard, 2007, p. 163 : c'est en tout cas à partir du XIe siècle que, selon l'historien, que les juristes chinois conçoivent le droit comme un « système unifié et cohérent de normes » exigeant un système proportionnel de peines.

³⁸⁵ Jérôme Bourgon, « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », préc. [fichier audio].

sentence selon les circonstances de l'espèce³⁸⁶. Cette idée de proportion a toujours été centrale dans la conception chinoise d'une décision juste où le rétablissement de l'ordre est synonyme de retour à l'équilibre³⁸⁷. À l'instar du Ciel, le magistrat chinois ne cherche pas la vengeance en rendant sa décision mais simplement à rétablir l'ordre des choses troublé par un acte punissable. Aussi difficile que pouvait l'être sa tâche³⁸⁸, il disposait de moyens conséquents pour mener à bien sa recherche de la vérité comme en témoignent les affaires policières compilées de l'époque médiévale chinoise. Les Chinois ont créé le genre du roman policier et avec lui, des figures célèbres comme le Juge Ti ou le Juge Bao (qui, sans doute, inspirera la figure moderne du juge *Maxiwu*³⁸⁹) : ces personnages incarnent l'idéal du juge enquêteur, incorruptible, infaillible et surtout exemplaire³⁹⁰.

Très proche du roman policier, la compilation d'affaires judiciaires, telle que celle réalisée par Shi Po³⁹¹ et intitulée *Les affaires résolues à l'ombre du poirier* (1211) est d'un grand intérêt pour avoir un aperçu de l'exercice de la justice quotidienne rendu au *Yamen*, la justice du bas peuple. Ce recueil, constitué de 144 affaires compilées sur quatorze siècles (-300-1000) était destiné à aider les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions : en ce sens, il donne une image plutôt fidèle de ce que l'on attend d'un magistrat chinois au XIIIe siècle, bien que ce recueil ne soit pas un document officiel. À titre d'exemple, si le *Code Tang* prévoie l'aveu sous la torture et nous informe donc de son existence légale, ce manuel de pratique judiciaire nous indique que les juges, en pratique, ne sont pas tenus à ces aveux³⁹². Plus encore, il apparaît que le magistrat « modèle » doit démontrer la culpabilité du prévenu plus qu'en être simplement convaincu ; à défaut, il peut user de tous stratagèmes et de toutes astuces pour établir les faits de l'affaire.

³⁸⁶ Sur le principe chinois de légalité, qui devance de quelques siècles celui formulé par Beccaria : Jérôme Bourgon, « Le principe de légalité », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir), *op.cit.*, pp. 157 et s.

³⁸⁷ Sur la mise en œuvre du principe de légalité des délits et des peines au regard du degré de parenté entre l'accusé et la victime, V. *Infra* n°92.

³⁸⁸ Sur la comparaison du travail du magistrat du *Yamen* et du juge occidental, V. Robert Jacob, *op.cit.*, pp. 379-388.

³⁸⁹ *Infra* n°240.

³⁹⁰ La réalité n'était cependant pas si simple et il apparaît que nombre de fois, le système a croulé sous la corruption endémique des fonctionnaires.

³⁹¹ Robert Van Gulik, *Affaires résolues à l'ombre du poirier (Tang Yin Bi Shi). Un manuel chinois de jurisprudence et d'investigation policière du XIIIe siècle*, composé par Shi Po, texte anglais présenté par Robert Van Gulik, traduit et annoté par Lisa Bresner et Jacques Limoni, Albin Michel, 2002.

³⁹² Par exemple, voir l'affaire « Cao Qu innocente une veuve », Robert Van Gulik, *op.cit.*, p. 68.

60. Le magistrat chinois à la recherche constante des faits. Le magistrat peut ainsi « tromper, intimider, insulter quiconque était mêlé à l'affaire³⁹³ ». Faire passer un voleur pour une victime pour retrouver son identité (affaire « Gao Jie brandit une botte volée³⁹⁴ »), reconstituer un incendie avec des animaux pour établir sa nature criminelle (affaire « Fu Jigui et les fèves retrouvées dans le gésier d'un poulet³⁹⁵ ») ou encore faire de fausses déclarations publiques (affaire « Zhang Yunji accepte une affaire hors de sa juridiction³⁹⁶ »), les stratagèmes concourent tous au même but : découvrir la vérité des faits. Dans l'affaire intitulée « Qian Weiwei et le bras droit du coupable », les fonctionnaires recourent à des techniques d'observation médico-légale pour identifier le coupable. La description faite du raisonnement du magistrat au XIII^e siècle doit être soulignée :

« Lorsque quelqu'un entaille le membre de quelqu'un d'autre, la lésion est profonde sur la partie supérieure, elle l'est moins sur la partie inférieure. Or, dans le cas présent, la lésion est plus profonde sur la partie inférieure que sur la partie supérieure. Le coup manque d'assurance, et je ne peux l'attribuer qu'à ta main gauche qui elle-même a entaillé ton bras !³⁹⁷ ».

Il importe de rappeler que si les Chinois ont été les pionniers littéraires du roman policier, ils sont également les fondateurs de la médecine légale et de la recherche des empreintes digitales³⁹⁸. Ces avancées ont été impulsées, semble-t-il, par le besoin de découvrir exactement les faits, qui importe plus que la recherche d'une culpabilité³⁹⁹. Or, cette recherche de la vérité dans les faits constitue, à notre sens, un élément clé dans l'appréhension et la compréhension d'une « culture » judiciaire

³⁹³ *Idem*, p. 41.

³⁹⁴ *Id.*, p. 93.

³⁹⁵ *Id.*, p. 104.

³⁹⁶ *Id.*, p. 108.

³⁹⁷ *Id.*, p. 76.

³⁹⁸ Joseph Needham, *op.cit.*, p. 312 ; Robert Van Gulik, *op.cit.*, p. 44 : « tout fonctionnaire lettré avait une légère teinture de médecine et de pharmacologie : il connaissait donc les rudiments de la médecine [...] et avait une idée des drogues et des poisons à la portée du criminel moyen. Pour ce qui est des aspects plus spécialisés de la médecine légale, le magistrat pouvait s'en remettre à l'avis du wuzuo, ou "coroner", officier recruté localement et qui ajoutait habituellement à ses fonctions au tribunal des activités de croque-mort ».

³⁹⁹ Par exemple, voir l'affaire « Cheng Lin, à propos de poêles », *Ibid.*, p. 79 ; V. Aussi les propos du juge Tian Ze auteur d'une des préfaces du *Tang Yin Shi Bi* (1308) et repris par Robert Van Gulik, *op.cit.*, p. 26 : « dans le chapitre Lüxing (du Livre des documents), on parle à ce propos d'"étudier les affaires sur la base des traits" [des personnes concernées]. Mais ce qui y est appelé "s'assurer de la culpabilité et la vérifier sur la base des cinq conclusions" est nécessairement suivi de cette clause : "Si la culpabilité n'est pas avérée, il ne faut pas entendre l'affaire" (autrement dit, il faut rendre un non-lieu). Par "non avérée", les anciens lettrés entendaient l'impossibilité de vérifier une conclusion ; autrement dit, l'affaire était douteuse ».

chinoise⁴⁰⁰.

Ce recueil d'histoires judiciaires, qui mêle des affaires de nature aussi bien pénale que civile, montre l'importance accordée à l'établissement de la vérité factuelle : le juge, à l'instar du Ciel, est omniscient. Il prend en compte les sentiments de l'accusé (recours à la pratique de la physiognomie) mais le juge n'a pas un pouvoir arbitraire absolu : il est soumis à l'opinion publique et, surtout, au contrôle de sa hiérarchie⁴⁰¹. Plus que l'exercice d'une simple tâche étatique, le prononcé d'une décision engage la responsabilité personnelle du juge⁴⁰². À ce titre, il a l'obligation, dès les Han, de consigner les délibérations (alors à cette époque sur des tablettes en bois) et de les transmettre à son supérieur. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'à la fin de beaucoup d'affaires résolues à l'ombre du poirier, la décision juste que rend le magistrat lui permet, bien souvent, une promotion⁴⁰³.

61. Le recours à l'équité. Lorsque l'établissement des faits est impossible ou que le résultat est disproportionné eu égard à la situation, le magistrat peut recourir à l'équité : ainsi en est-il par exemple, du traitement de l'accusation d'un fils qui a déplacé la sépulture de sa mère pour la rapprocher de son père. Dans cette affaire, Su Cai, alors magistrat à la Cour suprême de justice, constate la réalité de l'acte (violation de sépulture) qui, à l'époque des Song du Nord, est passible de la peine capitale. Mais il demande que la peine soit commuée car « un fils qui dérobe le cercueil de sa mère pour le placer auprès du cercueil de son père ne peut être jugé comme un pilleur de tombe ». On retrouve ainsi plusieurs jugements de Salomon dans le recueil d'histoire de Shi Po. Les Chinois ne concevaient pas le jugement comme la fin du procès mais plutôt comme un des résultats possibles de l'affaire litigieuse. S'ils ne pouvaient en théorie refuser une affaire, ils n'avaient pas le devoir de la *juger* mais de la *résoudre*⁴⁰⁴. De la même manière que le recours à l'équité est toléré lorsque le

⁴⁰⁰ *Infra* n° 226 et s.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 45.

⁴⁰² Jérôme Bourgon, « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », préc. [fichier audio]; pour Michael Palmer, (préc., pp. 165-170), la possibilité de punir le juge en cas d'échec à évaluer la pertinence des faits additionné au système de contrôle hiérarchique mis en place dans la Chine impériale constituait « la principale défense contre l'abus de pouvoir judiciaire sous les dynasties successives ».

⁴⁰³ Inversement, si sa décision est erronée, il est rétrogradé.

⁴⁰⁴ Robert Van Gulik, *op.cit.*, pp. 139-140, affaire « Une autre affaire résolue par Han Siyan » dans laquelle Han Siyan fait boire une même coupe de lait à deux frères en procès pour les réconcilier.

résultat dicté par la loi est inapproprié aux faits de l'affaire, le juge doit, en cas de silence de la loi, recourir à l'analogie⁴⁰⁵. Comme l'explique Sun Zi :

« Ceux qui se rendent coupables d'un crime qui tombe sous le coup de la loi doivent être jugés selon la loi. Ceux qui se rendent coupables d'un crime que les textes de la loi ne connaissent pas doivent être jugés par rapport à un cas qui se rapproche le plus possible du délit en question⁴⁰⁶. »

62. L'exigence d'une « justesse » du jugement. Pour un magistrat débiteur d'ordre et non de justice⁴⁰⁷, l'acte de juger n'est pas un but mais une possibilité qui lui est offerte. En l'absence de conception abstraite et transcendante de justice, le jugement d'équité, le recours à l'analogie ou l'abandon de l'acte de juger pour recourir à la conciliation (déjà fortement facilitée par la crainte que suscite la saisine du juge) sont autant de solutions offertes au magistrat qui se doit d'être juste dans sa décision, au sens de justesse⁴⁰⁸. Pour autant, il ne saurait s'agir de l'exercice d'un pouvoir arbitraire du juge. En effet, comme l'a établi l'historien Jérôme Bourgon, la structure même des codes (issue d'une longue pratique herméneutique du *Yijing*, la science divinatoire) prévoyait un pouvoir modulateur du juge en indiquant la méthode de lecture des lois⁴⁰⁹. Le magistrat doit s'éloigner du texte de loi lorsque celui-ci est équivoque ; sa décision est alors motivée sur la base d'une triple polarité : « application exacte de la sentence prévue, ou modification selon des principes supérieurs ; application d'un précédent, ou modulation en fonction des circonstances ; sévérité ou clémence⁴¹⁰ ». C'est dire qu'en cas de difficulté d'application de la loi, l'esprit structurel du code prédomine sur sa lettre⁴¹¹.

63. Mieux vaut réfléchir à deux fois avant de saisir le juge. En Chine, l'acte de juger revêtait une particulière gravité. La saisine du magistrat n'était pas un acte anodin et mieux valait être certain de son accusation, au risque d'être soi-même condamné pour le délit de *Fanzuo*. C'est ce que Robert van Gulik appelle le principe de présomption de culpabilité :

⁴⁰⁵ Le recours à l'analogie dans les jugements pénaux a persisté en Chine jusqu'en 1997, année de l'adoption de la *loi pénale*, art. 3.

⁴⁰⁶ Robert Van Gulik, *op.cit.*, p. 121.

⁴⁰⁷ Robert Jacob, *op.cit.*, pp. 371 et s.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 388.

⁴⁰⁹ Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », préc., p.140.

⁴¹⁰ *Idem*, pp. 140-141.

⁴¹¹ *Id.*, p. 141.

« Ce principe ne repose pas tant sur la dureté que sur l'idée que jamais un citoyen véritablement honnête n'aura maille à partir avec la justice. Même un homme parfaitement innocent et accusé à tort est déjà coupable dans la mesure où il est partie prenante à un trouble de l'ordre public dans le district – ce qui est une manière de faire affront à l'administration du magistrat. De surcroît, on considérera que, visiblement, sa conduite n'était pas si irréprochable que des méchants ne pussent avoir de prise sur lui ; à tout le moins, il a eu tort de ne pas mettre assez de discernement dans le choix de ses connaissances et de ses associés⁴¹². »

Dans cet ordre d'idées, l'agencement du tribunal, le *Yamen*, est conçu pour impressionner les plaideurs qui doivent s'agenouiller à même le sol devant le magistrat, placé en hauteur sur une estrade. Divers objets sont disposés sur la table devant lui : une étoffe de soie recouvrant le sceau carré du tribunal, incarnant son pouvoir d'exécution, un bâton de bois de trente centimètres qu'il use comme d'un marteau, un encrier et des pinceaux. Entouré de scribes (faisant sans doute office de greffiers), il est également accompagné de sbires chargés de faire avouer les accusés au moyen de coups de bambous ou de coups de fouets ou de sanctionner, de la même manière, quiconque pouvant déplaire au magistrat. Comme le constate Robert Jacob, la mise en scène judiciaire chinoise n'a rien à voir avec celle occidentale. Dans cette dernière, au contraire, « le juge siège sous l'image de Dieu » et la place d'honneur revient à l'auteur de la demande en justice. Les parties, assistées de leur conseil, sont placées chacune d'un côté et ont toutes deux un droit à l'argumentation.

64. Conclusion du Chapitre 1. Il est difficile de prétendre à caractériser entièrement la tradition juridique chinoise ancienne sans faire un travail d'historien. En revanche, on peut souligner quelques spécificités qui apparaissent une fois mises en parallèle avec des éléments censés caractériser (ou en tout cas constituer une source d'influence majeure) la tradition juridique française. Ainsi, on peut considérer que l'apport de la pensée ritualiste en Chine est au moins aussi importante que celui de la pensée Grecque dans la pensée politique et dans la conception de la justice en France. De la même manière, la rationalisation de la loi opérée par la pensée des légistes dénote une évolution comparable à celle issue des Romains et contribue à expliquer, par exemple, les divergences d'appréhension du droit privé en Chine.

Le facteur religieux est, quant à lui, doublement important dans la modélisation des pensées juridiques française et chinoise : non seulement, son influence est

⁴¹² Robert Van Gulik, *op.cit.*, p. 39.

indéniable dans la construction de l'idée de justice et, par là, des paradigmes intellectuels qui ont permis l'émergence des concepts modernes de règle de droit mais, en plus, il constitue, à notre sens, un des principaux piliers de divergence entre les deux droits étrangers. Si l'influence de la chrétienté dans l'ancien droit français n'est en effet plus à démontrer, le rapprochement avec la Chine, dont la principale influence religieuse est le bouddhisme, accentue l'impact du fait religieux dans l'héritage français des idées de justice et, partant, du droit. À l'inverse, en Chine, en l'absence d'une mythification de l'idée de justice aussi importante qu'en France, on comprend, par exemple, la coloration plus « administrative » de l'acte de juger qui, n'ayant jamais obéi ni à une volonté divine, ni à une raison prétendument universelle, a pour tâche de préserver une harmonie, voire de rétablir un ordre troublé. Les quelques caractères du droit chinois dégagés jusqu'à présent permettent de concevoir les premiers écarts des pensées franco-chinoise du droit. Il convient donc, dès à présent, d'aborder la rencontre de ces deux pensées qui a concouru, en Chine, à l'émergence du droit contemporain.

Chapitre 2. L'hybridité de la pensée juridique chinoise entre tradition et transfert de droit.

65. Lorsqu'un juriste français ouvre un manuel de théorie du droit chinois, la première impression est celle d'un droit étrangement familier. En effet, le droit (法律) y est défini comme l'ensemble des droits : Constitution, loi, règlement administratif etc. Au sens restreint, le droit fait référence aux lois établies par l'Assemblée Populaire Nationale. Autrement dit, sa première définition est, à l'instar des définitions du droit français, positiviste. Le droit désigne ainsi « *l'ensemble des règles règlementant les comportements humains* ⁴¹³ », conçu en termes de « *droit et d'obligations* ⁴¹⁴ » ; il est « *établi ou reconnu par l'État* ⁴¹⁵ » et sa « *réalisation est garantie par le pouvoir coercitif de l'État* ⁴¹⁶ ». Ce même juriste ne pourra qu'être surpris, également, par l'intégration et l'utilisation des doctrines étrangères dans les tentatives de définition du concept de droit : il est en effet assez rare de trouver, dans un manuel français, des tentatives d'approche transculturelle du droit ⁴¹⁷. La théorisation du droit par référence aux systèmes de pensée et systèmes juridiques étrangers est relativement nouvelle en Chine et dérive directement du recours aux transferts de droit dans sa politique de réforme. Initiés dès la fin du XIX^{ème} siècle, les transferts de droit sont toujours d'actualité dans la quête chinoise de « modernisation », encore trop souvent confondue avec sa volonté d'occidentalisation, qui sous-entend un rapport de force inégale entre la Chine et l'Occident. C'est sur cette base que l'hybridité du système de droit chinois s'est formée et que le paradigme de sa pensée juridique s'est construit (Section II).

Cette méthode de réformes ne fait pourtant pas l'unanimité chez les auteurs chinois, spécialement depuis les années 1990 où certains prônent un retour aux

⁴¹³ Shen Zongling, (沈宗灵), *Science du droit* (法理学), Presses universitaires de Beijing, 2014, p. 25 « 法是调节人民行为的规范 ».

⁴¹⁴ *Idem*, p. 27 : « 法规定人们的权利, 义务 ».

⁴¹⁵ *Id.*, p. 26 : « 法由国家制定或认可 ».

⁴¹⁶ *Id.*, p. 27 : « 法由国家强制力保证实施 ».

⁴¹⁷ Par exemple, Jean-Louis Bergel, *op.cit.*, pp. 20-54, étant entendu bien sûr que si l'auteur s'appuie effectivement sur des auteurs étrangers (Kant, Kelsen, Bentham, Stuart Mill), ces derniers ont participé directement à la formation conceptuelle du droit français. L'approche transculturelle consisterait à s'appuyer, par exemple, sur des auteurs chinois, *i.e.* étrangers à notre tradition juridique pour penser le droit.

« racines du droit chinois ». Cela peut d'ailleurs paraître étrange aux yeux d'un juriste français : en effet, aucun ne milite en faveur d'un retour aux « fondements » du droit français (et où situer ce fondement ? Au droit romain, au droit de l'ancien régime ou au droit napoléonien ?), à l'exception, peut-être, de quelques nostalgiques du droit romain, comme feu Michel Villey. Au XXI^{ème} siècle, la problématique des transferts de droit en France concerne plutôt le cadre européen et la volonté d'uniformisation des législations nationales. Aussi, pour cerner les problématiques des pensées juridiques modernes en Chine, un retour au système juridique de la fin de l'ère impériale, précédant la pénétration Occidentale, est nécessaire. Par exemple, comment comprendre qu'un pays dont le droit est basé sur une pratique millénaire de la codification ait rencontré autant de difficultés à codifier son droit actuel, en dépit de la volonté affichée des pouvoirs centraux et des nombreux projets de réformes en ce sens ? Sans trop aborder le fond de la question, une des réponses tient à ce que le code impérial, par sa place à jouer dans le système de droit, ne correspond sans doute pas aux objectifs assignés au futur code (qui plus est civil) en cours d'élaboration. Sur un autre plan, en revanche, un certain rapprochement peut être opéré entre les problèmes contemporains d'application (et d'exécution) du droit par les autorités locales – qui, à l'instar de l'organisation impériale, ne connaissent pas de véritable séparation entre les pouvoirs judiciaire, administratif et législatif – et la dynamique de fonctionnement des anciennes juridictions locales. À ce titre, il est légitime de s'interroger sur le possible héritage du droit chinois impérial dans l'actuel système juridique chinois au travers de ses principales caractéristiques (Section I).

Section I. Quel héritage du droit chinois traditionnel ?

66. Tenter de dégager des éléments caractéristiques de la tradition juridique chinoise implique de revenir à la fin de la période impériale, avant que la Chine ne connaisse ses premiers échanges intellectuels avec l'Occident. Le système juridique de cette époque, caractérisé en premier lieu par son appartenance à la famille de droit codifié, se distingue également par sa remarquable longévité. Toutefois, cette apparence de pérennité ne doit pas dévier dans le fameux « mythe d'immobilité

millénaire⁴¹⁸ » qui se borne généralement à restreindre l'analyse à la tradition confucéenne, au bureaucratisme ambiant et au droit d'essence pénale. Une étude plus détaillée des codes dynastiques met en lumière les efforts de longue haleine pour rationaliser la pratique – et la pensée – du droit (§ 1), ce qui ne devrait d'ailleurs pas être sans intérêt pour apprécier, plus justement, les actuels efforts de codification⁴¹⁹. Cependant, en Chine traditionnelle, la loi seule ne peut prétendre à réglementer l'ensemble de la vie des habitants et ce d'autant plus que le droit officiel n'a pas vocation à s'immiscer dans la sphère privée. En ce sens, l'étude du seul droit positif ne semble pas détachable de son contexte d'application, surtout au niveau local, et duquel il ressort une véritable logique d'interpénétration des forces sociales (§ 2).

§1. Le système de droit codifié de l'époque impériale.

67. En Chine impériale, le lien entre la conception du code et celle du pouvoir du monarque impose à ce premier une exigence de pérennité (A). Bien entendu, cette pérennité ne doit pas être confondue avec son immobilisme, à défaut de quoi le code devient obsolète. Sans pouvoir parler de codification à droit constant, les ingénieurs des codes chinois impériaux se sont tout de même efforcés de trouver des moyens pour l'adapter aux réalités sociales (B).

A. La systématisation du droit au travers de l'« illusion intemporelle⁴²⁰ » des codes chinois.

68. Dans la tradition juridique chinoise, le code participe directement de la stabilité du pouvoir impérial. Symbole de légitimité historique et politique, sa transmission de dynastie en dynastie conduit à le percevoir comme intangible et permet de rattacher la Chine à la famille de droit codifié (1). Il serait pourtant erroné de considérer que la pérennité du code soit exclusive de sa force symbolique. En effet, sa structure traduit un haut degré de systématisation qui concourt, directement, à asseoir son autorité au fil des siècles (2).

⁴¹⁸ Pierre-Étienne Will, « Chine moderne et sinologie », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 49^{ème} année, n°1, 1994, p. 10.

⁴¹⁹ *Infra* n°109.

⁴²⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 377-378.

1. L'intangibilité relative des codes chinois.

69. Un symbole de l'assise institutionnelle. L'un des traits saillants des anciens systèmes juridiques chinois réside dans leur longévité, induite par la vision à (très) long terme des souverains chinois. Au moment de la première unification du territoire chinois (-221), l'empereur s'est ainsi proclamé « premier empereur » de Chine (*Shi Huangdi*) car il pensait que ses descendants (les générations issues du même clan) prolongeraient son règne, sans limitation de génération⁴²¹. Cette « illusion intemporelle » s'inscrit dans une structure d'encadrement normative : le code. Un code constitué de lois réputées intangibles et pensées pour être destinées à s'appliquer aux dynasties suivantes. Quelques siècles après l'avènement du premier empereur, Zhu Yuanzhang (empereur Hongwu, aussi appelé Ming Taizu, fondateur de la dynastie Ming) a cherché un droit en considération des principes du *Tian LI* (raison du ciel, raison supérieure) et du *ren qing* (sentiments humains) « qui pourrait être utilisé comme l'étalon pour les cent prochaines générations⁴²² ». Au moment de la publication du *Grand Code des Qing* – après près d'un siècle de préparation – l'empereur Qianlong de la dernière dynastie chinoise a formulé comme objectif qu'il soit respecté en Chine comme à l'étranger, pour toujours et sans qu'il ne nécessite aucune révision⁴²³. Cette conception de l'arsenal législatif comme fondation et garantie de la longévité de l'État n'est pas sans rappeler les propos de l'ancien président chinois Deng Xiaoping qui, au lendemain de l'ère maoïste, a indiqué que le principe d'intangibilité des lois et des institutions annoncé s'inscrivait dans l'objectif de démocratie⁴²⁴. Du point de vue historique, l'importance accordée aux codes dépasse, au moins dans l'ancien droit chinois, la simple volonté de réglementation des relations privées et publiques⁴²⁵. Le code constitue le socle, la fondation de l'empire : dans un tel système, il n'est pas illogique de reconnaître qu'aucune place ne peut être faite à une Constitution *stricto sensu* et que le concept même de

⁴²¹ Certes, dans la France du Moyen Âge, le pouvoir monarchique était également conçu dans la continuité – qu'on ne peut mieux illustrer par le célèbre adage, « le Roi est mort, vive le Roi ! » mais en Chine, la seule hérédité ne suffisait pas à consolider le pouvoir politique dont le secret de sa stabilité reposait véritablement sur la structure étatique et juridique.

⁴²² Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 377.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Cité dans Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, p. 25.

⁴²⁵ Lesquelles ne s'articulent pas autour de la distinction droit public et droit privé, inexistante en Chine jusqu'au XIX^e siècle.

« constitution » n'a pas lieu d'être⁴²⁶. Par l'adoption d'un code remanié au gré des changements dynastiques, les nouveaux empereurs entendent poser la fondation de leur règne mais également les règles fondamentales de son fonctionnement. Il n'est donc pas surprenant que le caractère administratif des codes impériaux chinois soit souvent considéré comme une des principales caractéristiques de leur tradition juridique⁴²⁷.

70. La transmission formelle du droit. Outre la volonté politique d'établir un code à vocation intemporelle, l'apparente continuité du droit chinois impérial est le fait de la transmission, évolutive de dynastie en dynastie, d'une pluralité de règles normatives. Sous les Tang, on trouve ainsi les « lois-étalons⁴²⁸ » (*lü*), les ordres (ou ordonnances, *ling*), les injonctions (*ge*), les standards (*shi*), les codes (*dian*), les instructions (*chi*) et des ersatz de « précédents » (*Li*)⁴²⁹. Ces diverses formes de réglementation résultent d'une longue évolution modelée par les changements dynastiques : par exemple, les *ling* proviennent des dynasties Qin et Han, les *ge* de la dynastie Wei du Nord, les *shi* de la dynastie Jin, le *dian* est l'héritage de la structure en six chapitres du *Zhou li* (les rites des Zhou) ou encore, le *Li*⁴³⁰ (例), que l'on peut

⁴²⁶ Sur les difficultés contemporaines d'implanter le constitutionnalisme en Chine, *Infra* n°178 ; sur l'importation de la notion de constitution en Chine, *Infra* n°101 ; V. Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949), In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 260 : « le mot *xianfa* employé en chinois pour "Constitution" existe depuis l'Antiquité, mais il désignait alors l'ensemble des lois et des règlements relatifs au gouvernement, plutôt qu'une "loi fondamentale" supérieure à toutes les autres » ; Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », *Études chinoises*, vol. XIV, n°2, aut. 1995, p. 92 : « l'assise institutionnelle de l'État découlait du respect des formalités et procédures de promulgation du code dynastique. En acceptant la législation léguée par ses prédécesseurs, une dynastie héritait d'une sorte de loi fondamentale de l'empire qu'elle ne pouvait subvertir à sa guise ». Cette règle de « succession » n'était pas écrite et a subi quelques exceptions au XVIIIème siècle.

⁴²⁷ En l'absence de distinction entre les domaines judiciaire et administratif du gouvernement, « l'ensemble du droit contenu dans les codes pénaux des différentes dynasties sert d'outil administratif conçu pour maintenir l'ordre public selon les intérêts étatiques », Bradley W. Reed, *Talons and Teeth : County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford University Press, 2000, pp. 9-10 : « In the broadest sense, all law in late imperial China was administrative in that there was no formal separation between the administrative and judicial function of government. As noted by Leon Vandermeersch, the system of law laid out in the penal codes of various dynasties served as an administrative tool designed to maintain public order in the interests of the state ». Le chapitre portant sur la « bureaucratie illicite » peut également être consulté dans l'ouvrage de Philip C.C. Huang et Kathryn Bernhardt, *Research from archival case records : law, society and culture in China*, Leiden : Brill, 2014, pp. 57-88 (chap. 3).

⁴²⁸ Repris de la traduction de Jérôme Bourgon.

⁴²⁹ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 82 : à cette époque, seules les lois-étalons prescrivent les infractions pénales, les autres règles restent cantonnées au domaine administratif.

⁴³⁰ Nous mettons en garde ici à ne pas confondre ces règles complémentaires dont le *pinyin* est *Li* (例) avec celui des rites, *li* (禮) ou encore celui qui peut se traduire par ordre ou raison des choses, *LI* (理).

traduire provisoirement par « précédent⁴³¹ », est une transformation du *bi*, qui désigne la pratique de l'analogie appliquée sous les Han⁴³². Le *Code des Ming*⁴³³, publié en 1374, reproduit la structure du *Code Tang* en douze chapitres de lois, réparties en trente-six volumes et six cent-six articles⁴³⁴. En 1389, le code est révisé et réduit à sept puis six chapitres⁴³⁵ dans la lignée de la réforme administrative de 1380 destinée à renforcer la centralisation politique par la création des Six Départements. Ce code est repris tel quel par le fondateur de la dynastie Qing, Shunzi, en 1644, avant d'être remanié par l'empereur Yongzheng en 1725⁴³⁶. La possibilité de retracer, presque généalogiquement, l'origine des formes de droit consacrées selon les dynasties, renforce indubitablement le sentiment d'une législation chinoise intemporelle.

71. La légitimité historique des codes de lois. Enfin, un dernier élément en faveur de l'image pérenne de la tradition juridique chinoise réside dans le recours à l'histoire comme gage de légitimité. Il peut s'agir d'une légitimité mystifiée, comme lorsque l'empereur des Ming déclare, le jour de la publication du nouveau *Code des Ming* en 1397, qu'il suivra l'exemple des anciens souverains dans leur manière de gouverner, c'est-à-dire en s'appuyant sur les rites pour guider le peuple et sur la loi pour punir les malfaiteurs⁴³⁷. Il peut également s'agir d'une légitimité plus réaliste, qui « tire les leçons du passé » pour s'adapter au présent. À ce titre, le code a été utilisé comme outil de gouvernance pendant plusieurs siècles : son principe même ne semble pas avoir été souvent remis en cause. C'est donc par des modifications de son contenu que sa longévité a été assurée. Mais, comme il a été dit précédemment, le code chinois traditionnel a vocation à perdurer au-delà des prochaines générations :

⁴³¹ *Infra* n°77.

⁴³² Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 380.

⁴³³ La dynastie Ming règne sur la Chine de 1368 à 1644.

⁴³⁴ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 281 : l'auteur explique que dans le travail préparatoire de ce Code, l'empereur Hongwu a ordonné à quatre fonctionnaires d'enseigner quotidiennement 20 articles du droit pénal des Tang.

⁴³⁵ Respectivement le *Ming Li Lü*, (lois et règles complémentaires), *Li Lü*, (loi sur les fonctionnaires), *Hu Lü* (loi sur les foyers), *Li Lü*, (lois sur les rites), *Bing Lü*, (lois sur les armées), *Xing Lü* (loi criminelle) et *Gong Lü* (loi sur l'industrie artisanale). Le *Code des Qing* a hérité de cette structure. Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930) », *In* Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 191 : l'auteur explique que le plan du *Code des Tang* s'appuyait sur des catégories juridiques, contrairement au *Code des Ming* repris ensuite par les Qing qui ont calqué les six sections du Code sur les fonctions des ministères, « ce qui revenait à subordonner les principes juridiques à l'organigramme des services administratifs ».

⁴³⁶ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 92 : c'est une des seules exceptions où l'empereur modifie le code non pas au moment d'établir sa dynastie mais au cours de son mandat.

⁴³⁷ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 283.

ses éventuelles réformes doivent donc être réfléchies au risque de conduire la dynastie à sa perte. Zhang Jinfan insiste sur les travaux préparatoires conséquents qui reposent pour beaucoup sur la comparaison, notamment historique⁴³⁸, des expériences précédentes.

2. Les efforts de systématisation des codes chinois.

72. La structure « en filet » des codes chinois. La structure des codes chinois est classiquement comparée à celle d'un filet (网) où la corde principale est constituée de l'organisation des lois pénales (*lü*, 律) et les mailles par les règles complémentaires⁴³⁹. Il convient de reprendre la traduction de l'historien Jérôme Bourgon du terme *lü* par « lois-étalons », qui est révélatrice de l'importance normative à leur accorder⁴⁴⁰. En effet, placées en haut de la hiérarchie des normes depuis le III^e siècle⁴⁴¹, ces lois, une fois adoptées, n'ont pas vocation à être modifiées⁴⁴². Ce sont elles qui forment le fameux « cadre qui se transmet de dynastie en dynastie⁴⁴³ ». Chacune d'entre elles est conçue selon un schéma précis : l'article de loi commence par la qualification (*ming*, 名) de l'acte réprimé à laquelle est ajoutée la peine correspondante (*xing*, 刑), elle-même graduée selon les circonstances de

⁴³⁸ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 265-296, « Historical Comparison and Timely Adjustment of the Legal System » (chap. 9).

⁴³⁹ Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », *Études chinoises*, XXII, 2003, p. 130 ; Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », *préc.*, p. 77 ; Zhang Weiren (张伟人), « Sources, développement et particularités de la culture juridique chinoise » (« 中国法文化的起源, 发展和特点 »), *Peking University Law Journal* (中外法学), vol. 23, n°1, 2011, p. 10 : dans sa critique de certaines lois additives, l'auteur indique que les légistes, qui ne pouvaient pas concevoir d'autre moyen que la loi pour réglementer l'ensemble des comportements humains, ont créé un « *filet grand comme le monde* » (天罗地网) qui peut se traduire également par... « *un piège auquel l'on n'échappe pas* ». Enfin, la métaphore du filet est encore utilisée par les auteurs chinois contemporains pour décrire le droit chinois : V. par ex., Shen Zonglin *op.cit.*, p. 49.

⁴⁴⁰ Zhang Jinfan les traduit en anglais par « *statute law* ». À l'origine, le mot *lü* est un terme musical employé sous la dynastie Qin.

⁴⁴¹ Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », *préc.*, p. 134. Bien évidemment, le terme de hiérarchie des normes ne doit en aucun cas fait l'objet d'un anachronisme issu d'un rapprochement de la théorie kelsénienne.

⁴⁴² Jérôme Bourgon, « Aspect of Chinese legal culture – The articulation of written law, State and society : a review (part two). Private law and private lawyers : a discussion on the « fields » of law », *International Journal of Asian Study*, 5, 1, 2008, p. 74.

⁴⁴³ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », *préc.*, p. 91.

l'acte⁴⁴⁴.

La rationalité avec laquelle est pensée la structure du code qui doit permettre, en théorie, d'englober l'ensemble des actes même non prévus par la loi, lui confère sa systématisme⁴⁴⁵. Toutefois, systématisme n'est pas synonyme de simplicité. Ainsi, le témoignage du compilateur Huang Luxi⁴⁴⁶ est révélateur des difficultés que rencontrent les magistrats de l'époque dans l'utilisation des codes :

« Les volumes et les sections du Code pénal sont innombrables, chaque fois qu'on s'y plonge on ne peut que soupirer en contemplant un tel océan. Mais à l'intérieur les filaments qui le composent sont dispersés, les articles sont isolés les uns des autres ; pour un même type d'affaire les circonstances et la sentence applicable sont chaque fois différentes : si l'on ne procède pas à une vérification minutieuse parmi les détails apparemment semblables, un écart infime risque de vous entraîner à une erreur colossale⁴⁴⁷ ».

Ce sont d'ailleurs les difficultés dans le maniement des codes qui ont impulsé la production d'un grand nombre d'ouvrages privés destinés à aider le juge à rendre une décision⁴⁴⁸. Une des raisons principales de la complexité des codes chinois réside justement dans la volonté accrue du souverain d'avoir un code de loi intemporel qui s'adapte aux réalités des différentes époques. Autrement dit, c'est la nécessaire

⁴⁴⁴ Le Code de la dernière dynastie chinoise s'ouvre ainsi sur une première section introductive intitulée « Règles générales et dénomination des peines » et regroupe les cinq peines principales déclinées en vingt nuances. Le second article expose les dix crimes les plus graves. Le Code est ensuite divisé en six sections ; la section sur les peines recouvre 62% du total du Code (269 sur 436 lois) : Robert M. Marsh, « Weber's Misundersanding of Traditional Chinese Law », *American Journal of Sociology*, vol. 106, n°2, 2000, p. 285. Dans certaines éditions privées, le *Code des Qing* commence par un tableau regroupant toutes les informations utiles au magistrat pour qualifier l'infraction, tels que les degrés de parenté selon les obligations de deuil, les degrés de peine ou encore les distances d'exil : Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., pp. 96 et s. ; Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », In Christine Pagnouille (dir.), *Traduire les droits*, L3, 2012, p. 15 ; Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », préc., p. 19 : pour l'auteur ce passage est franchi avec l'avènement des Tang, au moment où « la systématisation des lois l'a définitivement emporté sur la créativité de la « jurisprudence » antique. L'apparente immobilité du droit chinois s'explique par la précocité d'une mutation qui ressemble par certains traits à celle qu'ont connue nos XVIIIème et XIXème siècles ».

⁴⁴⁵ Jérôme Bourgon, « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », préc., p. 138 : « il y a dans cette partie capitale (dénominations et règles) un principe d'ordre qui permet de rattacher les uns aux autres et de faire fonctionner les articles disséminés dans les diverses parties du code, en les mettant en relation avec la réalité inépuisable des cas d'espèce ».

⁴⁴⁶ Également magistrat en attente de nomination, il contribue à la réédition en 1830 du *Guide pratique de droit pénal* initialement publié par Shen Xintian, conseiller technique en droit en 1740 : Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., p. 106.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 124 : la suite de ce témoignage fait référence à l'enthousiasme des magistrats devant la présentation d'une compilation du Code pénal sous forme de tableaux qui permet « de voir les choses aussi clairement que dans la paume de la main ».

⁴⁴⁸ *Infra* n°87.

tension entre d'un côté, la volonté de régner selon la loi et, d'un autre côté, les difficultés de sa particularisation à chaque situation⁴⁴⁹. En Chine, cette opposition fait référence à la distinction entre gouvernement par la loi⁴⁵⁰ (法治) et gouvernement par l'homme (人治) qui était déjà exposée dès le XII^e siècle, par le juriste Zhang Lei (1054-1114) :

« Mais si l'on ne veut connaître que [le texte de] la loi, les situations particulières qui surviennent ici-bas ne risquent-elles pas d'être traitées de manière injuste par [l'application littérale de] la loi, et ne va-t-on pas en manquer la réalité (wang yu fa, er shi qu shi yu) ? C'est ainsi qu'au temps des anciens souverains, le pouvoir d'évaluation était entièrement dans les mains des hommes, sans que l'on s'en remettre à une loi ; ainsi, on faisait émaner la loi de l'homme, et non l'inverse (shi fa chu yu ren, er bu shi ren chu yu fa)⁴⁵¹ ».

73. Des difficultés liées à une conception totalisante de la loi. Au moins en cours de la dernière dynastie chinoise, le juge est dans l'obligation de citer la loi dans sa décision de justice suivant le principe de légalité des délits et des peines. En cas de difficulté d'application, il rend sa décision selon le fameux « esprit du code⁴⁵² » ce qui lui permet de recourir aux canons confucéens en cas de vide juridique ou par souci de justesse de la décision. En outre, le code contient également des articles qui se distinguent par leur degré d'indétermination : par exemple, un article permet de sanctionner un acte « que l'on ne doit pas commettre » (不应为) sans que l'acte soit

⁴⁴⁹ Une problématique qui, à l'évidence, est commune au droit codifié. En France, c'est la jurisprudence qui a permis l'actualisation du Code car contrairement aux codificateurs chinois, les rédacteurs de du Code civil « ne croyaient point avoir légiféré pour l'éternité », Adhémar Esmein, « L'originalité du Code civil », In *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 19. L'auteur appuie son propos sur une partie du *Discours préliminaire* (p. 19) : « Comment, disaient-ils, enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? [...] Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent se présenter au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ».

⁴⁵⁰ Si la distinction entre gouvernement par l'homme et gouvernement par la loi n'est plus d'actualité en Chine depuis la fin de l'époque maoïste, elle a laissé la place à celle entre le gouvernement par la loi (法治) et système juridique (法制) qui se prononce chacun *fazhi*.

⁴⁵¹ Cité par Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 80.

⁴⁵² Pour reprendre les propos de Jean-Guillaume Locré concernant la recherche de l'esprit du Code civil, « L'intelligence de la lettre ne suffit pas [...]. Il faut encore en connaître l'esprit. [...] Mais où prendre des notions certaines sur [...] l'esprit de la loi ? Ce ne sera pas dans la lettre...[qui n'énonce] que des commandements sans en expliquer le motif », cité par Jean-François Niort, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, Puf d'Aix-Marseille, t. 1, 2004, p. 31.

précisément incriminé. Consacré dans le *Code Tang*⁴⁵³ dont a hérité ensuite le *Code des Qing*, cet article s'applique sous deux conditions : lorsqu'aucun article de loi ne trouve à s'appliquer et lorsque la « *raison* »⁴⁵⁴ ne peut le permettre » (理不可以)⁴⁵⁵. En dépit de ce genre d'articles imprécis, l'agencement des codes chinois se démarque par leur conception totalisante, au détriment, toutefois, du développement d'une méthode de catégorisation conceptuelle strictement juridique⁴⁵⁶. La nécessité attribuée au code de couvrir l'ensemble des actes de nature à troubler l'ordre social – sans modifier les lois-étalons –, combinée à sa nécessaire adaptation aux évolutions sociales, a conduit au développement d'une législation plus concrète et plus précise au détriment de la consolidation d'une « jurisprudence conceptuelle⁴⁵⁷ ».

B. La tension entre généralité du texte et particularité des faits.

74. La question commune à tous les pays dotés d'une tradition de droit codifié est de savoir comment adapter un code de lois écrites aux changements perpétuels de l'activité humaine. À cette problématique, le système français contemporain a opté pour la codification à droit constant qui permet de résister, pour l'instant, aux pressions d'un modèle anglo-saxon connu pour sa rapidité d'adaptation aux évolutions sociales. En Chine, bien qu'un double plan de réforme ait été imposé dès 1746 pour assurer l'actualisation du code, l'absence de cohérence entre les lois-étalons et les articles complémentaires a conduit à dénaturer les premières (1). Ces articles complémentaires proviennent, pour la plupart, d'affaires résolues par le

⁴⁵³ « 诸不应得为而为之者，笞四十 "谓律、令无条，理不可为者". 事理重者，杖八十 », *Tang li Shuyi*, art. 450, cité dans Yue Chunzi (岳纯子), « On the Statute of "Doing what Ought Not to Be Done" in the Tang Criminal Code » (« 论 "唐律" "不应得为" 条 »), *Journal de l'université de l'union de Pékin* (éd. shs), vol. 13, n°4, oct. 2015, p. 103.

⁴⁵⁴ Entendu ici comme l'esprit du code.

⁴⁵⁵ Chen Yu (陈煜), « Discussion sur les "articles incertains" du Grand Code des Qing » (« 论《大清律例》中的“不确定条款” »), *Revue de droit pénal de Chine*, (中国刑事杂志), n°11, 2011, disponible en accès libre à l'adresse suivante : <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=67984> [dernière consultation le 10 octobre 2017]. La peine applicable, reprise dans le *Grand Code des Qing* est de quarante coups de bambous pour les actes les moins graves, et quatre-vingt coups pour les plus graves.

⁴⁵⁶ Robert Marsh, préc., p. 297 : le code n'a jamais conçu de grande catégorie comme celle de contrat, de propriété privée ...

⁴⁵⁷ *Ibid.* Encore que l'on trouve des juristes, travaillant comme bureaucrates attachés aux services centraux, qui s'occupent de déduire les lois générales à partir des cas d'espèce communiqués par les juridictions locales. V. Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire », *In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.) op.cit.*, p. 180.

raisonnement analogique, ce qui a conduit certains auteurs à voir, dans le système impérial, un embryon de *case law* (2).

1. La prolifération des *Li* (例).

75. La réponse aux problèmes de particularisation des lois. Le *Grand Code Qing* de 1740 (大清律例, *Da Qing Lü li*⁴⁵⁸) contient, outre des lois-étalons (*lü*), des articles dits complémentaires⁴⁵⁹, les *Li* (例). Ces règles additionnelles ont pour origine la technique de l'analogie (比) qui a été développée par les juges sous les dynasties pré-Qin en cas de silence de la loi⁴⁶⁰ puis reprise par les dynasties ultérieures⁴⁶¹. Sous les Ming, les *Li* (例) font référence à des jugements rendus par le Bureau des Peines et approuvés par édit impérial pour être intégrés dans le code⁴⁶². Ils sont utilisés par les services administratifs pour désigner des exemples et des modèles issus de la pratique⁴⁶³ et sont utilisés en complément des lois-étalons⁴⁶⁴.

Dans la dernière dynastie chinoise, ces articles additifs consacrent des édits impériaux (皇帝谕旨), des propositions du ministère (大臣建议), les approbations directes de l'empereur (批准) et indirectes (奏准) qui viennent compléter un article de loi⁴⁶⁵. Contrairement aux lois-étalons qui portent essentiellement sur les questions générales de sécurité étatique, d'ordre social, de stabilisation politique et qui relèvent

⁴⁵⁸ Sa traduction exacte, formulée par Jérôme Bourgon est celle de « Lois-étalons et articles additifs des grands Qing ». Par souci de commodité, nous retenons la traduction française plus simple de *Grand Code des Qing* ou de *Code des Qing* en référence celle de William C. Jones qui a traduit au XVIII^e siècle, en anglais, le *Da Qing Lüli* par *The great Qing code*, avec l'aide de Tianguan Cheng et Yonglin Jiang (Oxford University Press, 1994). L'auteur anglais, à la fois juriste, poète, classiciste et en poste à la Compagnie des Indes orientales, est d'ailleurs considéré comme un des précurseurs de l'orientalisme : Edward W. Said, *op.cit.*, pp. 95-96.

⁴⁵⁹ Ou additionnels : par ex., Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., p. 130.

⁴⁶⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 378 ; Wang Zhiqiang, « Case precedent in Qing China : Rethinking Traditional Case Law », 19 *Colum. J. Asian L.*, 2005-2006, pp. 323-324 : l'exemple du recours à l'analogie dans une décision de justice le plus ancien et non discuté date de 197 avant notre ère.

⁴⁶¹ *Ibid.* Les noms des précédents diffèrent cependant selon les dynasties.

⁴⁶² Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 386 : il est rapporté que l'empereur Xiaozong de la dynastie Ming a fait ériger 297 articles additionnels en lois générales. Celles-ci ont ensuite été intégrées dans le processus de codification qui a donné lieu au *Grand Code des Ming* et auquel 44 articles de même nature ont ensuite été ajoutés.

⁴⁶³ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 86.

⁴⁶⁴ En raison de l'interdiction de modifier les lois-étalons. Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 388.

⁴⁶⁵ Zhang Weiren, préc., p.8.

de la matière pénale⁴⁶⁶, ces règles complémentaires ont un contenu très concret : elles permettent la particularisation de la loi dans les situations les plus complexes et qui, dans l'esprit des législateurs Chinois, exigent un traitement séparé⁴⁶⁷. D'origine « jurisprudentielle », ces règles se rapportent à des « affaires circonstanciées⁴⁶⁸ ».

Les règles additionnelles ont été utilisées dans les décisions de justice d'abord comme argument au soutien d'une décision, puis comme référence juridique. Sous les Tang, en dépit de la restriction du pouvoir d'interprétation judiciaire des lois, les affaires similaires sont encore citées dans les décisions de justice comme critères de jugement en cas de silence de la loi⁴⁶⁹. Toutefois, c'est véritablement à partir de l'intégration des règles additionnelles au sein du code (en 1585, sous les Ming) que le changement s'opère⁴⁷⁰. À cette époque le code intègre également les commentaires de lois et, pour reprendre l'exemple donné par Jérôme Bourgon, chaque article s'articule de la sorte :

< *Loi-étalon XXXX* >

< *Extraits de commentaires* > (*explication du sens de l'article, aspect formel des dénominations pénales + articulation entre article permettant les citations comparatives*)

< *Les Li (règle annexe)* > : *exemple d'application des lois-étalons*⁴⁷¹.

Dans la pratique judiciaire des Ming, l'application des *Li* prédomine sur celle des *lü*⁴⁷² ; en outre, leur code prévoit le principe de non-rétroactivité des articles complémentaires, sauf si ledit article est plus clément⁴⁷³.

76. La codification des règles complémentaires. Aux antipodes de l'analyse wébérienne du droit chinois⁴⁷⁴, certains auteurs estiment que la dynastie Qing

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Robert Marsh, préc., p. 287 : contrairement aux *lü* qui incarnent ainsi des principes pénaux, administratifs et moraux et qui ne peuvent être changés.

⁴⁶⁸ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 78.

⁴⁶⁹ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., pp. 383-384.

⁴⁷⁰ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 87.

⁴⁷¹ *Idem*, p. 93.

⁴⁷² Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., p. 386.

⁴⁷³ Du fait de l'interdiction de modifier les *lü* on comprend aisément que les dispositions en matière d'application d'une loi nouvelle traitent exclusivement des articles complémentaires et non des *lü*.

⁴⁷⁴ V. Par exemple, la conclusion de Max Weber à la fin de son chapitre portant sur « les bases sociologiques : auto-administration, droit et capitalisme », *Confucianisme et Taoïsme*, op.cit., pp. 112-160, not. p. 160 : « le capitalisme moderne d'entreprise, dont le lieu de naissance spécifique en

correspond à l'une des périodes de l'histoire du droit chinois qui a le plus tenté de systématiser son droit⁴⁷⁵. Ainsi, dès 1742 est créé un Office de la codification⁴⁷⁶ (*lüliguan*, 律例馆) rattaché au Bureau des Peines. Considéré comme l'organe législatif le plus important de la dynastie, il est chargé de sélectionner parmi les décisions de justice et les édits impériaux celles et ceux qui méritent d'être érigés au rang de loi⁴⁷⁷. Dans le même esprit, des plans de réformes triennaux et décennaux sont mis en place⁴⁷⁸. Les *Li* codifiés sont passés du statut de règles annexes à celui de lois additionnelles⁴⁷⁹ et deviennent de potentiels visas de jugement. En dépit de ces précautions, la Chine a connu une véritable inflation normative et le code s'est retrouvé noyé sous un nombre croissant de règles additionnelles⁴⁸⁰. Les lois-étalons n'ont subi qu'une seule réforme en 1725⁴⁸¹, diminuant leur nombre de 459 à 436. La mise à jour du code a donc été réalisée par l'inscription de nouveaux articles complémentaires à la suite des lois générales. À l'époque du premier empereur des

Occident fut l'industrie (*Gewerbe*), avait été entravé [en Chine] non seulement par l'absence d'un droit garanti formellement, d'une administration et d'une justice rationnelles, ainsi que par les effets du système des prébendes, mais aussi par l'absence de certains fondements relevant des dispositions d'esprit ».

⁴⁷⁵ Robert Marsch, préc., p. 297.

⁴⁷⁶ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 94 ; Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 391.

⁴⁷⁷ Robert Marsch, préc., p. 289 ; Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 390 : la fonction était d'assurer la mise à jour et l'harmonisation des règles additives avec les règles pénales ; Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire », *In* Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 185 : l'auteur fait un parallèle aussi avec la consolidation des assises d'automne dont la tenue impliquait un « énorme processus de révision systématique qui occupait durant cinq mois les instances locales et provinciales » ; V. Aussi, Jérôme Bourgon, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », préc., pp. 36-37 : la cérémonie ritualisée des assises d'automne durait une journée pendant laquelle des milliers de sentences capitales étaient réexaminées pour être soit confirmées, soit renvoyées à surseoir, soit encore commuées ou totalement graciées.

⁴⁷⁸ En 1746 (soit la 11^{ème} année du règne de Qianlong), l'empereur a décrété que le Code serait soumis à une « *petite révision* » tous les cinq ans et à une « *grosse révision* » tous les dix ans. Ce plan de réforme a finalement été abandonné en 1840 (9^{ème} année du règne Tongzhi). Chen Xinyu (陈新宇), Chen Yu (陈煜) *et al.*, *The Legal history in Modern China* (中国近代法律史进义), Beijing : Jiuzhoupress, 2016, p. 12 : les lois-étalons du Code (*lü*) en tant que droit commun (为常法), établi depuis l'an 5 du règne de Qianlong (1740) n'ont pas évolué, les *Li* (articles additifs), en tant que droit spécial (为特别法), ont complété et réformé le Code.

⁴⁷⁹ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 94.

⁴⁸⁰ C'est d'ailleurs une des raisons des difficultés que rencontraient les magistrats dans l'utilisation des Codes ; V. Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 76, qui cite la pensée du père du juriste en question (traduction de l'auteur) : « On ne peut modifier les anciennes lois-étalons (*jiu lü*), il n'y a pas lieu de multiplier les nouveaux articles additifs (*xin Li*). Celles parmi les anciennes lois-étalons qui ont déjà fait l'objet de modifications, il convient de les conserver ; ceux des nouveaux articles additifs qui ne s'harmonisent pas [avec les lois-étalons] (*wei xue*), il convient de les supprimer ».

⁴⁸¹ Robert Marsch, préc., p. 288.

Qing, 449 articles de cette nature sont rapportés, leur origine provenant de la dynastie précédente. En 1725, leur nombre monte à 824⁴⁸² et marque un changement irréversible de la législation chinoise⁴⁸³. En 1740, 1049 règles de cette nature sont dénombrées ; 1456 en 1761, pour atteindre, finalement, la somme de 1892 en 1870⁴⁸⁴. Pour l'historien Jérôme Bourgon, un des problèmes lancinants du droit chinois réside justement dans « le rapport changeant entre un code de lois-étalons [...] réputées fixes – les *lü* – et les règles ou articles additifs [additionnels] qu'il fallut leur annexer pour les adapter aux réalités locales – les *Li*⁴⁸⁵ ». Selon lui, l'élévation de ces règles additionnelles au rang de lois a conduit à créer une « place vacante à l'étage inférieur de l'échafaudage jurisprudentiel⁴⁸⁶ ». Ce vide a été comblé par des « *cheng'an* » (ou *chengli*) qui sont des affaires judiciaires homologuées par les services administratifs pour guider l'activité judiciaire. Plus précisément, l'erreur du légiste chinois aurait été d'avoir intégré des règles administratico-judiciaires au sein du code qui ont été, ensuite, érigées au rang de loi. Cette particularité qui ne se manifeste pas (encore) dans le système français a été formulée par l'auteur précité :

« L'originalité et la gravité de la dérive chinoise, c'est d'avoir introduit la prolifération réglementaire au sein du code pénal et d'avoir corrélativement levé tous les obstacles qui auraient pu en contrarier les effets, à commencer par la formation de véritables spécialistes jouissant d'un statut officiel⁴⁸⁷. [...] Des systèmes codifiés comme le nôtre [français] ont choisi la solution inverse : notre code pénal contient bien en annexe un certain nombre de dispositions réglementaires, mais, pour l'essentiel, c'est dans les nouveaux textes administratifs qui se multiplient indépendamment du code qu'on trouve un certain nombre de dispositions pénales d'application quasi automatique. Au lieu d'une irruption du règlement au sein du code pénal, on assiste plutôt à un épanchement de sanctions pénales dans des textes réglementaires, infiniment plus nombreux et guère plus cohérents que les *Li* chinois⁴⁸⁸ ».

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 93.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 94 ; Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 284-285.

⁴⁸⁵ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 70.

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 94.

⁴⁸⁷ *Id.*, p. 95.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 94.

2. L'interprétation judiciaire du droit par le raisonnement analogique.

77. Le recours à l'analogie, une forme embryonnaire de précédent ?

L'existence d'une pratique développée de précédent en droit chinois traditionnel est débattue en Chine⁴⁸⁹. Historiquement, la prise en considération d'affaires précédemment jugées dans le prononcé d'une décision serait apparue au troisième siècle avant notre ère, sous la dynastie Qin et le recours à un précédent est attesté en 197 avant notre ère⁴⁹⁰. Il apparaît en tout cas que le jugement d'espèce en Chine a précédé le système codifié⁴⁹¹. La pratique de l'analogie (utilisée comme méthode de raisonnement juridique) a permis par la suite d'élever les décisions de justice au rang d'articles additifs et a induit le développement d'un bon nombre de recueils d'affaires judiciaires. Cette pratique est toutefois fortement encadrée et revêt un caractère supplétif : dans la résolution d'une affaire, le magistrat peut recourir à une décision judiciaire dont les faits sont analogues à ceux qui lui sont soumis à condition qu'aucun texte de loi (un *lü* ou un *Li*) ne s'applique à la situation litigieuse⁴⁹². Le raisonnement analogique a été, selon Wang Zhiqian, un véritable outil méthodologique mis à la disposition des juges chinois et à partir duquel ces derniers ont construit la cohérence de leur décision. Cet auteur cite ainsi plusieurs affaires résolues sur la base d'une analogie. Dans un premier exemple, un individu, Pan Wupi, se rend volontairement aux autorités pour avoir été à la fois guetteur et complice dans des actes de piraterie⁴⁹³. Si la loi-étalon (*lü*) prévoit la peine capitale par décapitation suivie de l'exposition de la tête sur la place publique pour avoir été guetteur, elle n'indique pas les conséquences de sa remise spontanée aux autorités. En l'espèce, le Bureau des Peines s'est basé sur une décision de 1815 qui avait allégé, sur la base

⁴⁸⁹ Wang Zhiqian, préc., pp. 323-344 : l'auteur discute de l'existence de « *case law* » en droit chinois impérial, ce qui nous semble quelque peu exagéré. L'expression « *case law* » est également utilisée par Zhang Jinfan pour discuter de l'existence des précédents.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 324 ; pour une analyse mathématique du raisonnement par l'analogie en Chine (ou argumentation par l'exemple), Alexei K. Volkov, « Analogical Reasoning in Ancient China : some examples », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°14, 1992, pp. 15-48 ; l'analogie n'est pas vraiment dissociable de l'intérêt que portent les Chinois à l'exemple et que l'on retrouve beaucoup dans la littérature, la philosophie...

⁴⁹¹ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 80 : le système chinois était basé dans l'âge antique sur le jugement d'espèce qui a précédé le système légal codifié. La transition est intervenue entre le III^e et IV^e siècle.

⁴⁹² Robert Marsh, préc., pp. 291-292, l'auteur s'appuie sur l'article 44 du *Grand Code des Qing*. Il précise également qu'une affaire jugée par analogie doit faire l'objet d'un contrôle automatique par les instances judiciaires de Beijing.

⁴⁹³ Wang Zhiqian, préc., p. 335, affaire de 1824.

d'un article additif (*Li*), la peine d'un condamné pour complicité de piraterie, pour commuer la peine capitale à Pan Wupi en peine d'exil.

78. La comparaison dans la détermination des peines. Contrairement au syllogisme judiciaire qui implique une méthode de raisonnement verticale, un des usages de l'analogie conduit à la comparaison horizontale de situations plus ou moins similaires. En outre, le droit chinois se caractérise par son extrême précision des circonstances de l'acte incriminé (comme la nature de l'arme utilisée, le comportement de la victime ou les relations de parenté entre la victime et l'accusé⁴⁹⁴) pour déterminer la gravité, au cas par cas, de la peine applicable. Par exemple, dans deux affaires similaires d'homicide orchestré à la demande d'un parent, la peine appliquée est plus légère si le parent donneur d'ordre est le père et non l'oncle de l'accusé⁴⁹⁵. Il est évident que le principe de légalité des délits et des peines se trouve fortement assoupli par le recours à l'analogie qui permet ainsi de juger un acte dont les circonstances ne sont pas littéralement prévues par la loi. Toutefois, dans un tel cas, l'arbitraire de la décision est encadré par l'effort de rationalisation empirique puisque le degré de gravité de l'acte nouvellement incriminé est déduit de sa confrontation casuistique avec des faits condamnés dans des décisions antérieures⁴⁹⁶.

79. Une jurisprudence « bureaucratifiée » . Selon Wang Zhiqian, le raisonnement par la casuistique n'a pas empêché certains magistrats d'aller au-delà de la simple comparaison pour en déduire des principes plus généraux, ce qui se rapproche dès lors et dans une certaine mesure de la jurisprudence française. Il cite notamment une série d'affaires, dont la dernière date de 1818, relatives à des

⁴⁹⁴ Zhang Weiren, préc., p. 9 ; Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », *op.cit.*, p. 17 : « Le droit impérial étant essentiellement pénal, la question du meurtre sous toutes ses formes y occupe une place centrale et donne lieu à une réflexion juridique poussée accordant aux individus une valeur différente selon la place qui leur est attribuée dans l'édifice social et dans la parenté. Toutes les lois reposent en outre sur une approche du corps physique et social modelée par le ritualisme confucéen et par la loi de la causalité bouddhique qui relie de la manière la plus étroite l'acte et sa conséquence (littéralement : le "fruit" *guo*) ».

⁴⁹⁵ Wang Zhiqian, préc., pp. 335-336.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 336. Par exemple, le principe du *qingzhong xianming* commande l'applicabilité d'une peine au moins aussi sévère lorsqu'un individu commet un acte dont la gravité est supérieure à celle d'un acte déjà condamné dans une affaire antérieure. Wang Zhiqian cite notamment une affaire de 1804 dans laquelle un individu essaye de faire chanter un autre individu en portant plainte contre lui, lequel se suicide. Dans cette affaire, les juges se sont appuyés sur deux cas jugés en 1792 et 1800 concernant des faits similaires (suicide de la victime) mais sans recours au chantage à proprement parler. Le Bureau des Peines censure la recommandation du *Yamen* local (qui demandait une peine plus légère) au motif que les faits de 1804 sont plus graves que ceux jugés dans les précédentes affaires similaires.

individus qui aident une personne à mettre fin à ses jours. Dans ces affaires, la victime et le prévenu sont soit des époux soit des étrangers. Si les juges se tiennent à une interprétation restrictive, ils devraient, selon l'auteur précité, apprécier au cas par cas en fonction du degré de parenté existant ; au contraire, il apparaît que le Bureau des Peines a décidé d'établir une règle générale applicable dans les situations d'assistance au suicide selon laquelle « l'accusé doit être traité comme complice à la préparation d'un suicide présumé, à condition que des preuves suffisantes faisant état de la volonté de la victime de commettre un suicide soient disponibles⁴⁹⁷ ».

Les affaires résolues par le recours à des « précédents » ont fait l'objet d'un contrôle obligatoire⁴⁹⁸ par le Bureau des Peines qui peut décider de l'ériger en circulaire⁴⁹⁹, donnant lieu à un *Cheng'an*⁵⁰⁰. En outre, sous les Qing, et notamment sous le règne de l'empereur Daoguang⁵⁰¹ (1821-1850), la pratique du précédent – peut-on la rapprocher de la jurisprudence au sens contemporain du terme ? – est attestée par l'existence d'une quarantaine de compilations d'affaires pénales, jugées au niveau central (par le Bureau des Peines⁵⁰²) et de plusieurs collections d'affaires jugées au niveau provincial, enrichie de rapports officiels et de règlementations locales⁵⁰³. Les affaires sont sélectionnées dans des sources diverses, allant de documents officiels des provinces aux rapports provinciaux publiés dans la *Gazette de Pékin*⁵⁰⁴ et expliquent le raisonnement suivi par les juges pour arriver à leur décision. Dans un exemple de 1826, cité par Françoise Lauwaert et par Wang Zhiqian et portant sur la qualification ou non d'« homicide par imprudence⁵⁰⁵ » (*xisha*) la motivation de

⁴⁹⁷ Wang Zhiqian, préc., p. 334.

⁴⁹⁸ Robert Marsch, préc., p. 292.

⁴⁹⁹ Wang Zhiqian, préc., p. 337.

⁵⁰⁰ Robert Marsh, préc., p. 292. Le terme *Cheng'an* désigne des affaires où aucune loi ni article additif (*li* ou *Li*) ne trouve à s'appliquer et qui doit donc être décidées par analogie ; pour M. Bourgon, les *cheng'an* désignent des « décisions particulières [qui] sont susceptibles d'être transformées en articles annexes par le *Lili guan* lors des révisions périodiques », Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 186 ; littéralement l'expression se traduit par « affaire conclue ».

⁵⁰¹ Wang Zhiqian, préc., p. 326 : La première grande période de compilation des précédents date du règne de l'empereur Qianlong (1736-1796) et « l'âge d'or » de la publication des affaires judiciaires correspond au règne de Daoguang (1821-1850) où fut publié notamment « l'aperçu général des affaires pénales » (*conspectus of penal cases*) en soixante volumes. Les compilations étaient officielles ou privées. Après 1743, le recours à l'analogie par les magistrats est fondé sur les précédents qui sont compilés.

⁵⁰² *Idem*, p. 325 et s.

⁵⁰³ *Id.*, p. 333.

⁵⁰⁴ *Id.*, p. 334.

⁵⁰⁵ Selon la traduction de Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », *op.cit.*, pp. 17-23 ; Wang Zhiqian (préc., p. 339) use quant à lui de la traduction plus littérale de « tuer en jouant » (*killing in a game*).

la décision consiste en un vif débat entre le Bureau des Peines (ministère de la justice), le gouverneur et le bureau provincial (du Jiangsu). Outre le contenu des échanges, les paroles véhiculées sont exclusivement celles des fonctionnaires. L'absence de procédure contradictoire, introduite en Chine contemporaine seulement au cours de la dernière décennie, est flagrante. Le cadre analytique de la décision repose sur un dialogue entre les fonctionnaires de différents organes et différents échelons, considérés comme les seuls à avoir une connaissance du droit⁵⁰⁶.

Toutefois, en raison du traitement administratif accordé à ces « précédents » qui permettent de leur conférer une certaine autorité, ils ne peuvent être qualifiés de judiciaires :

« [Son] mode de formalisation [...] portait la marque indélébile de son origine administrative. Ce n'était pas tant un cas concret, un précédent consacré dans un manuel destiné à un juge de chair et de sang pour qu'il prononce une sentence face à des justiciables, qu'un "dossier X", consigné dans les archives de telle sorte que le bureau chargé de superviser les jugements puisse s'en inspirer pour valider un cas semblable⁵⁰⁷ ».

En même temps, comment distinguer une pratique de *précédent* dans un pays qui n'a jamais conçu la justice et la pratique judiciaire comme des activités *indépendantes* des activités administratives de l'État ? L'organisation politique de la Chine impériale, qui repose sur la concentration du pouvoir dans les mains du monarque (ce dernier détient le dernier mot quant au prononcé des peines capitales, symbole de ce pouvoir) a constitué, indéniablement, un obstacle à la consécration de précédents, voire au simple développement d'une jurisprudence (au sens contemporain du terme). Et cet encadrement du pouvoir judiciaire où la justice est conçue comme institution parmi d'autres est toujours d'actualité⁵⁰⁸. Enfin, comment ne pas voir une certaine ressemblance entre les fameux *Cheng'an* (précédents sous forme de circulaire) et les nouveaux cas directeurs⁵⁰⁹ issus par la Cour Populaire Suprême de Pékin ? De la même manière, il n'y a qu'un pas à franchir pour constater

⁵⁰⁶ Wang Zhiqian, préc., p. 343.

⁵⁰⁷ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 87.

⁵⁰⁸ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, op.cit., pp. 84-85 : « La conscience tardive de la nécessité de sa réforme [de la justice] a cédé la place à une planification quinquennale calquée sur les politiques publiques. Ainsi, dès l'origine, la réforme judiciaire a été conçue essentiellement comme un problème technique, un défi pour les technocrates, et non comme une source de valeurs à débattre en société ».

⁵⁰⁹ *Infra* n°219.

des similitudes entre les articles complémentaires, issus pour certains d'affaires judiciaires et intégrés dans le code pour préciser le sens d'une loi-étalon, et les interprétations contemporaines de la Cour Populaire Suprême ou du Procureur Populaire Suprême qui, bien que n'ayant pas un statut égal à la loi, sont adoptées pour venir préciser et compléter les dispositions adoptées par le législateur chinois⁵¹⁰. Si ce rapport des pouvoirs normatifs à l'administration chinoise est un des points les plus commentés du système politico-juridique, il n'en reste pas moins une « caractéristique chinoise » que l'on retrouve dans le système contemporain. Il serait toutefois regrettable de s'arrêter à l'analyse des rapports formels : en effet, il apparaît qu'une dynamique moins officielle – sans nécessairement être *contra legem* – de réglementation s'est développée au niveau des localités dans l'ancien droit chinois. Et cette dynamique, qui repose sur les ordres normatifs relativement spontanés, participe directement à la stabilité de l'ordre juridique tout entier.

§2. *La logique complémentaire des forces sociales dans le maintien du système juridique.*

80. L'expression « forces sociales » désigne les différents acteurs qui concourent à la mise en œuvre du système juridique, à commencer par le système légal. D'un côté, on retrouve les spécialistes officiels du droit, chargés d'interpréter les textes de lois et dont la marge de manœuvre oscille au fil des siècles selon la valeur attribuée au code. Ils doivent rechercher la cohérence des corpus de textes en se situant plutôt en amont de la mise en œuvre du droit contrairement aux spécialistes privés du droit qui officient dans l'ombre, aux côtés des juges (A). Cette dualité entre juristes publics et juristes officieux⁵¹¹ forme une dynamique collaborative que l'on retrouve également aux niveaux de l'administration et de l'exécution du droit. Dans les zones rurales essentiellement, cette dynamique repose sur la coexistence de deux ordres normatifs dont la complémentarité est, sans aucun doute, un des facteurs primordiaux de la longévité du système juridique chinois jusqu'à la veille de la période de grande réforme républicaine (B).

⁵¹⁰ *Infra* n°211 et s.

⁵¹¹ Qui participent au courant de « l'école privée d'interprétation » (私家解释).

A. La spécialisation juridique, une réponse au bureaucratisme juridique ?

81. En Chine, l'idée d'un droit qui se serait développé sans réel penseur a longtemps prédominé⁵¹². L'insistance des sinologues à opposer le ritualisme typique de la pensée chinoise à des normes rationnellement élaborées a conduit ces derniers à privilégier l'étude de l'activité judiciaire au détriment de celle des penseurs du droit⁵¹³, « d'où la vision d'un droit sans juriste ni science juridique, qui se serait limité à l'application d'un règlement disciplinaire par des bureaucrates exclusivement soucieux de surveiller et punir⁵¹⁴ ». Il est évidemment douteux qu'un système de droit codifié puisse être maintenu pendant une si longue période sans penseur derrière. En outre, à l'instar des exégètes français au lendemain de la révolution française, l'étude du code par les penseurs chinois a conduit au développement d'une véritable science du droit (1). Ces derniers sont accompagnés, au moins dans la dernière dynastie chinoise, par un corps de juristes relativement indépendant – bien qu'officieux – qui siègent aux côtés des magistrats : les *muyou* (2).

1. De la science du code à la science du droit : l'art des juristes publics.

82. La promotion par l'État des penseurs du droit. En Chine, l'interprétation des règles de droit a été, pendant la période impériale, majoritairement conduite sous l'autorité de l'État⁵¹⁵. Les juristes de l'École – ou le courant, l'art, la science – du « *Lü Xue* » (律学 *lǜxue*, litt. la science/ l'étude du droit) ont une fonction explicative (expliquer le contenu des lois, dégager les principes législatifs de la nation) et analytique (mettre en avant les avancées et échecs de l'évolution d'une législation, éclairer la relation entre la loi (*li*) et le « précédent » ou le commentaire annexe (*Li*)).

⁵¹² Cette idée a été formulée très clairement par Max Weber qui déplore l'absence d'une communauté de juristes en Chine, conduisant à confondre droit et bureaucratie ; sur les problèmes de délimitations juridiques du point de vue d'un historien, V. Jean-Louis Halpérin, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, 2012/2, n°81, pp. 403-423 ; Jérôme Bourgon, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », préc., p. 32. L'auteur rejette également la formule suivante du sinologue Michel Granet caractérisant la pensée chinoise « Ni Dieu, ni loi ».

⁵¹³ Jérôme Bourgon, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », préc., p. 32.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Les explications qui suivent reprennent le point de vue de l'auteur Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., pp. 297-329, « Unified Interpretation of Law and Unparalleled Flourishing of "Lv Xue" ».

Le contrôle de l'État sur le développement de la science du droit s'explique par sa volonté à unifier l'empire : il n'est donc pas étonnant, à ce titre, que l'étude de la loi (*lü xue*) ait été impulsée dès l'époque des Royaumes Combattants par le stratège Shang Yang⁵¹⁶. En effet, c'est en exigeant que les lois deviennent publiques que le stratège chinois rend possible le développement de la connaissance juridique, mais de manière très encadrée. Sous couvert des adages « *Yi Fa Wei Jiao* » (以法为教 « regarder les lois et les décrets comme le principal contenu de l'enseignement ») et de « *Yi Li Wei Sun*⁵¹⁷ » (以吏为师, « considérer les fonctionnaires comme des professeurs »), l'interprétation du droit chinois reste le fait des fonctionnaires, qui, soumis à l'autorité hiérarchique, ne peuvent aller au-delà du contenu de la loi dans leur analyse⁵¹⁸. Germes d'une pensée positiviste et chinoise du droit ? À cette époque, les fonctionnaires ont l'obligation d'appliquer littéralement la loi, sans tenir compte des circonstances de l'affaire⁵¹⁹.

83. Méthodologie de l'interprétation. Le rejet de l'autoritarisme caractérisé par l'application automatique des peines sous les Qin a conduit à un assouplissement de l'interprétation du droit sous les Han. Du point de vue méthodologique, le recours aux Classiques dans l'interprétation du droit⁵²⁰ a conduit au raisonnement par l'exemple. Plus précisément, l'historien Jérôme Bourgon distingue plusieurs

⁵¹⁶ *Supra* n°36.

⁵¹⁷ Zang Zhifei (藏知非), « Sur l'origine et le changement de la pratique de "considérer les fonctionnaires comme des professeurs" et de "prendre la loi comme contenu de l'enseignement" dans la dynastie Qin » (« 秦“以吏为师，以法为教”的渊源与流变 »), *Journal de l'Institut du Jiangsu*, vol. 40, n°4, 2008, pp. 124-130.

⁵¹⁸ À l'instar des glossateurs occidentaux, leur méthode d'explication sont des commentaires rattachés à la loi qui prennent la forme de « questions / réponses » (法律问答) écrites sur des feuilles en bambous. Certains de ces commentaires ont été extraits de la tombe n°11 de Shuigudi, comté de Yunmeng, Hubei (1975). Les questions sont posées par les fonctionnaires à leurs supérieurs hiérarchiques et portent sur l'interprétation de concepts juridiques, la confirmation des accusations criminelles et la confirmation des peines. Exemple repris de Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 299 : Exemple 1 : demande d'éclaircissement d'un concept juridique.

« "Bu zhai" signifie une condamnation intentionnellement inappropriée est expliquée de cette manière : "le fait de donner une peine sévère alors que la peine légère doit être prononcée, et inversement" ».

Exemple 2 [doute sur l'accusation] (p. 300)

« Si A est condamné à la peine Qing (ou Mo : tatouage du visage) et à celle de travaux forcés dans la construction des murs de la ville pour avoir faussement accusé B d'offrir des pots-de-vin, est-ce que la famille de A, ses biens et les membres les plus âgés doivent être considérés comme impliqués ? Réponse : Non ».

⁵¹⁹ Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », préc., p. 10

⁵²⁰ Introduit par Dong Zhongshu, considéré comme le « parrain du jugement selon l'intention et les circonstances » (*Ibid.*).

techniques ou styles utilisés par les commentateurs. L'exemple normatif – qu'il distingue de l'analogie ou de la métaphore en ce qu'il est, justement normatif – renvoie au procédé d'équiparation, qui consiste à « appliquer la substance d'une chose à une autre⁵²¹ ». Il cite, comme exemple, le développement de l'institution de la filiation adoptive, originellement interdite par le droit chinois (en raison des règles strictes du culte des ancêtres) mais créée à la suite d'une affaire difficile à résoudre. La question à laquelle les commentateurs et juges doivent répondre est de savoir si un père peut être dispensé de peine car il a accordé l'exil à son enfant adoptif, auteur d'un homicide. La réponse de Dong Zhongshu peut paraître étonnante à première vue puisqu'il s'appuie sur une citation du Livre des Odes, « la chenille du mûrier a des petits, la guêpe les emporte sur son dos », pour fonder sa réponse dans le sens d'une dispense de peine. En réalité, explique l'historien précité, l'image de la guêpe qui emporte les larves de la chenille procède d'une erreur ethnologique de l'époque, qui a conduit à croire que les larves se transforment en guêpes. Si l'exemple prête à sourire en raison de son apparente légèreté, il ne faudrait pas en sous-estimer sa portée : les effets d'un tel phénomène naturel ont conduit à concevoir, dans la sphère du droit chinois, l'adoption des enfants de moins de trois ans⁵²² et surtout, ont favorisé la création de l'institution de l'adoption, codifiée dans le *Code des Tang*⁵²³. C'est en ce sens que l'exemple normatif a permis, dans le droit chinois mais aussi dans d'autres droits plus familiers⁵²⁴, de fonder une règle de droit : celle-ci ne provient pas de la simple lettre de la loi ou du Classique étudié, mais de son esprit⁵²⁵.

⁵²¹ *Idem*, p. 15. L'équiparation fait référence au traitement intellectuel qui consiste à considérer deux objets équivalents alors qu'ils ne le sont pas. Ce rapprochement a des conséquences sur l'un des deux sujets qui est alors doté des « particularités » du sujet référant (par exemple, dans l'Ancien Droit, le Roi assimilé à Dieu fait que sa parole est considérée comme une parole divine).

⁵²² Pour une explication plus détaillée nous renvoyons à l'article de Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », préc., pp. 14 et s.

⁵²³ *Id.*, p. 16.

⁵²⁴ *Id.*, p. 15 : l'auteur cite par exemple la fiction du roi qui ne meurt jamais, « l'équiparant au phénix » en droit anglais. L'équiparation se distingue de l'analogie et de la métaphore en ce qu'elle est normative, c'est un « artifice rhétorique dont la vocation est de produire des effets juridiques ». L'exemple donné ici sur l'équiparation entre le fils adoptif et les larves de chenilles, c'est ce que M. Bourgon appelle l'exemple normatif ; V. aussi, la définition de l'analogie : *bifu*, « 比附 » : « l'expression s'emploie lorsqu'aucun article du Code ne s'applique exactement à l'infraction à juger, et qu'on cite alors un autre article jugé proche, ou semblable », disponible à l'adresse suivante <http://lsc.chineselegalculture.org/Glossary/Terms?rp=300> [dernière consultation le 10 octobre 2017].

⁵²⁵ *Id.*, p. 12. Notamment sous la période des Han, « le travail doctrinal consiste à créer le "sens du Classique" en interprétant les dits et les non-dits des notations laconiques, et c'est ce "sens", prétendument conforme à l'intention de Confucius, qui fonde la norme juridique, non la lettre de la loi ou celle du Classique ».

84. Des juristes chinois au service de la cohérence du droit. La dynastie Tang marque une nouvelle orientation de la science du droit : les juristes doivent résoudre les contradictions entre les différentes sources de droit et, surtout, le problème – commun aux systèmes codifiés – du décalage entre des lois rigides et des relations sociales évolutives. Sous l’initiative de l’empereur Yong Hui, des savants du droit se sont réunis pour lui présenter trente volumes comprenant leurs mémoires et commentaires⁵²⁶. L’empereur a décrété leur application à l’ensemble du pays, sous la dénomination du *Tang Lü Shuyi*⁵²⁷ et, « à partir de là, chaque jugement a été rendu en fonction de ces commentaires⁵²⁸ ». Sous les Ming⁵²⁹, l’empereur fondateur de la dynastie, Zhu Yuanzhang⁵³⁰ décrète, pour la première fois de l’histoire chinoise, que les fonctionnaires⁵³¹ doivent lire les lois et en discuter⁵³² et que ces derniers sont également soumis à la loi⁵³³. Le *Grand Code des Ming* est publié au cours de sa trentième année de règne (1397), accompagné toutefois de l’interdiction de nouveaux commentaires. Cette situation ne dure pas puisqu’en 1573, l’insuffisance de la réponse juridique face à la crise sociale de l’époque⁵³⁴ conduit à la prolifération des commentateurs privés et à une interprétation extensive de la loi. C’est ainsi qu’à la fin

⁵²⁶ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., p. 308. Selon le *Livre de l’histoire de la vieille dynastie Tang*, « archive du droit pénal », « dans la troisième année de Yong Hui, l’édit proclamait que "parce qu’il n’y avait pas de commentaire fixe dans la loi, il n’y avait aucune réponse standard à l’examen des lois et réglementations qui est conduit chaque année". Il est ainsi conseillé de convoquer les savants qui connaissent bien les lois pour qu’ils présentent des mémoires avec des commentaires sur les dispositions juridiques, sous la supervision du Zhong Shu Men Xia (organe suprême en charge des affaires d’état en Chine ancienne) ». Pour l’auteur, ces trente volumes sont comparables aux cinquante volumes des *Pandectes* de Justinien.

⁵²⁷ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., p. 309 : le *Code des Tang* est considéré comme le code le plus complet. Il incarne le travail le plus rigoureux des juristes chinois de l’époque impériale, qui ont repris les travaux des juristes précédents auxquels ils ont ajouté leurs propres commentaires.

⁵²⁸ *Idem*, p. 308.

⁵²⁹ *Id.*, pp. 313-315 (pour la période Ming et Qing).

⁵³⁰ 1328-1398, son nom de règne est Hongwu.

⁵³¹ Les fonctionnaires du corps judiciaire, spécialement issus des trois agences judiciaires du niveau central (le ministère de la Justice, le Tribunal de révision judiciaire et le Censorat) sont responsables du traitement judiciaire des affaires.

⁵³² Yanhong Wu, « The Community of Legal Experts in Sixteenth- and Seventeenth-century China », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *Chinese law : knowledge, practice and transformation, 1530s to 1950s*, Brill : Leiden Boston, 2015, pp. 218-219. Dans le *Grand Code des Ming* publié quelques années plus tard, il est énoncé : « À la fin de chaque année, les fonctionnaires doivent être soumis à examen : à la capitale, par le bureau de l’investigation et, en dehors de la capitale, par une enquête des censeurs et des fonctionnaires de la Commission de Surveillance provinciale qui relèvent de leur juridiction ».

⁵³³ Cette obligation s’applique surtout aux fonctionnaires juridiques ; il est ainsi rapporté que lorsque Kong Gongxun fut promu au poste de vice-ministre du Tribunal de révision judiciaire (deuxième moitié du XVe siècle), celui-ci était très mécontent car il considérait ne pas avoir assez de connaissances juridiques et a demandé à retourner à son ancien poste, dans l’administration des foyers des héritiers présomptifs (*household administration of the Heir Apparent*), V. Yanhong Wu, *idem*, p. 216.

⁵³⁴ Complexification des relations économiques, climat de corruption...

de la dynastie, si la majorité des commentateurs sont issus du Ministère de la Justice, la catégorie d'expert du droit émerge au côté des fonctionnaires judiciaires situés notamment aux échelons inférieurs. La connaissance du droit par ces derniers n'étant pas toujours très élevée, ils s'appuient sur les conseils de leurs secrétaires privés pour rendre leur décision⁵³⁵. Cette lacune en connaissance du droit explique également pourquoi les inspecteurs régionaux subventionnent, assez fréquemment, la publication des commentaires au niveau local⁵³⁶. Enfin, c'est surtout au début de la dynastie Qing, que les commentaires prennent une importance grandissante lorsque des auteurs comme Wang Mingde procèdent à une véritable systématisation de la connaissance du droit⁵³⁷. Face à l'insuffisance du texte, l'esprit du code doit en effet prédominer dans la solution d'une affaire⁵³⁸ sans pour autant laisser tout pouvoir d'arbitraire au magistrat. Cette normalisation de l'interprétation a été d'autant plus décisive qu'elle a valeur normative⁵³⁹ puisque les commentaires des juristes sont de nouveau intégrés dans le code. En outre, des affaires ont été recensées dans lesquelles prédomine l'utilisation, par le magistrat, de la compilation officielle sur la loi-étalon en cas de contradiction entre elles⁵⁴⁰.

⁵³⁵ Yanhong Wu, *op.cit.*, p. 219.

⁵³⁶ *Ibid.* Pour des exemples, V. Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc. ; Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 314 : une multitude d'ouvrages a été ainsi publiée, tel que celui de Zhang Cai, « *Lü Tiao Shu Yi* » (commentaires sur les dispositions légales), He Guang, « *Lü Jie Bian Yi* » (annotation des lois et explications des affaires douteuses), Wang Qiao, « *Du Lü Jian Shi* » (Interprétation du droit), Tang Shui « *Fa Zhui* » (Commentaires du droit). Sur la formation professionnelle des magistrats, John R. Watt, *The District Magistrates in late Imperial China*, Columbia University Press, 1972.

⁵³⁷ Ce juriste du XVII^{ème} siècle, auteur du *Dulü Peixi*, s'est attaché à expliquer les Huit Caractères situés au début du *Code des Ming*. Passage du chapitre sur les Huit Caractères de Wang Mingde, repris de la traduction de Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale » préc., pp. 20-21 : « Les lois comprennent huit caractères qui sont placés en tête [du code] [...] car dit-on ils indiquent la "méthode pour lire les lois [...] leur sens sert à relier les tenants et aboutissants" de sorte qu'on puisse accéder du texte [à la signification de] la loi. [...] « Ils doivent être tirés des articles qu'ils associent afin de moduler la peine par comparaison. Ils permettent d'éviter l'arbitraire et les erreurs qui entachent de suspicion les audiences du magistrat [...] ».

⁵³⁸ *Idem*, p. 21 : ce que l'historien précité dénomme la finalité didactique : « il s'agit d'apprendre à lire la loi, en progressant de la lettre vers le sens ; c'est par essence un art de l'interprétation de la loi codifiée, qui tire partie de son économie générale : quelques centaines de lois (502 sous les Tang, 436 à la fin des Qing), définissant un peu plus de trois milles crimes punissables, sont censées couvrir toutes les infractions possibles ». Pour Wang Mingde, le sens des lois est accessible seulement par leur comparaison et leur liaison. Ces huit caractères forment la corde maîtresse de leur interprétation.

⁵³⁹ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 318.

⁵⁴⁰ He Min (何敏), « Interprétation et méthode de l'école privée des Qing » (« 清代私家法释律及其方法 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), n°2, 1992, p. 65. L'auteur cite ici l'affaire d'un fermier qui, avec l'aide de son fils, kidnappe une fille pour la marier à ce dernier. Le gouverneur saisi de l'affaire (*xungfu* 巡抚) doit choisir entre la qualification de mariage illégal (selon le Code) susceptible de la peine de la décapitation et celle de viol (selon le point de vue doctrinal, 辑注) susceptible de la mort

2. *Les secrétaires privés : un droit « derrière le rideau⁵⁴¹ ».*

85. Les assistants du magistrat. L'absence d'un corps de juristes indépendant en Chine impériale a été assez souvent soulignée pour ne pas revenir dessus⁵⁴². La profession d'avocat, en tant que corps distinct, n'existe pas en Chine impériale. À la place, des « experts en astuces, en entourloupe judiciaire⁵⁴³ » vendent leurs services aux justiciables pour les aider à porter leur demande en justice devant le *Yamen*. Ces derniers officient dans l'ombre, à l'instar des conseillers privés des juges qui, quant à eux, excellent en matière juridique. Si le développement de la pensée juridique chinoise a d'abord été le fait des fonctionnaires, il a surtout été l'œuvre, dans la dernière dynastie, des conseillers privés. Appelés *muyou*, ces derniers sont des conseillers techniques rattachés au magistrat du *Yamen*. Leur qualification d'expert vient de ce qu'ils sont maîtres dans l'art des noms et des peines, c'est-à-dire, « l'art de la qualification pénale consistant à déduire la peine d'une confrontation des dépositions et autres pièces de dossier avec les lois codifiées⁵⁴⁴ ». Ainsi, ils assistent de manière officieuse le magistrat – celui-là étant le seul salarié officiel du *Yamen* – en le conseillant sur la décision à adopter, voire en la rédigeant. Cette communauté de juristes officieux, qui excelle également dans l'art de la compilation et de la rédaction de manuels destinés à un public relativement varié⁵⁴⁵, s'est développée en raison de la conception gestionnaire des conflits qui s'inscrit, plus généralement, dans une logique administrative de la justice.

86. Conception gestionnaire des conflits et logique administrative de la justice. À la fin des Qing, la logique gestionnaire de la justice s'illustre tout d'abord par la polyvalence attendue du magistrat, exacerbée au niveau local. Le juge du district est en effet le premier interlocuteur entre la population et l'administration⁵⁴⁶

par pendaison. Le juge provincial a opté pour la qualification de viol ; sa décision a été censurée par le Bureau des Peines, qui rappelle qu'il faut prendre la loi (*li*) comme critère de jugement.

⁵⁴¹ Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930), In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 180.

⁵⁴² Max Weber, *op.cit.*, p. 158 ; p. 215.

⁵⁴³ Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930), In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 183.

⁵⁴⁴ *Idem*, p. 180.

⁵⁴⁵ Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., pp. 122-123. Ce public inclut les débutants, les fonctionnaires « frais émoulus qui ont encore tout à apprendre des complications et des dangers de la vie administrative » mais également les « administrateurs chevronnés ».

⁵⁴⁶ John R. Watt, *op.cit.*, p. 11.

et, en tant que débiteur d'ordre⁵⁴⁷, il doit s'assurer avant tout du maintien de la paix sociale⁵⁴⁸. Au niveau de la sous-préfecture, il s'occupe de toutes les tâches administratives de l'État⁵⁴⁹ ; au niveau du comté, il se rapproche plutôt du juge de paix anglais et se concentre sur l'administration judiciaire et, surtout, la collecte d'impôt⁵⁵⁰. Contrairement à l'image du juge français qui est passée, au XVIII^e siècle, du statut de débiteur d'une justice divine à celui de bouche de loi, la polyvalence des magistrats chinois résulte de leur attribut relativement paternaliste : en tant que « père et la mère » du peuple, le magistrat du *Yamen* chinois ne se borne pas à appliquer seulement la loi. Sa double fonction, coercitive et fiscale, est elle-même pensée dans une logique éducative, où l'intervention juridictionnelle du magistrat ne doit intervenir qu'en dernier ressort :

« L'application des peines et des taxes est censée répondre en effet à une norme d'équité publiquement annoncée et appliquée, la coercition étant toujours subordonnée à la mise en évidence d'un manquement dûment constaté par rapport à une règle connue de tous⁵⁵¹. [...] Dans la manière dont il applique les châtiments et dont il perçoit les taxes, il faut que le peuple sente, fût-ce confusément, que le magistrat est au service d'une norme d'équité qui est un autre nom de l'intérêt public [...]. Il [le juge] sait communiquer à ses administrés la conviction que, même sous ses aspects coercitifs, la justice est une condition du bien-être commun⁵⁵² ».

Cette conception paternaliste du juge chinois s'inscrit tout à fait dans la doctrine confucianiste, comme le souligne très clairement John R. Watt :

« [...] L'autorité du magistrat ne provient ni de l'utilité de sa fonction prévue dans la structure bureaucratique, ni de ses compétences techniques. Plutôt, elle résulte de l'identification [du magistrat] avec les idéaux moraux confucéens tenus en haute estime et qui garantissent à la fois l'autorité de l'État impérial, incarnée à son échelle par le magistrat, et celle des élites sociales au niveau local⁵⁵³ ».

⁵⁴⁷ *Supra* n°62.

⁵⁴⁸ Jianpeng Deng, « Classifications of Litigation and Implications for Qing Judicial Practice », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *op.cit.*, p. 27 : le maintien de l'ordre, la collecte des impôts et l'administration judiciaire sont les trois fonctions primordiales des magistrats du comté.

⁵⁴⁹ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 106.

⁵⁵⁰ Jianpeng Deng, « Classifications of Litigation and Implications for Qing Judicial Practice », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *op.cit.*, p. 26.

⁵⁵¹ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p. 108.

⁵⁵² *Idem*, p. 109.

⁵⁵³ John R. Watt, *op.cit.*, p. 70. « *It is sufficient to recognize that the magistrate's authority flowed neither from the utility of his office within the bureaucratic structure nor from his technical skill at discharging his duties. Rather, it flowed from his identification with the highly personal Confucian*

Si le magistrat représente et garantit effectivement l'autorité de l'État, il n'en reste pas moins soumis à une forte pression administrative, notamment dans le prononcé de ses jugements⁵⁵⁴. En théorie, le magistrat a l'obligation de citer la loi pénale à laquelle il se réfère⁵⁵⁵ et, surtout, de l'appliquer correctement : en cas d'erreur dans l'établissement de la peine dans les affaires graves ou cas de vice de procédure, les magistrats sont susceptibles de sanctions administratives⁵⁵⁶. Un peu à l'instar de la configuration actuelle, il existe un double système d'évaluation des performances et de contrôle vertical des magistrats fonctionnaires. La différence réside dans la portée de ce contrôle dans l'ancien droit chinois, axée sur l'adéquation entre la peine et l'infraction⁵⁵⁷ et qui constitue le domaine de prédilection des secrétaires privés. Or, bien que les *muyou* soient destinés à assister les magistrats, ils n'hésitent pas non plus à leur rappeler les sanctions administratives en cas d'erreur de leur part⁵⁵⁸.

87. Les *muyou*, des juristes d'élites ? Depuis la réforme du *Code des Qing* en 1740 se pose la question de la cohérence du droit, question dont se sont saisis, d'une part, les juristes des offices centraux et, d'autre part, les secrétaires privés, auteurs d'une abondante littérature juridique. Parmi eux, Shen Xintian, conseiller technique spécialisé en droit, a été un des premiers à compiler le contenu des lois pénales sous forme de tableaux dans son *Guide pratique du droit pénal* imprimé en 1740⁵⁵⁹. Contrairement aux recueils officiels (*Huidian*) qui sont loin de susciter l'enthousiasme des juges, ces recueils privés, plus simples à utiliser, sont destinés à

moral ideals underwriting both the authority of the imperial state, which the magistrate represented in microcosm, and that of the broader stratum of social elites at the local level ».

⁵⁵⁴ V. Sur ce thème John R. Watt, *idem*, p. 20 : « *the system of rewards and punishments confronted an official with opposing decisions. For example, if he failed to effect an arrest or complete a trial, he was subject to punishment. But he was also liable for detaining, torturing, or sentencing an innocent person. [...] Moreover, these sanctions faced him every time he took an administrative decision. In short, all performance in administration was defined and evaluated by the system of rewards and punishments* ».

⁵⁵⁵ Bien qu'avec la prolifération des *Li*, les juges se sont de plus en plus souvent référés aux règles administrativement établies.

⁵⁵⁶ Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., p. 127 ; Jianpeng Deng, « Classifications of Litigation and Implications for Qing Judicial Practice », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *op.cit.*, p. 29 : par exemple, si le magistrat délègue une affaire pénale à un chef de la communauté locale (un *xiangdi* par exemple) en violation de la loi, il peut voir son salaire suspendu pendant un an.

⁵⁵⁷ Jianpeng Deng, « Classifications of Litigation and Implications for Qing Judicial Practice », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *op.cit.*, p. 32 : ce constat vaut bien évidemment pour les affaires pénales.

⁵⁵⁸ Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., p. 119.

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 97. Avant lui, c'est à Dong Gonzheng qu'est attribuée l'invention du système de tableaux dans son manuel administratif daté de 1734.

aider les lettrés devenus magistrats et dont la formation, essentiellement théorique, rend difficile le passage à la pratique⁵⁶⁰. Concis et clair, les ouvrages permettent aux magistrats de trouver rapidement la loi applicable, au point qu'ils siègent avec. Avec le succès de ces manuels, leurs auteurs, d'anciens secrétaires privés, sortent de l'ombre. Les publications sont financées par des fonds publics⁵⁶¹ ou des fonds privés⁵⁶² et, ainsi que l'explique Pierre Etienne Will, les compilations juridiques ont été l'œuvre :

« D'un très petit monde, [d'] un milieu professionnel composé de spécialistes et même d'activité de l'administration, de statut extrêmement varié (que j'ai appelé d'ailleurs une "lité bureaucratique"), à l'intérieur duquel circulaient les individus comme les informations et les textes, et dont les membres étaient au courant de leur travaux respectifs⁵⁶³ ».

Dénommé juristes d'élites pour certains, ce corps mixte de juristes officiels (siégeant dans les instances centrales comme le Bureau des peines) et semi-officiels⁵⁶⁴ (les experts) a « certainement apporté la contribution la plus décisive à la formation des professions juridiques modernes⁵⁶⁵ ».

Malgré la difficulté d'évaluer avec exactitude la contribution du secteur privé - ou officieux - dans la consolidation du système juridique au travers de l'activité d'interprétation et de rationalisation du droit, les agents officieux n'en ont pas moins joué un rôle indéniable. Il est intéressant de constater que cette dynamique « collaborative » se retrouve sur un autre plan qui relève, cette fois, de la sociologie juridique. En effet, la viabilité de l'ancien système juridique chinois dépendait pour beaucoup de son adaptation aux réalités locales, lesquelles étaient marquées par un fort esprit de collectivité, incarné, en premier lieu, par la cellule familiale.

⁵⁶⁰ *Id.*, p. 122.

⁵⁶¹ *Id.*, p. 110. En 1870, le préfet Xu Hao, sur ordre du gouverneur Su Fengwen (province du Guangxi) a procédé à la compilation des ouvrages de Dong Gongzheng et de Shen Xintian.

⁵⁶² Notamment par des familles.

⁵⁶³ Pierre-Étienne Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », préc., p. 117.

⁵⁶⁴ Bien qu'ils aient le rôle d'expert auprès du magistrat, ils n'ont aucune fonction officielle.

⁵⁶⁵ Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930) », *In* Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 180.

B. La coexistence de deux ordres normatifs.

88. L'importance de la cellule familiale a déjà été brièvement mentionnée dans sa contribution à la légitimité de l'État. Or, son rôle ne se limite pas à alimenter un discours politique en faveur de la domination d'un empereur : les familles, regroupées en clans, concourent directement à l'équilibre de l'ordre féodal chinois (1) en ce qu'elles permettent, au travers de règles locales, d'assurer le respect des lois (2).

1. L'importance du clan dans l'organisation sociale de la Chine impériale.

89. Le pouvoir patriarcal. En Chine, la famille constitue l'unité de base de l'organisation sociale⁵⁶⁶. Le modèle familial de la Chine impériale est, à l'instar du modèle familial français de l'Ancien Droit, de type patriarcal : le chef de famille, dans les cinq relations confucéennes, dispose de prérogatives étendues sur son épouse et ses enfants. Sans surprise donc, les principales manifestations du pouvoir patriarcal clanique se rencontrent d'abord dans la réglementation familiale⁵⁶⁷ : les parents peuvent, par exemple, imposer le mariage des enfants (à condition d'un consensus entre les deux familles). En cas d'illégalité du mariage, c'est la responsabilité des parents entremetteurs qui est engagée. En matière de répartition des biens, ensuite⁵⁶⁸ : les enfants n'ont aucun droit de « propriété » tant que les parents du garçon sont en vie. La vente conclue par un enfant du vivant de ses parents est nulle. Le but de cette règle est de consolider l'organisation économique familiale et d'éviter les dispersions de propriété⁵⁶⁹. Enfin, il est reconnu aux parents une autorité disciplinaire officielle puisque ces derniers peuvent punir leurs enfants et, surtout, solliciter l'aide des autorités locales dans ce but. Sous les Qing, les parents peuvent ainsi demander l'exil de leur enfant au pouvoir local⁵⁷⁰ qui n'a pas le droit de refuser leur requête. Le corollaire de ce pouvoir patriarcal réside dans l'assujettissement du chef de famille à des devoirs : sa responsabilité est engagée si, par exemple, une faute est commise dans la conclusion d'un bail (puisque seuls les chefs de famille en ont le pouvoir). En

⁵⁶⁶ *Supra* n°45.

⁵⁶⁷ Les exemples de cette partie sont repris pour l'essentiel des développements de Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 194-207.

⁵⁶⁸ V. Sucheta Mazumdar, « Rights in people, rights in land : concepts of customary property in late imperial China », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°23, 2001, pp. 89-107.

⁵⁶⁹ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 198-199.

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 201 : l'auteur se base ici sur un document officiel du Bureau des Châtiments.

outre, ils doivent s'assurer du respect des règles d'habillement et des règles de deuil au risque d'être sanctionnés par la loi. Il est à préciser que la responsabilité collective n'existe qu'en droit pénal⁵⁷¹.

90. Un foyer normatif local. En dehors de cette parentèle individuelle, les familles chinoises de l'époque impériale se regroupent également en clans⁵⁷² qui composent les « villages⁵⁷³ ». Les clans ont une capacité juridique⁵⁷⁴ qui leur permet d'agir dans l'intérêt des temples⁵⁷⁵ et reposent sur une structure très hiérarchisée⁵⁷⁶. En 1764, à la 29^{ème} année du règne de Qianlong, 8 994 clans sont recensés dans la seule province du Jiangxi et dans lesquels ont été établis des temples ancestraux⁵⁷⁷. La solidarité au sein des clans a conduit au développement de formes embryonnaires d'« instruments » juridiques, à tel point qu'un chercheur taiwanais considère que si l'ensemble des règles locales (claniques et « corporatistes ») étaient regroupées, elles constitueraient un code civil relativement complet⁵⁷⁸. Ces règles concernent ainsi les contrats de prêt, le règlement des dettes d'autrui, l'acquisition en commun des terres pour procéder à leur répartition équitable entre chef de famille, la financement des études des enfants issus du clan, l'aide accordée aux apprentis ou aux artisans sans ressources sous la forme de prêt à très faible taux pour qu'ils puissent prendre leur indépendance⁵⁷⁹... Cet attachement au groupe a même conduit, dans la Chine du sud,

⁵⁷¹ Max Weber, *op.cit.*, p. 138.

⁵⁷² Le terme de *clan* est repris du vocabulaire de Zhang Jinfan (*The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, pp. 187 et s.) et désigne exactement ce que Weber entend par village.

⁵⁷³ Max Weber, *op.cit.*, pp. 136-153. Le terme de *village* revêt un sens bien particulier chez cet auteur en ce qu'il désigne une « auto-administration » : « une "ville" était un lieu de résidence de mandarins sans auto-administration, un "village" était une localité auto-administrée sans mandarins ! ».

⁵⁷⁴ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 187 ; Weber parle quant à lui « d'agglomérations villageoises » (*idem*, pp. 142-144) qui, par l'intermédiaire du temple, détiennent la capacité juridique (conclure un contrat, porter les armes, etc.)

⁵⁷⁵ Max Weber, *op.cit.*, pp. 143-144 : ici le temple ne doit pas être considéré dans sa seule dimension religieuse ou rituelle ; il se rapproche d'une entité juridique à part entière en ce qu'il possède des biens, mobiliers et immobiliers, conclue des contrats ou encore fait office de juridiction pour les affaires mineures. V. Vincent Goossaert, « La gestion des temples chinois au XIXe siècle : droit coutumier ou laisser-faire ? », *Extrême-Orient, Extrême-occident*, n°23, 2001, pp. 9-24.

⁵⁷⁶ Max Weber, *op.cit.*, p. 145 ; Zhang Jinfan, *op.cit.*, p. 194.

⁵⁷⁷ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 189.

⁵⁷⁸ Zhang Weiren, préc., p.9 : « 如果将这些章程汇纂起来, 应该可以成为一部相当完整的民法典。因为没有汇纂起来, 所以使外国人怀疑中国没有民法 ». Pour l'auteur, c'est parce que ces règles n'ont pas été compilées en un corpus juridique unique que les étrangers ont (trop vite) conclu à l'absence de droit civil en Chine impériale.

⁵⁷⁹ Tout cela est décrit par Max Weber, *op.cit.*, p. 138 et s.

à désigner à l'avance l'individu du clan qui servira de « substitut judiciaire » pour être déféré à la justice à la place de l'auteur de l'infraction⁵⁸⁰ !

91. Pluralisme normatif ou diversité juridique ? Avant de qualifier de juridiques les normes ou pratiques adoptées au sein des clans, la question a longtemps été débattue de savoir si les organisations autogérées et auto-réglementées des villages de la Chine impériale résultent, selon le point de vue wébérien, d'une certaine forme d'opposition des communautés locales aux règles étatiques ou si, au contraire, la gestion locale est une autre manifestation de l'exercice de puissance de l'État chinois⁵⁸¹. L'interaction entre ces diverses normes (locales et centrales, les premières étant généralement comprises comme informelles contrairement aux dernières) a été l'objet de plusieurs travaux dont le point commun est d'aborder ces relations sous un angle dichotomique⁵⁸². En dehors des implications politico-sociales de la problématique, la réponse apportée a pour intérêt, sur le plan du droit, de réfuter ou non l'existence d'un pluralisme juridique qui aurait existé en Chine⁵⁸³.

D'un côté, les parentèles se dotaient de leurs propres règlements, constitués selon Weber par « une table des lois morales » destinée aux ancêtres. Pour cet auteur, ces règlements se situent en dehors du droit – *praeter legem* – voire même, parfois, à l'encontre de la loi⁵⁸⁴. À juste titre, il est vrai que la hiérarchie familiale à laquelle est soumis l'ensemble des membres du clan s'accorde mal avec l'exigence d'une application uniforme de la loi⁵⁸⁵, ce qui a même pu conduire certains auteurs à considérer cette forme d'organisation comme un « *sanctuaire à l'abri du droit commun*⁵⁸⁶ ». Dans cette hypothèse, l'accent est surtout mis sur l'autonomie des communautés locales (illustrée par exemple dans la prise en charge de l'aménagement

⁵⁸⁰ Jérôme Bourgon, « "Sauver la vie". De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire », préc., p. 38. Les substituts étaient désignés par ce qu'il appelle les maîtres chicaniers.

⁵⁸¹ Huaiyin Li, « Between the State and the Village : Land taxation and "Substantive Governance" in traditional China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, pp. 257 et s.

⁵⁸² *Idem*, p. 258 : « *Local governance was perceived as a realm of either omnipresent state influence or predominantly local autonomous practice* » ; Bradley W. Reed, *op.cit.*, p. 73 : « *la tendance est à conceptualiser le domaine de l'autorité locale et celui du contrôle [formel] en termes bipolaires* ».

⁵⁸³ La réponse est loin d'être évidente : non seulement, en raison du risque de généralisation d'un état étudié dans une localité mais en plus, en raison de la multitude des formes d'organisation locale qui peuvent être constatées.

⁵⁸⁴ Max Weber, *op.cit.*, p. 138.

⁵⁸⁵ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., pp. 136-137.

⁵⁸⁶ *Idem*, p. 137.

des voies terrestres, du dragage des cours d'eau, des services funéraires, etc.⁵⁸⁷) qui relèvent d'une véritable *autogestion* pouvant s'affirmer *contre* l'État⁵⁸⁸. Il est clair que ce point de vue favorise l'origine familiale du développement des groupements locaux de forme clanique qui s'analysent, dès lors, comme une application pratique de la philosophie confucéenne⁵⁸⁹. D'un autre côté, les partisans d'une vision dans laquelle la gestion locale résulte de la nécessité de maintien de l'ordre en zone rurale⁵⁹⁰ (qui implique dès lors un contrôle accentué de l'État impérial sur les localités) font notamment valoir l'existence d'institutions dites « de contrôle ». Ces dernières doivent assurer les fonctions de police (l'institution du *baojia*), fiscale (institution du *lijia*), d'assistance alimentaire et de diffusion idéologique⁵⁹¹. Il apparaît que ces institutions censées garantir l'ordre social ont été mises en péril⁵⁹² – entraînant, avec leur déclin, celui de la dynastie elle-même – du fait des négligences, des abus et de la corruption régnant chez les agents administratifs.

Si l'existence de communautés, de coopératives, formées autour d'une organisation clanique des localités elles-mêmes hiérarchisées selon la pensée confucéenne n'est certes plus à démontrer, ce sont leurs rapports avec l'ordre juridique officiel qui sont problématiques. Ces communautés forment-elles un ordre normatif distinct de celui officiel ou en sont-elles au contraire la prolongation ? Pour y répondre, il convient de relever les interactions possibles entre les deux sphères : qu'il s'agisse d'une prise en compte, dans la loi, des fondements sociaux de nature éthique ou de la participation des foyers locaux à la conservation de l'ordre étatique.

⁵⁸⁷ Huaiyin Li, « Between the State and the Village : Land taxation and "Substantive Governance" in traditional China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 257.

⁵⁸⁸ Max Weber, *op.cit.*, pp. 132-160 ; p. 148 : « la parentèle se dressait comme un seul homme aux côtés de celui de ses membres qui se sentait lésé, et sa résistance en bloc était naturellement incomparablement plus efficace que peut l'être chez nous une grève d'un syndicat librement constitué. [...] La bureaucratie patrimoniale devait de toute façon affronter en pratique une auto-administration fortement développée, à la fois usurpée et concédée, sous la forme de parentèles, d'un côté, sous celle des organisations de miséreux, de l'autre ».

⁵⁸⁹ Ce qui conduirait au passage à considérer la philosophie confucéenne comme source de droit à part entière.

⁵⁹⁰ Kung Chuan Hsiao, *Rural China : Imperial Control in the Nineteenth Century*, 1960, V. La note critique en français de Lucien Bianco, « "Classes laborieuses et classes dangereuses" dans la Chine impériale », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 17, n°6, 1962, p. 1175. Kung Chuan Hsiao fut un des premiers auteurs à aborder la question du rapport entre l'administration impériale et la société locale sous l'angle du contrôle de l'administration exercé au niveau villageois, V. Sur ce sujet, Bradley W. Reed, *op.cit.*, p. 66.

⁵⁹¹ Bradley W. Reed, *ibid.*

⁵⁹² Ou tout simplement non mises en œuvre dans certaines localités : V. Huaiyin Li, « Between the State and the Village : Land taxation and "Substantive Governance" in traditional China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 260.

92. La prise en compte de l'éthique confucéenne en droit commun. Le processus de confucianisation impulsé par Dong Zhongshu a permis de comprendre comment le pouvoir royal a construit sa légitimité sur la base des rites et comment ces derniers ont été érigés en véritable éthique du droit⁵⁹³. Sous les Qing, l'intégration des valeurs de type confucianiste est également flagrante dans la mise en œuvre du principe de légalité des délits et des peines. En effet, lorsqu'un individu commet une infraction, le degré de gravité de l'acte est déterminé par son degré de parenté entre l'accusé et la victime : un crime commis à l'encontre d'un ascendant est plus sévèrement jugé qu'un même acte commis sur un descendant en vertu de l'exigence de piété filiale⁵⁹⁴. La simple désobéissance aux ascendants constitue une incrimination à part entière⁵⁹⁵. En d'autres mots, une première forme d'intrusion de l'ordre patriarcal dans la législation consiste à user du degré de parentèle comme élément de détermination des peines. Autrement dit, il existe une passerelle directe entre le pouvoir coercitif de la loi officielle et la répréhension d'un comportement considéré comme blâmable en vertu des règles claniques⁵⁹⁶. En outre, la piété filiale, très importante en ce qu'elle permet d'asseoir l'autorité du patriarche, est également reconnue comme cause dispensant les proches de témoigner à l'encontre d'un parent⁵⁹⁷. À partir des Tang, cette possibilité est ouverte à tous les proches qui ont cohabité avec l'auteur de l'infraction, qu'ils soient inclus ou non dans les cinq degrés de deuil et, sous les dynasties Ming et Qing, les proches du côté de l'épouse (beaux-parents et beaux-fils) peuvent refuser de témoigner à l'encontre de leur belle famille⁵⁹⁸. Dans le même esprit, les codes impériaux prévoient la possibilité d'exonérer un coupable de sa peine ou de la repousser si ce dernier doit prendre soin de ses parents⁵⁹⁹. En outre, le système du *Daixing* non consacré dans la loi mais appliqué en pratique, permet à celui qui est puni d'un crime d'être remplacé par un

⁵⁹³ *Supra* n°43 et s.

⁵⁹⁴ Dans un des commentaires du *Da Qing Lü Li (Grand Code des Qing avec ses lois commentées)*, il est mentionné qu'un enfant, fille ou garçon, qui attaque un parent, que les dommages subis soient graves ou non et qu'il soit le coupable principal ou accessoire, doit être puni à mort par décapitation.

⁵⁹⁵ Jérôme Bourgon, « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », préc., p.140, ce que l'auteur traduit comme « le manquement au rite et au respect des instructions ».

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 204 ; Jérôme Bourgon, « Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale », préc., p. 14 : la dispense de peine accordée au père, dont l'existence repose sur un passage des *Entretiens* de Confucius, remonterait en 66 avant notre ère (édit impérial de Yuande).

⁵⁹⁸ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 204.

⁵⁹⁹ *Idem*, p. 205 : cette disposition est inapplicable aux crimes d'impiété ; dans ce cas, les peines de prison ou d'exil étaient reconverties en *zhang* (coups de bambous lourds).

père ou un fils. Il est ainsi rapporté que l'empereur Taizu (fondateur des Ming) a proclamé un édit impérial exonérant un fils qui demandait à se faire battre à la place de son père⁶⁰⁰.

93. Le statut des lois claniques. Considérées comme des règles domestiques, les règles claniques ne sont pas nécessairement contraires à la législation impériale⁶⁰¹. En effet, ces règles peuvent être enregistrées auprès du *Yamen* local⁶⁰², ce qui permet de contrôler leur conformité à la loi, à la politique et à la « raison⁶⁰³ », à l'instar des règlements de « corporation⁶⁰⁴ ». De plus, si cette réglementation repose sur une application spontanée (自行实现) par les membres du groupe, l'intervention des fonctionnaires peut être sollicitée en cas de difficultés d'application⁶⁰⁵. Cela tend à réfuter le point de vue wébérien pour qui l'exercice, par le clan, du droit de punir ses membres n'est pas officiellement reconnu par l'État⁶⁰⁶. Bien au contraire, pour l'historien Zhang Jinfan :

« La raison pour laquelle les préceptes familiaux et les règles disciplinaires claniques sont reconnues comme des lois au sein des clans dans les pays féodaux est qu'ils peuvent, non seulement suppléer aux insuffisances de la loi, mais également incarner la cohérence entre les lois nationales et la discipline du clan⁶⁰⁷ ».

94. Des pratiques semi-officielles. Dans certaines régions⁶⁰⁸, un commis du village (le *xiandi*⁶⁰⁹) est élu par les habitants locaux et sert d'intermédiaire avec le *Yamen* (tribunal) compétent. Investi également par le magistrat local, le *xiangdi* doit,

⁶⁰⁰ *Ibid.* L'auteur rapporte les propos de l'édit : « *this son has requested to take the punishment for his parents, which is out of true feelings. So, I shall bend the law for his filial son so as to set an example for the people all over the country. Thus he shall be pardoned* ».

⁶⁰¹ Comme le laisse entendre Max Weber.

⁶⁰² Zhang Weiren, préc., p. 9. Il faut que leur contenu ne soit pas contraire avec les règles pénales, les règles politiques et le *Qingli*.

⁶⁰³ Le fameux « *qingli* » (情理), Zhang Weiren, préc., p. 9.

⁶⁰⁴ *Ibid.* « 行会 ».

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ Max Weber, *op.cit.*, p. 135.

⁶⁰⁷ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law, op.cit.*, p. 207 : « *The reason why the family precepts and clan disciplines were recognized as laws inside clans in feudal countries was that they could not only supplement the deficiencies of national laws, but also embody the consistency of clans disciplines and national laws* ».

⁶⁰⁸ Notamment dans le centre-sud du Hebei, dans le comté de Huailu.

⁶⁰⁹ Pour Huaiyin Li (« Between the State and the Village : Land taxation and "Substantive Governance" in traditional China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 260), le *xiandi* est l'intermédiaire entre le village et le *Yamen* du comté ; choisi par les habitants locaux, il est notamment chargé de rapporter les crimes locaux et d'aider le personnel du *Yamen* à arrêter les criminels, de produire les certificats de décès ou encore d'inscrire le paiement des taxes sur les actes « authentiques » etc.

en cas d'acte illégal – c'est-à-dire, contraire à la loi formelle –, aider à l'arrestation du coupable. Selon la description donnée par Huayin Li, cet agent peut être comparé à un officier d'état civil doté de compétences élargies : il joue notamment un rôle primordial en matière fiscale puisqu'il est chargé de la collecte des impôts au nom de l'État, et ce, afin de faciliter le paiement des taxes. Ainsi, le *xiangdi* paie d'abord l'impôt dû au moyen des fonds du village ou d'un prêt puis se fait rembourser individuellement par chacun des villageois⁶¹⁰. Ce système a pour avantage d'éviter les suppléments d'impôts arbitraires demandés par certains officiers malhonnêtes des *Yamen* tout en libérant les agents administratifs de la collecte individuelle des impôts⁶¹¹. On trouve également, en tant qu'intermédiaires entre État et localités, les *xiangbao*, définis comme des « quasi-fonctionnaires non salariés, dont la nomination, par les communautés locales est confirmée par l'État⁶¹² ». Leurs fonctions sont relativement similaires en ce qu'ils sont chargés d'assurer le lien entre les localités villageoises et les représentants officiels. Ce rôle d'intermédiaire s'inscrit dans la logique de collaboration semi-officielle des patriarches au maintien de l'ordre officiel⁶¹³. Ainsi, moins qu'un rapport d'opposition entre l'État et la localité, une certaine complémentarité transparait⁶¹⁴. En matière de résolution des conflits civils, certains n'hésitent pas à qualifier cet espace intermédiaire de « troisième royaume⁶¹⁵ » constitué des deux systèmes, officiel et officieux.

⁶¹⁰ *Ibid.* La collaboration des institutions formelles et informelles a persisté dans le comté de Huailu jusqu'en 1928, date à laquelle les Nationalistes ont affaibli les pouvoirs locaux urbains et ont réussi à étendre l'emprise de la bureaucratie formelle : V. Alexander F. Day, « A century of rural self-governance reforms : reimagining rural Chinese society in the post-taxation era », *Journal of Peasant Studies*, vol. 40, n°6, nov. 2013, pp. 929-954.

⁶¹¹ Huayin Li (« Between the State and the Village : Land taxation and "Substantive Governance" in traditional China », *In* Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 261.

⁶¹² Philip C. C. Huang, « Centralized Minimalism : Semiformal Governance by Quasi-Officials and Dispute Resolution in China », *In* Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 463 ; pour une distinction claire et simple entre le *Xiangdi* et le *Xiangbao*, V. Xiaohong Xiao-Planes, « Huayin Li, Village Governance in North China 1875-1936, *Stanford University Press*, 2005, 325 p. », *Perspectives chinoises*, 2008, n°1, pp. 129-131. Schématiquement, un *xiangdi* est lié à un village alors que le *xiangbao* s'occupe d'une vingtaine de villages.

⁶¹³ Plus largement, cette fonction est attribuée au patriarche des clans. Selon un décret de l'empereur Daoguang (1830), « toute affaire au sein d'un clan, qu'elle soit importante ou non, doit être jugée par le patriarche. S'il y a des hors-la-loi au sein du clan, le chef de clan doit les faire arrêter et juger au tribunal de sous-préfecture (zhou) ou du comté (xian) », cité dans Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 188.

⁶¹⁴ Cette idée est notamment avancée par Philip C. C. Huang.

⁶¹⁵ C'est en tout cas la qualification donnée par Philip C. C. Huang (« *third realm* ») pour désigner la sphère qui existe à cette époque entre le système officiel de jugement et le système plus officieux de médiation exercé par la communauté, V. Philip C. C. Huang, « Between Informal Mediation and Formal Adjudication. The Third Realm of Qing Civil Justice », *Modern China*, juil. 1993, pp. 251-

95. Relativiser le critère coercitif de la règle de droit. Sans prétendre à la généralisation de ces modes d'organisation⁶¹⁶, si les formes d'organisation locale patriarcale s'inscrivent tout à fait dans l'idée que la famille représente l'État en miniature, elles créent également une zone d'intervention souple de l'État. Plus précisément, il apparaît que l'intervention officielle⁶¹⁷ de l'appareil d'État est minime sur la vie des gens et conditionnée, surtout, en cas de trouble à l'ordre social. C'est, en tout cas, ce que signifie le terme « politique », *zhengzhi* (政治) : le *zheng* (政) induit le sens de rectifier, corriger et le *zhi* (治) celui d'ordonner⁶¹⁸. Le politique, confondu tout entier dans la figure de l'État et dans ses règles officielles, a vocation à n'intervenir dans la vie sociale que pour rectifier un comportement, un acte, ce qui explique la coloration pénale des codes⁶¹⁹. Pour Léon Vandermeersch, le ritualisme exercé dans la société civile de la Chine impériale a dispensé de l'action coercitive de l'État⁶²⁰ : contrairement à la dialectique du droit qui implique éventuellement la sanction de l'État, le ritualisme, en ce qu'il repose sur la pression sociale, ne nécessite aucun mécanisme sanctionnateur⁶²¹. Ces propos s'inscrivent parfaitement dans l'idée développée par Philip C.C Huang « *d'administration minimale*⁶²² » et c'est, il nous semble, un des facteurs de la longévité de l'ancien système juridique chinois : la sollicitation et le recours à la loi semblent s'inscrire dans un contexte de véritable *nécessité*.

298 ; Philip C. C. Huang, « The History-of-Practice Approach to Studying Chinese Law », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 34.

⁶¹⁶ Le système du *xiangdi* a toutefois été conservé pendant la période de réforme républicaine dans le nouveau système de gouvernance villageoise : Philip C. C. Huang, « Centralized Minimalism : Semiformal Governance by Quasi-Officials and Dispute Resolution in China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, p. 471.

⁶¹⁷ C'est-à-dire en dehors des cas de corruption par exemple.

⁶¹⁸ Léon Vandermeersch, « Pouvoir d'État et société civile dans la tradition confucianiste », In *Études sinologiques*, Puf, 1994, p. 331.

⁶¹⁹ Zhang Weiren, préc., p. 9 ; Les propos de Lü Kun, un spécialiste du XVI^e siècle de la pratique administrative chinoise cité par Léon Vandermeersch, sont éclairants en la matière : « Le guide de la pratique politique, c'est de considérer que c'est en n'ennuyant pas les gens qu'on assure l'ordre, que c'est en ne prenant rien à personne qu'on accorde ses faveurs, que c'est en s'abstenant de spoliation qu'on sert l'intérêt général, que c'est en pratiquant la non-ingérence qu'on exclut les abus de vicissitudes », Léon Vandermeersch, « Pouvoir d'État et société civile dans la tradition confucianiste », *op.cit.*, p. 337.

⁶²⁰ *Idem*, p. 333. Le ritualisme, fondé sur la honte (en raison de son formalisme) est tout aussi efficace (voire même plus) que la loi.

⁶²¹ *Id.*, p. 335.

⁶²² Philip C. C. Huang, « Centralized Minimalism : Semiformal Governance by Quasi-Officials and Dispute Resolution in China », In Philip C. C. Huang, Kathryn Bernhardt, *op.cit.*, pp. 463 et s.

96. À partir de ce constat se pose la question de savoir si le droit chinois impérial peut continuer d'être appréhendé au travers de sa seule forme légale, incarnée par les codes ou si, au contraire, les règles locales sont également dotées d'une juridicité qui leur serait propre. Au vu des éléments abordés, l'étude du droit chinois impérial ne peut ignorer les règles locales en raison de leur impact sur la vie des habitants : ces règles semblent être bien plus contraignantes au quotidien que les règles strictement légales. Cette normativité à double degré se retrouve sur le plan judiciaire : si les tribunaux et les magistrats y siégeant ont un statut officiel, il apparaît qu'une grande partie du personnel, indispensable au fonctionnement de la justice répressive et réparatrice des conflits, opère dans l'ombre des juristes officiels. Leur rôle dans la pratique et la conception du droit est donc loin d'être négligeable.

Section II. Un paradigme contemporain de la science du droit chinois.

97. L'ouverture de la Chine au reste du monde est conçue, généralement, à partir de la fin des années 1970 et s'illustre dans la politique de réforme menée par Deng Xiaoping. Toutefois, il semble que la véritable ouverture de la Chine au monde – et plus particulièrement, à l'Occident – se situe à la fin de l'ère impériale. C'est à ce moment-là que sont importés des concepts tels que celui de république, de constitution, de séparation des pouvoirs, de droit civil, de marxisme ou encore de démocratie. La fin des années 70 correspond plutôt à l'ouverture *économique* de la Chine aux capitaux et partenaires étrangers⁶²³. Pourtant, les auteurs contemporains situent la modernisation du système juridique chinois à cette époque là, rappelant implicitement le lien moderne, artificiel et trop souvent conçu comme insécable, entre développement économique et développement juridique, entre libéralisme économique et modernisation juridique⁶²⁴.

⁶²³ À tel point que, dès 1986, des auteurs se posaient déjà la question de la transformation du modèle économique socialiste chinois. V. par ex., François Gipouloux, « Chine : l'ouverture à l'étranger », *Revue Tiers Monde*, n°108, 1986, pp. 825-826. Il est intéressant d'ailleurs de constater que les introductions d'études sur la Chine soulignent l'intérêt du sujet d'un point de vue essentiellement économique : Zhang Xianchu, « The New Round of Civil Law Codification in China », *University of Bologna Law Review*, vol. 1 :1, 2016, pp. 106-137.

⁶²⁴ Au contraire, pour Mireille Delmas-Marty, si la globalisation économique (sous le prisme du libéralisme) implique effectivement le concept de bonne gouvernance, elle ne garantit aucunement la

Si l'on se place au moment où les premiers échanges officiels naissent entre la France et la Chine – entre l'Europe et la Chine plutôt, soit au XVIII^e siècle, on constate un certain choc entre les deux cultures qui ont conduit aux premiers « échanges » interrégionaux. Sans revenir sur le caractère spécialement unilatéral de ces échanges, il est opportun de souligner l'intérêt porté par les étrangers au système juridique chinois, intérêt qui a conduit aux premières grandes réformes marquant la fin de l'ère impériale. Ces réformes sont principalement basées sur des modèles étrangers, de type européen et anglo-saxon. Elles marquent, surtout, l'introduction de concepts et notions totalement étrangères jusqu'alors en terre du milieu et amorcent les grands bouleversements politiques du début du XX^e siècle. Par conséquent, il est tout à fait légitime de s'interroger sur la relation réelle ou non entre les phénomènes de modernisation et d'occidentalisation du droit chinois (§ 1).

Ce n'est qu'en prenant ce point de départ que l'on comprend mieux les divers courants de pensée juridique chinois actuels, qui ont en commun une approche généralement prospective et souvent comparative de leur objet d'analyse respectif. Cela n'est sans doute pas sans lien avec les nombreuses réformes qu'a engagées la Chine depuis son ouverture économique dans un premier temps, et depuis le début du XXI^e siècle dans un second temps. Le système juridique chinois de notre première décennie s'est en effet engagé dans de nombreuses réformes de droit considéré chez nous comme fondamental, pour ne citer, par exemple, que le droit civil. Plus concrètement, le mouvement de codification, amorcée depuis la fin du XIX^e siècle – ou la fin du XX^e siècle selon la perspective d'approche –, a *in fine*, porté ses fruits : la République Populaire de Chine applique, depuis le 1^{er} octobre 2017, le premier livre de son nouveau Code civil. La difficulté de son achèvement met parfaitement en exergue les clivages idéologiques des réformateurs qui s'opposent en fonction de leur modèle de (p)référence : modèle allemand, modèle français, modèle mixte...voire, pour certains, modèle « chinois » (§ 2). Cet état des choses n'est pas sans rappeler la situation existante au lendemain de la fin de la dynastie chinoise, ce qui pose cette fois-ci la question suivante : la pensée juridique chinoise est-elle encore tributaire de son passé et surtout de son rapport à l'Occident ?

protection des valeurs non-marchandes : « La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 575.

§1. L'occidentalisation, facteur de modernisation du droit chinois⁶²⁵ ?

98. Historiquement, les premières rencontres entre l'Occident et la Chine ont d'abord été le fait de jésuites⁶²⁶, puis de commerçants et enfin d'entités diplomatiques⁶²⁷. Des jésuites, l'Occident a eu une vision de la Chine profondément athée après l'échec de ces derniers de leur tentative de conversion ; des commerçants, l'image d'une terre du milieu comme partenaire potentiellement économique a survécu ; enfin, des délégations diplomatiques, le « clash » avec l'Occident est intervenu⁶²⁸. Le processus d'occidentalisation du droit chinois relève des deux dernières rencontres, comme l'illustre l'épisode du Lady Hughes⁶²⁹. Considéré en tant que phénomène, il est opportun de souligner un certain climat déjà propice aux réformes dans lesquelles la Chine s'est engagée (A). Appréhendé en tant que source d'influence du droit chinois, ce sont les manifestations concrètes de l'occidentalisation juridique de la Chine qui importent et qui sont incarnées, principalement, par les transferts de droit (B).

A. Un climat en faveur des réformes juridico-institutionnelles.

99. Contexte des premiers échanges. La fin de l'ère impériale est marquée par de longues séries de réformes, résultant de divers facteurs internes et externes à la

⁶²⁵ V. Pierre-Étienne Will, préc., pp. 7-26. Une de ses problématiques questionne l'opportunité de limiter l'expérience chinoise de la modernité à ce qu'il appelle les « chocs culturels » qu'a connus la Chine en 1842, 1895, 1919 (ou tout autre date du même type) (p. 10).

⁶²⁶ Jean François Billetier, *Contre François Jullien*, Alia, 2006, p. 13 : les premières connaissances occidentales portant sur la Chine proviennent des jésuites qui « cherchaient à justifier la politique que leur ordre avait menée jusque-là et qui consistait à tenter de convertir l'empire par le haut, en se servant du pouvoir de l'empereur » ; V. aussi Zhan Shi, « L'image de la Chine dans la pensée européenne du XVIII^e siècle : de l'apologie à la philosophie pratique », *Annales historiques de la Révolution française*, 347, janvier-mars 2007, disponible à l'adresse : <http://ahrf.revues.org/8523> [dernière consultation le 11 octobre 2017].

⁶²⁷ On pense notamment à la première mission diplomatique britannique officielle envoyée en 1793 sur le territoire chinois, celle de l'ambassade Macartney. V. Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », *op.cit.*, p. 11.

⁶²⁸ Sur ces différents aspects : Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », *op.cit.*, pp. 7-11 qui insiste notamment sur la première rencontre entre la Chine et l'Occident via l'introduction de la religion bouddhiste en terre du milieu ; Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 481 et s., « The introduction of Western Legal Culture ».

⁶²⁹ Cette affaire judiciaire concerne la condamnation à mort d'un capitaine britannique par les autorités chinoises. V. *Infra* n°100.

Chine⁶³⁰. Sans prétendre peindre un portrait exhaustif de la situation de l'empire du milieu à la fin de son ère impériale, on peut citer, au titre des facteurs internes ayant concouru à l'évolution du droit chinois, la mutation du corps des juristes initiée par la publication en 1740 du nouveau *Code des Qing*. Selon M. Bourgon, la « révolution dans la loi codifiée » illustrée par la création d'un office de la codification et par le développement des Assises d'Automne⁶³¹ a conduit à la standardisation des principes du code, à la spécialisation technique des juristes et à la recherche d'une cohérence, logique, de la législation⁶³². Ces mutations juridiques et judiciaires « ont accompagné, sinon dans bien des cas provoqué, des mutations socioculturelles plus profondes et irréversibles que les soubresauts de la vie politique⁶³³ ». En outre, les problèmes de corruption des fonctionnaires et les formes de résistances locales à l'autorité officielle sont autant d'éléments propices à une réforme globale et structurelle⁶³⁴. Si ces facteurs internes ont pu commander la nécessité de réformer, les facteurs externes semblent avoir influencé l'orientation à suivre de ces réformes.

Au titre des facteurs externes, les relations difficiles entre la Chine et l'étranger sont un prélude à l'affaiblissement du pouvoir impérial incarné dans la défaite des guerres d'opium⁶³⁵ entre la terre du milieu et les puissances européennes et la signature des traités inégaux qui s'en suivent⁶³⁶. Ces traités impliquent, entre autre, la

⁶³⁰ Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930), In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 188 : la dernière grande réforme fait référence à la « restauration Tongzhi » qui vise à rétablir les « principales fonctions étatiques » après les guerres de l'opium et la révolte des Taiping.

⁶³¹ *Idem.*, pp. 184-185.

⁶³² *Id.*, pp. 185-186.

⁶³³ *Id.*, p. 178.

⁶³⁴ Même si, de manière globale, le règne de l'empereur Qianlong (1736-1795) est marqué par l'apogée de la dynastie, la prospérité et la puissance de la Chine. V. Pierre-Étienne Will, « QIANLONG [K'ÏEN-LONG] (1711-1799) - empereur de Chine (1736-1795) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 01 octobre 2017. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/qianlong-k-ien-long-empereur-de-chine/>.

⁶³⁵ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 490 : « Before Opium War, the Chinese law was still a complete feudal law which was compared to « feudal junk » by the westerners. [...] Opium War in 1840 was a misfortune for China, which had brought a great disaster to the Chinese nation; nevertheless, it had also destroyed the gloomy atmosphere of political oppression and thrust China into a situation where there was no choice but change » ; pour une lecture plus axée sur la problématique de l'opium dans le commerce international, Alain Roux, « Les "guerres de l'opium" : les canons de la liberté », *Mouvements*, 2012/2, n°86, pp. 90-99.

⁶³⁶ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, pp. 259 et s., p. 260 : « le plus redoutable des problèmes qu'il devait affronter était indubitablement son incapacité à résister à l'impérialisme des puissances industrialisées. L'accumulation de défaites militaires, des atteintes à la souveraineté nationale, des dettes de guerre, des concessions en privilèges ou en territoire, contribuait à miner la légitimité du régime des Qing ».

mise en place des concessions étrangères⁶³⁷ et l'imposition sur le territoire chinois des juridictions extraterritoriales, « symboles d'une souveraineté perdue, bafouée⁶³⁸ » et devant lesquelles sont déférés les commerçants ou missionnaires étrangers⁶³⁹.

100. L'affaire *Lady Hughes* : naissance d'un mythe. La célèbre affaire *Lady Hughes* de 1784 est une des justifications avancées par les Anglais pour légitimer l'application de lois étrangères en territoire chinois⁶⁴⁰. Le 24 novembre 1784, un bateau de la compagnie britannique des Indes orientales, *The Lady Hughes*, est amarré à Whampoa à côté de la ville de Canton. À son bord, un marin tire avec son arme en guise de salut et blesse trois Chinois sur une embarcation à côté du *Lady Hughes*. Deux d'entre eux décèdent dans les jours qui suivent. Le tireur présumé refuse de se livrer aux autorités en dépit des demandes d'interrogatoire formulées par les officiels chinois. Le conseil représentant les intérêts de la compagnie des Indes orientales tente de négocier le lieu de l'interrogatoire, en vain. Après plusieurs péripéties, impliquant entre autre l'arrestation, en tant que témoin, du responsable du cargo, le rassemblement de bateaux étrangers armés à Canton en signe de protestation et la menace d'un embargo par les autorités chinoises, le tireur est livré à la justice chinoise le 30 novembre. Le 8 janvier 1785, il est condamné à la peine capitale par strangulation⁶⁴¹. Cette affaire, très largement relayée en Angleterre, a donné naissance à l'image de la « *barbarie juridique chinoise*⁶⁴² », comme le suggère la version des

⁶³⁷ V. Fleur Chabaille-Wang, « L'expansion contrariée des concessions étrangères en Chine et ses éclairages sur la société urbaine des années 1910 », *Études chinoises*, vol. XXXV, n°2, 2016, pp. 105-121 (article tiré des conclusions de sa thèse *La Concession française de Tianjin : une histoire connectée de l'expansion des concessions étrangères en Chine (1846-1946)*). La première concession étrangère est britannique et se situe à Shanghai et ce n'est qu'en 1943 que le Royaume-Uni concède à renoncer à ses concessions.

⁶³⁸ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, p. 62.

⁶³⁹ Françoise Lauwaert, « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence de la dynastie des Qing », *op.cit.*, p. 10 : c'est d'ailleurs pour cela que les puissances coloniales ont mis autant de cœur à vouloir que la Chine réforme son droit. Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, pp. 61-65 (sur la réforme républicaine).

⁶⁴⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 482.

⁶⁴¹ La hiérarchisation des peines capitales en Chine impériale était plus conçue selon le critère de l'intégrité du corps humain que selon celui de la souffrance physique : ainsi sous les Tang, la strangulation était une peine d'un degré inférieur à celle de la décapitation. La dynastie Ming a réintroduit les supplices extrêmes dans les peines applicables tout en accentuant le contrôle de leur application (par le recours à la révision des peines pendant la tenue d'assises devenue systématique sous les Ming et qui donnera lieu à l'institution des assises d'automne sous les Qing) : Zhang Ning, « Corps et peine capitale dans la Chine impériale. Les dimensions judiciaires et rituelles sous les Ming », *T'oung Pao* [Brill], n°94, 2008, pp. 262-265.

⁶⁴² Li Chen, « Law, Empire, and Historiography of Modern Sino-Western Relations : A Case Study of the *Lady Hughes* Controversy in 1784 », *Law and History Review*, vol. 27, n°1, 2009, p. 2.

marins qui ont rapporté le récit⁶⁴³. À partir de ce moment, le système chinois est perçu comme profondément injuste, appliquant la responsabilité collective (consistant à condamner un peuple étranger pour le fait d'un seul de ses hommes) et discriminant, dans la loi, les étrangers des locaux. Or, comme l'a parfaitement démontré Li Chen qui s'est intéressé à la délibération dudit jugement, la solution de l'affaire du canonier est loin d'être arbitraire et reflète, simplement, l'application de la loi pénale chinoise en cas d'homicide involontaire⁶⁴⁴. La circonstance aggravante du refus de se livrer aux autorités n'a même pas été retenue⁶⁴⁵. Pourtant, cette affaire est à l'origine de la demande de juridictions extraterritoriales formulée par la délégation Macartney à l'empereur Qianlong⁶⁴⁶ dont le refus, en 1794, ne fera que repousser la pénétration occidentale en 1842⁶⁴⁷.

101. De l'enjeu de l'occidentalisation. Les traités inégaux⁶⁴⁸ ont, d'une certaine manière, impulsé l'occidentalisation du système juridique chinois, ne serait-ce que parce qu'une des conditions de l'abolition des privilèges extraterritoriaux accordés aux Européens était la modernisation, à l'occidentale, du droit chinois⁶⁴⁹. En parallèle de la logique expansionniste, les « échanges » intellectuels avec l'Occident

⁶⁴³ *Idem*, p. 26 : les anglais étaient d'autant plus frustrés qu'ils avaient adressé un rapport à leur supérieur se félicitant du traitement de l'affaire. À l'annonce de l'exécution, ils ont accusé la justice chinoise d'être « arbitraire, injuste et sanguinaire ». Leurs propos rapportés par Li Chen sont manifestement accablants : « *In a complaint to the Court of Directors, they declared that submission to such a legal system would constitute a permanent national "disgrace". During the next two centuries, this narrative acquired an almost self-evident status in historiography* ».

⁶⁴⁴ *Id.*, pp. 29-30 : la délibération a été partagée entre le point de vue du gouverneur Sun Shiyi, qui proposait de renvoyer l'anglais chez lui aux fins d'être jugé et la volonté de l'empereur Qianlong d'appliquer strictement la loi. Ce dernier demandait l'application de son décret de 1748-49 prescrivant aux fonctionnaires situés à Canton l'application des lois et peines chinoises en cas d'homicide par un étranger d'un résident chinois.

⁶⁴⁵ *Id.*, p. 33 : auquel cas, cela aurait conduit à augmenter la peine de deux degrés (peine par décapitation).

⁶⁴⁶ Pour une mise en parallèle des versions chinoise et anglaise de ce séjour, V. Pierre-Henri Durant, « Langage bureaucratique et histoire. Variations autour du Grand Conseil et de l'ambassade Macartney », *Études chinoises*, vol. XII, n°1, print. 1993, pp. 41-145.

⁶⁴⁷ Li Chen préc., pp. 38-40.

⁶⁴⁸ Le Traité de Nankin (Nanjing) été signé le 29 août 1842 ; le traité de Tianjin en 1858 et la Convention de Pékin en 1860. Ces traités comportent des clauses fiscales, commerciales ou encore territoriales en faveur des puissances européennes, d'où leur nom de Traités inégaux. V. Alain Roux, préc., pp. 90-99.

⁶⁴⁹ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 484 : en outre, la Grande Bretagne, les États Unis, le Portugal et le Japon avaient conditionné la fin des juridictions extraterritoriales à la réforme de la justice chinoise. Li Chen (préc., p. 2) indique ainsi que « *depuis la fin du XIXème siècle, les tentatives d'abolir l'extraterritorialité étrangère sont le cri de ralliement le plus puissant parmi les Chinois afin de « moderniser/occidentaliser » leur système juridique et politique pour regagner leur souveraineté et le respect international* ». (« *On the other hand, from the late nineteenth century on, attempts to abolish foreign extraterritoriality continued to be a most powerful rallying call among the Chinese to "modernize/Westernize" their legal and political systems to regain sovereignty and international respectability* »).

se concrétisent par la formation de juristes à l'étranger⁶⁵⁰, l'emploi d'experts étrangers au sein du ministère impérial⁶⁵¹ et la traduction, en chinois, de nombreux ouvrages juridiques⁶⁵². C'est ainsi qu'en à peine un siècle, des notions comme celles de *constitution*, *parlement*, *forme de souveraineté*⁶⁵³, *droit civil* ou encore *démocratie* ont été importées, expliquées et relativement assimilées en Chine. Prenant exemple sur les révolutions américaines ou françaises⁶⁵⁴, les nouveaux constitutionnalistes chinois⁶⁵⁵ s'efforcent, non sans mal, de former des « citoyens », notion relativement nouvelle⁶⁵⁶. La période de transition entre l'ère impériale et l'ère républicaine est ainsi marquée par la rédaction de plusieurs projets de constitution et de codes⁶⁵⁷. Toutefois, la pérennité de ces emprunts à l'étranger semble biaisée dès leur introduction : si une frange des réformateurs est sincèrement convaincue de la nécessité de réformer les institutions féodales, le *leitmotiv* originel des plans de réformes n'est autre que la

⁶⁵⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 503 ; p. 506 : les premiers étudiants chinois connus partis à l'étranger sont Rong Hong, parti seul aux États-Unis de 1847 à 1854 puis avec un groupe de trente étudiants en 1872 et Wu Tingfang qui a étudié en Angleterre en 1874. En 1870, une centaine d'étudiants a été envoyée en Europe dont à peine 10% ont été diplômés en science politique et juridique. L'envoi des étudiants au Japon a commencé plus tardivement, à partir de 1896 mais leur nombre était bien plus élevé (100 en 1900, 8 000 en 1906). Le premier ambassadeur chinois est Guo Songtao, envoyé en août 1875 en Angleterre pendant deux ans ; à son retour, ce dernier a défendu le système britannique dans lequel il voyait la raison de la prospérité de l'Occident.

⁶⁵¹ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 263. Par exemple, Jean Escarra est devenu conseiller juridique du gouvernement chinois pendant la troisième décennie du XXème siècle.

⁶⁵² Tels que les quatre volumes de l'ouvrage d'Henry Wheaton, *Elements of International Law*, traduit en chinois par William A. P. Martin ou encore *l'Esprit des Lois* de Montesquieu traduit par le juriste chinois réformateur de l'époque Yan Fu : Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 565-567.

⁶⁵³ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 263 ; sur la différence entre *zhengti* (forme de gouvernement) et *guoti* (forme de souveraineté).

⁶⁵⁴ Jiayou Shi, *op.cit.*, p. 23 n°30.

⁶⁵⁵ Liang Qichao, V. Par exemple la réforme dite des Cent jours (11 juin- 21 septembre 1898) menée par Kang Youwei avec le soutien de l'empereur Guangxu afin de moderniser les institutions du pays, avortée par le coup d'État mené par l'impératrice douairière Cixi.

⁶⁵⁶ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 264 (sur les difficultés rencontrées dans la transplantation de ces notions). Par exemple, le plus célèbre des constitutionnalistes, Liang Qichao joue « le rôle d'un pédagogue et d'un vulgarisateur, rappelant inlassablement qu'une Constitution est avant tout un texte "qui stipule l'organisation de l'État, les prérogatives et les limites des organes du gouvernement, les droits et les devoirs du peuple. Elle doit être respectée par tous, en haut comme en bas, afin que le pays soit bien gouverné" ».

⁶⁵⁷ La Commission de codification des lois, instituée en 1902 sous l'empire, a rédigé le Code de commerce (1903), le Code pénal (1910) et le Code civil provisoire (1911). Ce dernier ne fut jamais appliqué et un nouveau Code civil vu le jour, pendant la période républicaine, en 1929. Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « La réforme du droit chinois par la codification », *RIDC*, vol. 52, n°3, 2000, p. 532 ; Hélène Piquet, « Un code à décoder : le futur code civil chinois », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, pp. 134-136 (sur le *Projet de code civil de la dynastie des Qing* initié par Shen Jiaben) ; p. 136 (sur le Code civil du gouvernement du Parti nationaliste).

crainte de voir s'étendre le pouvoir colonial, via les juridictions extraterritoriales et l'humiliation perçue par les défaites militaires⁶⁵⁸.

Comme l'a montré Mme Xiao-Planes⁶⁵⁹, les enjeux constitutionnels en Chine dans le premier tiers du XXème siècle sont partagés entre d'un côté, des partisans du retour du pouvoir impérial⁶⁶⁰, des idéologues révolutionnaires⁶⁶¹ et de l'autre, des seigneurs de guerre avides de conquérir le seul pouvoir légitime aux yeux des États-Unis⁶⁶². Dans ce contexte, l'occidentalisation du droit chinois, alors synonyme de modernisation mais résultat direct de l'empire colonial, devient essentiellement idéologique et conduit à dénaturer, voire instrumentaliser, les avancées des pensées politiques et juridiques européennes. Par exemple, une des problématiques essentielles dans la Chine de l'époque – et l'une des plus controversées – réside dans le choix de la forme étatique (centralisée ou fédérale) la plus à même de consolider l'unité du pays, alors divisé entre le nord et le sud. Or, il semble que la volonté des réformateurs réside moins dans le choix d'un modèle social conforme aux attentes du peuple – c'est-à-dire démocratique – que dans sa possibilité de faire face à l'ennemi. Dans une période de troubles politiques et militaires importants, la légitimité constitutionnelle est utilisée comme un outil de guerre là où elle devrait servir à établir les bases d'un État « moderne ». Pour un auteur de l'époque, l'utilité même d'envisager une constitution en temps de conflits est discutable⁶⁶³.

⁶⁵⁸ En 1895 la Chine perd contre le Japon. Cette défaite est imputée au degré de modernisation de la société japonaise lié à ses emprunts à l'Occident. Jiayou Shi, *op.cit.*, p. 59 n°83.

⁶⁵⁹ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, pp. 259-291. Les développements de ce paragraphe sont issus de ce passage.

⁶⁶⁰ Tel que Yuan Shikai qui, après avoir été élu Président en octobre 1913, dissout le Parlement au début de l'année 1914 et se proclame empereur le 12 décembre 1915. Cette monarchie sera abolie deux ans après. On peut citer également le général Zhang Xun qui a réussi à remettre sur le trône l'empereur Puyi pendant quatorze jours en juillet 1917.

⁶⁶¹ Tel que Sun Yat-sen qui a fondé en 1914 le parti révolutionnaire chinois devenu en 1919 le Guomindang.

⁶⁶² Telle que la clique de l'Anhui, la clique de Zhili et celle du Fengtian, trois groupes militaires ayant un lien plus ou moins fort avec l'armée de Beiyang et qui se disputent pendant les deux premières décennies du XXème siècle le contrôle de Pékin, seule autorité reconnue par les Puissances occidentales. L'implication des américains dans les enjeux constitutionnels chinois se manifeste principalement dans la mission Marshall (déc. 1945 - fév. 1947, le général Marshall est envoyé comme médiateur entre communistes et nationalistes) qui fut un échec. L'implication de ces derniers dans les tentatives de résolution des conflits politiques chinois n'est d'ailleurs pas désintéressée puisqu'elle anticipe l'agencement d'un potentiel nouvel ordre mondial d'après guerre.

⁶⁶³ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 281 : l'auteur cite les propos de Qian Duansheng, juriste des années 30 : « La priorité des priorités actuellement, pour le gouvernement, c'est de garantir la sécurité intérieure, d'améliorer l'efficacité de l'administration et de développer l'économie nationale... De ce point de vue, avoir une Constitution non seulement serait

102. Le début de l'hybridation des concepts. Cette grande période de réforme, que l'on peut situer entre 1870 et 1949⁶⁶⁴ marque un véritable tournant dans l'histoire chinoise contemporaine et débouche, directement, sur la fondation de la République Populaire de Chine, actuellement en vigueur. Sa mise en place reflète également une facette trop souvent oubliée du processus d'occidentalisation de la Chine : la doctrine maoïste est, quoiqu'on en dise, inspirée *directement* de la pensée marxiste, occidentale aux yeux des Chinois. Plus précisément, c'est à partir de la confrontation entre la Chine et les grandes puissances de l'époque que l'hybridité de son système politique et, par ricochet, juridique, se forme⁶⁶⁵. Par exemple, les conceptions institutionnelles du Pr. Sun Yatsen (1866-1925) et notamment sa vision des cinq pouvoirs de l'État (exécutif, législatif, judiciaire, pouvoir de contrôle et pouvoir de censure) sont un mélange entre la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu et des institutions impériales. Et, bien que non partisan du système soviétique de l'époque, il n'en rejette pas pour autant l'idée du « Parti État » qui doit assurer les Trois Principes du Peuple (subsistance, souveraineté, nationalisme)⁶⁶⁶. Si cette époque porte en germes le système contemporain, cela signifie-t-il également qu'elle est incarnée le début d'une modernisation⁶⁶⁷ ? Comme le souligne le sinologue Pierre Étienne Will, « réduire l'expérience de la modernité de la Chine à une sorte de basculement dans un monde différent, sous l'effet d'un système de causalité unique, et de plus externe, me paraît appauvrissant, et même invraisemblable⁶⁶⁸ ».

peu utile, mais encore risquerait d'aviver les contentieux procéduraux consécutifs aux modifications constitutionnelles » ; Pierre-Étienne Will, « La contribution chinoise à la Déclaration universelle des droits de l'homme », In Mireille Delmas Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *idem*, p. 315 : dans ce passage où l'auteur présente Luo Zhongshu, intellectuel chinois en faveur d'un dialogue des civilisations, il cite également Bertrand Russell pour qui, « c'est d'avions de combat que l'Angleterre et la Chine ont besoin à l'heure actuelle, plus que de philosophes ».

⁶⁶⁴ Et qui se découpe, plus précisément, en quatre grandes étapes : la première, de 1870 à 1895 correspond à une modernisation à l'occidentale ; la deuxième, de 1895 à 1898 qui remet en cause, pour la première fois, les fondements institutionnels de la Chine ; la troisième de 1901 à 1911, marquée par la nouvelle politique et la dernière, de 1912 à 1949 qui correspond à la république de Chine. Xiaohong Xiao-Planes, « La difficile réforme de l'État chinois », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, vol. 1, n°109-110, 2013, pp. 4-9.

⁶⁶⁵ Pour Jiayou Shi (*op.cit.*, p. 64 n°92) « l'hybridation » dont la définition est reprise de celle de Mireille Delmas-Marty comme « une fusion des droits nationaux en une norme unifiée, applicable selon une stricte hiérarchie » est impulsée par Shen Jiaben auteur du Projet de Code civil des Qing de 1911.

⁶⁶⁶ Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, pp. 277-279.

⁶⁶⁷ À l'heure actuelle pour beaucoup de Chinois, Occident est associé à modernité. V. Jean-Luc Domenach, cité dans Hélène Piquet « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », *Politique et Sociétés*, vol. 25, n°2-3, 2006, p. 65.

⁶⁶⁸ Pierre-Étienne Will, « Chine moderne et sinologie », *préc.*, p. 9.

B. Transfert de droit et modernisme.

103. De quelle modernité parle t-on ? Un des risques attachés à analyser la modernité de la Chine – et plus spécifiquement celle de son droit – est de tomber dans le piège de l'analyse strictement manichéenne. D'un côté, il y aurait la vision conservatrice et immuable de la civilisation chinoise où les influences modernes – donc étrangères – ne seraient en fin de compte qu'un « placage tout à fait superficiel⁶⁶⁹ » et, de l'autre, un point de vue selon lequel la rupture qu'a connue la Chine en ce début de XX^{ème} siècle est telle que le peu de tradition qu'il reste est voué à disparaître⁶⁷⁰. Dans les deux cas, la modernité de la Chine (dont l'auteur précité situe le point de départ à la Guerre de l'opium) est inséparable de causes *exogènes* : « il n'y avait rien dans ces traditions qui impliquât une transition naturelle vers ce que nous considérons être la civilisation moderne – et il va de soi qu'une bonne partie du problème réside dans ce “nous”⁶⁷¹ ». Aussi, à la dichotomie entre tradition d'un côté et modernisme de l'autre, Pierre-Étienne Will lui substitue la distinction entre processus d'adaptation et processus de blocage⁶⁷². À ce stade, l'intérêt de cette prise de recul est double : d'une part, il s'agit de pointer un élément généralement considéré au cœur de la « modernisation » du droit chinois à savoir, les fameux transferts de droit⁶⁷³, initiés à la fin du XIX^{ème} siècle. D'autre part, comme le constate la politologue Émilie Frankiel, le paysage intellectuel chinois contemporain connaît, depuis les années 90 – soit près d'un siècle après le début de l'occidentalisation/modernisation –, l'arrivée d'une pensée néoconservatrice en faveur

⁶⁶⁹ *Idem.*, p. 8.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ *Ibid.* Pour exemple de la confusion entre le phénomène de modernisme et de libéralisme en Chine, V. Lin Zhao, « Réflexions sur le parcours des Lumières en Chine moderne », *Rue Descartes*, 2015/1, n°84, pp. 65-75. Nous tenons également à rappeler, de manière générale, que le terme « civilisation » provient du terme civil : le Code civil des français ne marque-t-il pas le passage d'une société d'ancien régime à une société nouvelle, civilisée et, comme on le constate également, civilisatrice ? Jean-François Niort, *op.cit.*, pp. 15-17 sur le lien entre « civil » et « civilisation ».

⁶⁷² *Ibid.*, p. 11. Il rappelle par exemple qu'en matière économique, la Chine a enclenché dès le XI^{ème} siècle un processus de « commercialisation intensive » qui serait une « condition *sine qua non* du passage à la modernité » dans l'analyse Smithienne bien avant ses échanges avec l'Europe (pp. 12-13). L'auteur fait remonter le début de l'époque moderne de la Chine en science socio-économique au XVI^{ème} siècle (p. 18).

⁶⁷³ Sur ce sujet, voir l'ouvrage incontournable d'Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, *op.cit.* pp. 101 et s. « Perspectives chinoises sur les transferts du droit » (Titre II) ; Hélène Piquet, « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », préc. p. 48, qui s'appuie sur la définition de transfert de droit donnée par l'historien et juriste Jean Gaudemet : « l'entrée dans une société d'un droit ou de certaines règles juridiques qui ont été élaborés dans un milieu social différent et parfois à une époque déjà lointaine ».

d'un retour de l'ordre moral confucéen⁶⁷⁴ et qui rejette, en conséquence, les emprunts à l'Occident. Si ce courant n'est pas novateur au regard des mouvements de pensées du début du XX^e siècle, il semble résulter, actuellement, d'une déception générale des tentatives d'occidentalisation de la Chine sur le terrain idéologique, économique ou encore politique⁶⁷⁵ ...Ce constat pourrait ne pas interpeller les juristes si la conception de la justice et du cadre des réformes juridiques chinoises ne dépendaient pas, directement, de ces trois facteurs. Ainsi, pour mieux cerner l'enjeu d'un tel discours, une meilleure compréhension du contexte des premiers transferts de droit en Chine est nécessaire.

104. Le début des transferts de droit. La période de modernisation traditionnellement admise du système juridique chinois, enclenchée « grâce » à ses rencontres avec l'Occident, se matérialise par l'importation dans sa culture de notions, structures voire d'institutions étrangères⁶⁷⁶. Or, ces transferts de droit constituent actuellement un élément-clé des réformes juridiques chinoises comme l'illustrent les *Dispositions générales du Code civil* chinois (ci-après les *Dispositions générales*)

⁶⁷⁴ Émilie Frenkiel, *Parler politique en Chine. Les intellectuels chinois pour ou contre la démocratie*, Puf, 2014, p. 159. L'auteur cite comme représentant de ce courant Xiao Gongqin et Yu Ying-Shih. Ce constat est formulé dans d'autres disciplines comme celui de la philosophie : pour Jean-François Billetier (*op.cit.*, pp. 19-22), le rapport difficile qu'entretient la pensée « moderne » (qu'il situe à partir de 1911) avec la pensée traditionnelle provient de la réinvention du passé. Très brièvement, l'approche des Chinois dans leur rapport au passé a toujours fait l'objet de débats violents entre ceux qu'il appelle les iconoclastes radicaux (rejet de la civilisation chinoise fondée sur l'impérialisme et le patriarcat), les intellectuels critiques (plus nuancés, ils recherchent l'origine de ce système ancien pour s'en distancer, en faveur des libertés politiques) et le dernier groupe caractérisé par sa recherche de la « caractéristique chinoise » ; sur ce sujet V. également Werner Meissner, « Réflexions sur la quête d'une identité culturelle et nationale en Chine du XIX^e siècle à aujourd'hui », traduit par Raphaël Jacquet, *Perspectives chinoises*, n°97, sept-oct. 2006, pp. 45-58 ; Hélène Piquet, « Du Mauvais Usage de la Tradition Reconstituée : la Médiation Extrajudiciaire en Chine », 30 *Winsdor Y.B Access to Just.* 2012, p. 253 et s. : l'auteur se penche sur la rhétorique de l'harmonie, notion fondamentale du confucianisme, dont le renouveau actuel en Chine dans la sphère juridique s'inscrit pour beaucoup dans une réflexion anti-Occident.

⁶⁷⁵ Kang Xiaoguang, au sujet du changement des mentalités depuis l'ère Deng Xiaoping : « Nous espérons que la réforme et la démocratisation contribueraient au développement économique de la Chine, à plus d'égalité sociale, au renforcement du pays, au lieu de son morcellement, de l'appauvrissement des plus défavorisés, de l'enrichissement des privilégiés, et de la banalisation de la corruption. Par conséquent, nous avons arrêté de croire aveuglément en ce processus d'occidentalisation complète, de multipartisme, de suffrage universel et d'indépendance du système judiciaire », cité dans Émilie Frenkiel, *op.cit.*, p. 169.

⁶⁷⁶ Toutefois, Hélène Piquet rappelle que « les rapports de la Chine avec l'Occident demeurent tributaires d'un passé encore ressenti fortement, dans lequel la Chine a été humiliée par les puissances occidentales. Aussi, les transferts de droit en Chine reflètent-ils le rapport encore douloureux qu'entretient la Chine avec sa propre culture et avec l'Occident », Hélène Piquet, « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », préc., p. 65 ; Hélène Piquet, « Un code à décoder : le futur code civil chinois », préc., p. 134 : l'auteur insiste peut-être un peu trop sur la réception « volontaire » de la tradition romano-germanique en Chine permis grâce au juriste Shen Jiaben.

adoptées par la loi du 15 mars 2017. Avant d'entrer plus en détails sur cette partie du premier Code civil de la République Populaire de Chine, un rapide détour sur ce processus de transferts de droit est nécessaire pour éclaircir leur implication dans la construction du droit chinois contemporain. Sur ce sujet, la spécialiste de la matière, Hélène Piquet, met en garde :

« Les transferts de droit touchent aux rapports entre les peuples. Les sensibilités des pays en voie de développement par rapport à l'Occident restent vives, et se traduisent par diverses réactions, dont l'hostilité. [...] des transferts projetés peuvent susciter une réaction identitaire très forte dans le pays récepteur, s'ils sont perçus, entre autres, comme attaquant une composante essentielle de l'identité nationale, ou ethnique⁶⁷⁷ ».

105. L'approche initialement utilitariste du modèle étranger. Au lendemain des guerres de l'Opium, l'intérêt pour le savoir occidental a d'abord été militaire⁶⁷⁸. Pour Wei yuan (1794-1857) et Lin Zexu⁶⁷⁹ il est en effet nécessaire d'apprendre les techniques occidentales (en matière militaire notamment) pour pouvoir soumettre les « barbares⁶⁸⁰ ». Ils annoncent le mouvement du *Yan Wu*, groupe de « gestion à la mode occidentale⁶⁸¹ » qui, tout en défendant les « principes cardinaux » et les « vertus constantes » de l'ancien ordre, promeut une connaissance approfondie du savoir occidental dans l'intérêt de la Chine. Cette vision relativement instrumentale du rapport à l'Occident⁶⁸² se manifeste en chinois par l'expression « *zhong ti xi yong* » (中体西用) qui implique de conserver la racine chinoise et d'utiliser l'Occident

⁶⁷⁷ Hélène Piquet, *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, thèse Montréal, 2003, p. 136.

⁶⁷⁸ Sur le rapport de la Chine avec les étrangers avant les guerres de l'Opium, V. Hélène Piquet, *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, op.cit., pp. 158 et s.

⁶⁷⁹ Lin Zexu a travaillé au service de l'empereur. Il a notamment fait saisir en 1839 la contrebande d'opium à Canton pour la détruire ce qui a conduit à la riposte de l'Angleterre et à la première guerre de l'Opium (1842). Jacques Gernet, Jean Chesneaux, « CHINE - Histoire jusqu'en 1949 », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 06 octobre 2017. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/chine-histoire-jusqu-en-1949/>.

⁶⁸⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, op.cit., pp. 556 et s.

⁶⁸¹ Repris de la traduction de Jacques Gernet et Jean Chesneaux. Ce mouvement se situe entre 1870 et 1895.

⁶⁸² Vision en cours jusqu'en 1894 selon Hélène Piquet, *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, op.cit., p. 162. Serait-il possible de rapprocher cette vision de celle sous-jacente à l'impulsion du comparatisme français du début du XXème siècle, en ce qu'elle cherchait dans le droit étranger la solution à l'amélioration du droit national ? V. Girogio Resta, préc., p. 1186 ; Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, vol. 52, n°4, pp. 738-739 (sur la méthode comparatiste développée par Saleilles qui se veut instrumentale) ; p. 741 (sur la mobilisation du droit comparé au service du droit civil national de Lambert).

comme auxiliaire⁶⁸³. Dans cette optique, beaucoup de réformes, notamment en matière de droit économique, ont été suggérées, voire expérimentées⁶⁸⁴ : mise en place d'un système de société par action, d'un système financier et de crédit avec, par exemple, la possibilité de saisir les biens d'un débiteur en défaut de paiement, protection des brevets mentionnée pour la première fois en 1881, mais aussi apprentissage des lois internationales⁶⁸⁵, modernisation des institutions diplomatiques⁶⁸⁶ ou encore construction du premier établissement d'enseignement supérieur (dans lequel un corps de lois françaises fut entièrement traduit⁶⁸⁷), etc.

106. La tentative de conciliation des apports occidentaux en droit chinois.

La seconde génération de penseurs chinois de cette période, marqués par la défaite de la Chine contre le Japon en 1895, a été beaucoup plus loin en matière d'idéologie réformatrice. Kang Youwei (1885-1927) a été appelé par la Cour au côté de Liang Qichao (1873-1929) pour mener une réforme de fond⁶⁸⁸. Kang Youwei est partisan d'un confucianisme réformateur⁶⁸⁹ et défend le modèle de la monarchie constitutionnelle accompagnée d'une séparation des pouvoirs⁶⁹⁰. Ses collègues comme Yan Fu, inspiré par les théories de l'évolution de Thomas Henry Huxley, portent un regard plus critique sur la vision du « *zhong ti xi yong* » qui refuse de

⁶⁸³ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 562 ; V. Yves Chevrier, « Chine, "fin de règne" du lettré ? Politique et culture à l'époque de l'occidentalisation », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, vol. 4, n°4, 1984, pp. 86-87 sur l'appréhension du conception de « *zhong ti xi yong* » par les différents penseurs chinois ; Werner Meissner, préc., p. 48, qu'il traduit par « le savoir chinois comme essence (ou constitution) et le savoir occidental comme application (ou fonction) ». Ce mouvement s'inscrit dans celui dit d'auto-renforcement (*zhiqiang*), mouvement réformiste émergent dès 1860 (Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, *op.cit.*, pp. 106-107).

⁶⁸⁴ De la même manière que lors de la deuxième « ouverture » de la Chine à l'Occident de la fin des années 70, le domaine économique et civil constitue un terrain privilégié de publication de nouvelles lois. V. Jean-Pierre Cabestan, « Chine : un État de lois sans État de droit », *Tiers-monde*, t. 37, n°147, 1996, pp. 651-652 ; Stéphanie Balme rappelle cependant que le terrain économique n'a pas été le seul à faire l'objet d'une réglementation très prolifère. En réalité, le premier chantier juridique concerne la procédure pénale suivie par l'environnement. Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, p. 399.

⁶⁸⁵ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, pp. 566-567.

⁶⁸⁶ *Idem*, pp. 562-571.

⁶⁸⁷ Créé à l'origine en tant que l'École de langues étrangères, l'établissement a ouvert d'autres départements et c'est un enseignant français, Anatole Adrien Billequin, pourtant chimiste, qui a rédigé en chinois avec l'aide d'un de ses élèves, Shi Yuhua, le *Corpus des lois françaises*, comprenant les traductions des Code civil, Code pénal, Code de procédure pénale, Code de commerce, Code forestier et Code de procédure civile et publié en 1880. Jiayou Shi, *op.cit.*, pp. 68-70, n°103-107.

⁶⁸⁸ Kang Youwei et Liang Qingchao peuvent être étiquetés comme « modernisateurs radicaux ». Émilie Frenkiel, *op.cit.*, p. 158.

⁶⁸⁹ Werner Meissner, préc., p. 48 : expression tirée de l'ouvrage de l'intellectuel chinois de 1897, *Confucius réformateur* (孔子改制考).

⁶⁹⁰ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 578.

remettre en cause les fondements des institutions, ce qui est contraire, selon Yan Fu, à la survie de la nation⁶⁹¹. Le groupe *Wei Xin* (les derniers réformateurs) demande ainsi la réforme de toute loi ou institution reliée à la dynastie⁶⁹², la mise en place d'un bureau de réforme et l'écriture d'une Constitution « inspirée des *lü* et des *li* étrangers⁶⁹³ ». Le slogan « *zhong ti xi yong* » est remplacée par celui du « *quan bian* » (全变) qui implique une réforme totale⁶⁹⁴. En parallèle, d'autres groupes revendiquent au contraire la défense de l'identité chinoise⁶⁹⁵. La classe dirigeante des Qing est dominée par des conservateurs qui refusent toute réforme au nom de l'immutabilité des règles des ancêtres⁶⁹⁶. La sacralité qu'ils accordent aux principes de Confucius et de Mencius est telle qu'ils sont prêts à laisser périr leur pays plutôt que de le réformer⁶⁹⁷.

107. Un clivage idéologique à la base du nouveau modèle chinois. Dix années après, sous la première république chinoise (1911-1949), l'auteur allemand Meissner dénombre quatre grands groupes intellectuels : les confucéens, représentés notamment par Gu Hongming (1927-1928) et Zhang Junmai (1887-1969) qui considèrent la civilisation occidentale comme un « monstre matérialiste⁶⁹⁸ » ; les nationalistes, prêts à conjuguer tradition chinoise et libéralisme politique ; les libéraux, en faveur d'une occidentalisation totale et influencés par le pragmatisme américain et, enfin, les marxistes défenseurs du modèle de l'Union soviétique⁶⁹⁹. Plus que le choix d'un modèle politique, juridique ou économique, il s'agit, à cette époque, de

⁶⁹¹ *Idem*, p. 574.

⁶⁹² *Id.*, p. 526. Ce mouvement dure de 1895 à 1898 et conteste pour la première fois les institutions existantes.

⁶⁹³ *Id.*, p. 527.

⁶⁹⁴ Yves Chevrier, préc., p. 87 : comme le résume très bien Yves Chevrier au sujet des deux réformateurs les plus connus de la réformes des cent jours, « Kang Youwei mine la tradition de l'intérieur en y faisant surgir l'idéal de la réforme et des libertés anti-absolutistes ; à l'inverse de son maître (Kang) qui prévoyait la fusion des civilisations dans une religion confucéenne syncrétiste présidant à la disparition des frontières nationales, des gouvernements et de la famille, Liang, qui n'a rien d'un utopiste, déplace le cadre de la survie et de l'adaptation en faisant la théorie moderne de l'État indépendamment des valeurs culturelles ». Les constitutionnalistes seront, par la suite, opposés aux partisans d'une république démocratique (anti-monarchique et anti-mandchou) dès 1903, date du discours de leur leader, Sun Yatsen.

⁶⁹⁵ Sur la formation de mouvement nationaliste, V. Werner Meissner, préc., pp. 45-58.

⁶⁹⁶ Zhang Jinfan, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, *op.cit.*, p. 521.

⁶⁹⁷ *Idem*, p. 522 : « *They would rather let the country perish than reform* ». Après la guerre sino-japonaise (1894-1895), le conservatisme gagne du terrain et se solde notamment par le triste épisode de la Révolte des boxers de 1901, anti-occidental. : Jacques Gernet, Jean Chesneaux, « CHINE – histoire jusqu'en 1949 », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 23 septembre 2017. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/chine-histoire-jusqu-en-1949/>

⁶⁹⁸ On retrouve cette critique plus précisément à l'égard du BGB allemand en raison de son agencement, qui prévoit la réglementation des biens avant celle des personnes. *Infra* n°110.

⁶⁹⁹ Werner Meissner, préc., p. 49.

(re)construire une civilisation chinoise en commençant par établir de nouvelles bases. Les débats sont parfois violents⁷⁰⁰, les réactions encore plus⁷⁰¹. Sans doute, un des problèmes de cette évolution réside dans le fait qu'elle vient « d'en haut » et non « d'en bas ». Si l'on prend l'exemple de la France, l'adoption des différents codes napoléoniens a fait suite à un mouvement social de grande ampleur, la Révolution de 1789. La Déclaration d'Indépendance des États-Unis et leur Constitution incarnent l'émancipation d'anciennes colonies britanniques. En terre du milieu, Liang Qichao, le constitutionnaliste du début du XX^e siècle, estime que si la Chine a connu une révolution raciale, marquée par le rejet antimandchou, elle a manqué sa révolution politique⁷⁰² qui aurait permis une transition forte entre l'ancien pouvoir impérial et la république. Le contexte dans lequel s'opèrent les transferts de droit indique que les clivages politiques chinois de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e résident sur le degré d'occidentalisation des réformes : la Chine devait-elle, par exemple, adopter un code civil français, allemand ou japonais ? Ou bien un code civil imprégné de la tradition confucéenne⁷⁰³ ?

Ce détour par le processus d'occidentalisation de la Chine du début du XX^e siècle a pour but d'expliquer dans quel contexte ont été pensés les réformes et les tout premiers transferts de droit. Il en ressort le constat suivant : le système juridique chinois ancien, d'essence pénale, méconnaissant tant la distinction entre droit public et droit privé que le principe d'indépendance judiciaire, ce système considéré comme barbare aux yeux des occidentaux, s'est retrouvé, en raison de ce que l'on peut désigner comme une forme d'impérialisme juridique, totalement désuet, caduque, sans qu'aucune alternative ne réussisse à lui être substituée. Certains ont avancé l'idée que la Chine était « quête d'identité » ; or, près d'un siècle après, la Chine l'est toujours, dans une certaine mesure, en matière d'innovation juridique. Depuis la

⁷⁰⁰ Tel que le grand débat sur l'occidentalisation des années 30 : V. Werner Meissner, préc., pp. 50-51 ; même si, pour certains auteurs, il ne faut plus réduire cette période de la « modernisation, la construction de l'État-nation [...] au fracas des rivalités idéologiques et politiques », Jérôme Bourgon, « L'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'empire (1740-1930) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 177.

⁷⁰¹ Comme la Révolte des boxers.

⁷⁰² Xiaohong Xiao-Planes, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 267.

⁷⁰³ La conclusion est sans doute un peu radicale mais est destinée à mettre en exergue l'influence étrangère déterminante dans la réforme d'un pays comme la Chine et doit conduire à la question de la pérennité des transferts de droit. On trouve bien évidemment certains exemples qui témoignent de l'assimilation par la Chine des valeurs occidentales, comme l'illustre sa participation à la rédaction de la charte des droits fondamentaux de la DUDH de 1948 : Pierre-Étienne Will, « La contribution chinoise à la Déclaration universelle des droits de l'homme », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, pp. 297-365.

deuxième ouverture de la Chine à la fin des années 1970, les intellectuels chinois oscillent, schématiquement, entre communisme, socialisme, libéralisme et confucianisme. Cela se traduit, sur le terrain juridique, par la promulgation de lois exogènes, inspirées par le modèle considéré, au moment de son étude, comme le plus *pertinent*⁷⁰⁴. Le recours aux transferts de droit réside, comme un siècle auparavant, dans la volonté de la Chine de s'aligner sur les pays occidentaux : cela conduit à sélectionner, de manière pragmatique et non sans certaines précautions⁷⁰⁵, les lois à retranscrire en Chine. Une des conséquences positives est que la Chine, pays *importateur* de droit, connaît un grand nombre de législations et de modèles juridiques étrangers⁷⁰⁶ ; la matière du droit comparé n'est pas aussi timide qu'en France⁷⁰⁷, pays principalement *exportateur* de droit. Une autre conséquence réside dans l'hybridation du droit chinois, produit de l'importation de concept étranger et de leur intégration aux réalités chinoises. Il nous semble que les fameuses « caractéristiques chinoises » (中国特别) ne désignent rien d'autre que cette nécessité de modifier, de recréer et donc d'adapter un savoir étranger aux réalités chinoises.

§2. Les clivages dans la science du droit chinoise : illustration par l'adoption du Code civil.

108. L'éclectisme du paradigme intellectuel et contemporain dans lequel se situe la science du droit chinoise est alimenté, en grande partie, par les clivages idéologiques. L'adoption du premier livre du Code civil chinois en est un bon

⁷⁰⁴ Sans aller jusqu'à utiliser l'expression de « patchwork utilitariste cousu au plus pressé en fonction des besoins du moment » de Jean-Pierre Cabestan (« Chine : un État de lois sans État de droit », préc., pp. 659-660). Par exemple, Stéphanie Balme considère que le travail d'accession à l'OMC de la Chine a permis d'introduire le modèle de la *Common law* en droit des affaires. Stéphanie Balme, « Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014) », *Revue française d'administration publique*, 2014/ 2, n°150 p. 396.

⁷⁰⁵ Hélène Piquet, « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », préc., p. 52.

⁷⁰⁶ William P. Alford, « A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 200 : cette connaissance accrue des droits étrangers a été permise par l'envoi de milliers de personnes du milieu juridique à l'étranger et notamment dans les pays anglo-saxons ainsi que par l'accueil d'autant de juges, avocats, universitaires pour des conseils, présentations...

⁷⁰⁷ *Ibid.* En Chine, l'étude du droit étranger est un des fondamentaux de l'enseignement en licence de droit. En outre, les professionnels du droit sont également de plus en plus formés à l'étude des droits étrangers. Un manuel classique de droit chinois intègre généralement dans son chapitre sur le « concept de droit » un pan entier destiné au concept de droit occidental. V. Par ex., Shen Zongling, *op.cit.*, pp. 37-39, « L'école de droit occidental » (西方法的学说).

exemple ; il démontre, en outre, comment ces clivages alimentent l'hybridité de la règle de droit chinoise (A). Les différentes sensibilités intellectuelles des chercheurs chinois enrichissent ainsi la science du droit ; toutefois, une particularité des antagonismes constatés réside en ce qu'ils se fondent – pour beaucoup et au moins en matière civile – sur leurs rapports avec les droits étrangers – et notamment occidentaux. En effet, un des thèmes récurrents et centraux des querelles universitaires porte sur quel(s) droit(s) étranger(s) adopter ; à défaut, sur l'opportunité d'adopter un droit étranger. Ce n'est pas sans rappeler le climat des réformes juridiques de la fin de l'ère impériale (B). Toutefois, les débats contemporains restent relativement encadrés : plusieurs auteurs chinois dénoncent ainsi un rapport de subordination de la science du droit à l'État qui accentue le caractère idéologique des recherches en droit.

A. Appréciation de l'hybridité de la règle de droit par le nouveau Code civil chinois.

1. Le projet de codification civile.

109. Un projet de longue haleine. L'idée d'une codification civile en Chine n'est pas nouvelle. Outre les deux projets de Code civil présentés au début du XX^{ème} siècle, plusieurs tentatives ont été faites pendant la période maoïste en 1954 et en 1962, puis en 1979⁷⁰⁸. De cette dernière tentative sont nés les *Principes Généraux de Droit Civil* (PGDC) de 1986 qui incluent, également, la base de la législation commerciale⁷⁰⁹. Toutefois, c'est véritablement à partir des années 1990 que la nécessité de créer un Code civil chinois est réaffirmée, afin de répondre aux exigences de la construction d'une économie de marché socialiste et à l'objectif d'établir un État de droit chinois⁷¹⁰. En 1998, la Commission des travaux Législatifs⁷¹¹ a créé le

⁷⁰⁸ Li Jianguo (李建国), Vice-Président du Comité Permanent de la 12^{ème} session l'APN et membre du Bureau politique du Comité central du PCC, « Explications relatives aux "Dispositions générales en matière civile" » (projet) (关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明 — 2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上), disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm [dernière consultation le 12 octobre 2017].

⁷⁰⁹ PGDC (1986), art. 26-29 (sur l'entrepreneuriat individuel, industriel et commercial et sur les contrats d'exploitation agricole à forfait) ; art. 30-34 (sur le partenariat *i.e.* groupement juridique dans personnalité juridique dans lequel plusieurs personnes coopèrent dans l'exercice d'activités industrielles et commerciales) art. 36-53 (sur les personnes morales).

⁷¹⁰ Jiayou Shi, *op.cit.*, pp. 218-219 n°309.

Comité de Rédaction du Code civil⁷¹² qui ambitionne d'adopter un Code civil chinois pour 2010⁷¹³. En 2002, sous la pression de Li Peng (président du Comité Permanent de l'époque), une réunion d'experts fut convoquée, réunissant les membres du Comité de rédaction afin de répartir entre eux la rédaction du code. Ainsi, de janvier à septembre 2002, six groupes de rédaction⁷¹⁴ ont été désignés pour rédiger les projets des parties du Code civil. En l'espace de quatre mois, de janvier à avril 2002, chacun des projets a été déposé et la question de la structure du Code civil, loin de susciter l'unanimité des participants, a commencé à être abordée. Ces avant-projets ont servi de base à la rédaction d'un projet de Code civil divisé en neuf parties, projet qui fut d'ailleurs approuvé lors de la dernière réunion des experts en septembre 2002. Toutefois, selon l'expression de Jiayou Shi, un véritable « volte-face » eut lieu puisque la Commission des Travaux législatifs, qui avait commandé le projet, décida de compiler les lois existantes en matière civile au lieu d'adopter, sous réserve d'ajustement, les projets élaborés par chacun des six groupes de rédaction. Ce premier projet officiel de « compilation » fut déposé au Comité Permanent de l'APN fin 2002⁷¹⁵. Or, au regard de sa complexité et d'un niveau de professionnalisation juridique insuffisant chez certains représentants du peuple, son examen en vue de son adoption fut officiellement repoussé pour être examiné non plus en bloc mais successivement, dans la perspective d'une adoption définitive en 2010⁷¹⁶.

Il est difficile de savoir ce qu'il s'est passé entre 2002 et 2012, si ce n'est que le projet de codification civile semble avoir été laissé en suspens en faveur de la

⁷¹¹ À l'instar de la France et des Commissions de l'Assemblée Nationale, le pouvoir législatif chinois, composé de l'Assemblée Populaire Nationale (APN) et de son Comité Permanent peut également établir des Commissions dites spéciales. La Commission des travaux législatifs susmentionnées est une formation du Comité Permanent.

⁷¹² Jiayou Shi, *op.cit.*, pp. 219-220 n°310-311 : ce Comité de Rédaction est composé de Jiang Ping, Wang Jiafu, Liang Huixing, Wang Baoshu, Wang Liming, Xiao Xun, Fei Zongyi, Wei Zhenying et Wei Yaorong. Tous sont universitaires, à l'exception de Fei Zongyi, ancien membre de la Cour Suprême, Xiao Xun, Wei Yaorong, anciens membres de la Commission précitée et Wang Jiafu, universitaire et vice directeur de la Commission des lois.

⁷¹³ *Idem*, p. 219 n°310 : c'est ce Comité qui a publié la *Loi sur les contrats* de 1999 et qui a impulsé la *Loi sur les droits réels*, prévue pour l'année 2000 et finalement adoptée en 2007.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 222 n°313 : chacun réparti selon la structure du futur code : partie générale, partie générale des obligations et partie sur les contrats ; partie sur les personnes et actes délictuels ; partie sur la propriété intellectuelle ; partie sur la responsabilité civile ; partie relative à la famille et à la succession.

⁷¹⁵ *Id.* p. 224 n°316. Ce projet était découpé en neuf livres, 101 chapitres et 1209 articles, le tout sur 216 pages.

⁷¹⁶ *Ibid.*, Cette date devait marquer la finalisation du système juridique socialiste à caractéristique chinoise.

publication de plusieurs lois indépendantes intéressant chacune la matière civile⁷¹⁷. Il est très probable que l'adoption d'un Code civil entier dès le début des années 2000 avait été trop ambitieuse à l'époque, en raison de pans législatifs à construire entièrement. Pour Li Jianguo, vice-président du Comité Permanent de la 12^{ème} Assemblée Populaire Nationale, l'évolution du projet du Code civil de la première décennie du XXI^{ème} siècle – et même, selon lui, depuis 1979 – ne serait pas un échec mais une « vraie réussite, où s'est construit progressivement un ensemble de règles civiles relativement complet, afin d'établir les bases juridiques et les bases pratiques du futur Code civil⁷¹⁸ ».

Que le Code civil chinois, dont le premier livre a été adopté le 15 mars 2017, soit ou non le fruit d'une élaboration longuement planifiée, force est en tout cas de constater qu'il répond à des objectifs économiques formulés par une volonté politique. C'est en effet au cours de la 18^{ème} session du Comité central du Parti Communiste de 2014 que la rédaction d'un code est de nouveau mise en avant, en tout cas, mentionnée dans la déclaration d'intention politique, dans le paragraphe intitulé « la nature de l'économie de marché socialiste est une économie d'État de droit », aux côtés des exigences de « promotion du régime de propriété », « d'amélioration des règles en matière de gestion d'investissement, des territoires locaux, des ressources naturelles ou encore des énergies⁷¹⁹ ».

Cette décision du PCC a conduit le pouvoir législatif chinois à inscrire sur son agenda l'entreprise de codification⁷²⁰. Un projet concernant les dispositions générales

⁷¹⁷ *Loi sur les droits réels, loi sur la responsabilité civile, loi sur l'application du droit dans les relations sino-étrangères...*

⁷¹⁸ Li Jianguo, *préc.* [en ligne] : « 1979 年以来我国民事立法是富有成效的, 逐步形成了比较完整的民事法律规范体系, 为编纂民法典奠定了较好的法律基础和实践基础 ».

⁷¹⁹ « 完善激励创新的产权制度、知识产权保护制度和促进科技成果转化的体制机制。加强市场法律制度建设, 编纂民法典, 制定和完善发展规划、投资管理、土地管理、能源和矿产资源、农业、财政税收、金融等方面法律法规, 促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用。依法加强和改善宏观调控、市场监管, 反对垄断, 促进合理竞争, 维护公平竞争的市场秩序。加强军民融合深度发展法治保障 », extrait de la « Décision sur les questions essentielles de la promotion de l'État de droit » (中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定), adoptée au cours de la 4^{ème} session plénière du XVIII^{ème} Comité central du PCC publiée le 23 octobre 2014 et disponible en chinois à l'adresse : http://www.gov.cn/zhengce/2014-10/28/content_2771946.htm [dernière consultation le 10 avril 2018] et en anglais à l'adresse : <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/10/28/ccp-central-committee-decision-concerning-some-major-questions-in-comprehensively-moving-governing-the-country-according-to-the-law-forward/> [dernière consultation le 10 avril 2018].

⁷²⁰ V. Le « Rapport du Comité de lois du Parlement (chinois) concernant les résultats de la délibération portant sur les propositions initiées au cours de la deuxième réunion de la 12^{ème} APN » (全国人民代表大会法律委员会关于第十二届全国人民代表大会第二次会议主席团交付审议的代表提出的议

(Livre I) a été mis en ligne sur l'Internet pour consultation publique en juillet, octobre et décembre 2016⁷²¹. Les représentants du peuple chinois ont été sollicités deux fois pour donner leurs opinions et des copies du projet ont été transmises aux départements des autorités centrales, aux assemblées populaires locales et aux universitaires⁷²². Finalement, le Livre premier intitulé « *Dispositions générales* » a été adopté au cours de la cinquième session de la douzième Assemblée Populaire Nationale, en conformité avec le plan de rédaction, à savoir, la formulation des principes généraux du code dans un premier temps, et la rédaction de dispositions spécifiques dans un second temps⁷²³.

110. Le projet de Code civil, champ de bataille idéologique des comparatistes⁷²⁴. Avant l'influence occidentale, la tradition juridique chinoise ne connaissait pas la distinction entre droit public et droit privé, de la même manière que le concept de Code civil lui était totalement étranger. Aussi, n'est-il pas présomptueux d'affirmer que l'adoption en cours du Code civil chinois constitue le plus gros transfert de droit qu'ait connu la Chine depuis la fondation de la République Populaire. « *La Chine entre dans l'ère du Code civil* » (中国进步 “民法典时代”) est-il possible de lire encore dans la promotion du projet de Code civil de la part des autorités⁷²⁵. Est-il possible, en ce sens, de comparer cette entreprise de codification à celle qu'a connue la France il y a deux cents ans ? À ce titre, quelques brèves remarques doivent être faites. Il est incontestable que les deux codes civils sont le résultat d'une volonté politique forte, mais si le Code civil français vise à consacrer un ordre *social* développé par Bonaparte au lendemain de la Révolution⁷²⁶, le Code

案审议结果的报告) (plan quinquennal 2013-2018) du 28 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-02/27/content_1932703.htm [dernière consultation le 04 octobre 2017].

⁷²¹ V. à ce sujet la page spécialement consacrée aux travaux de l'élaboration du Code civil chinois sur le site de l'APN : http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/node_30514.htm [dernière consultation le 04 octobre 2017].

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Zhang Xianchu, préc., pp. 115.

⁷²⁴ Les modèles étrangers qui ont inspiré le législateur chinois pour la fabrication du Code civil chinois sont le modèle français et le modèle allemand. V. Notamment le « résumé » de leur principales caractéristiques dans un article intitulé « Aperçu général des droits civils sino-étrangers » (« 国外民法概览 ») publiées dans la *Gazette de l'APN* (中国人大杂志) n°13, 2016) et disponible sur le site du Parlement chinois à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2016-08/03/content_1994732.htm [dernière consultation le 24 avril 2018].

⁷²⁵ *Ibid.* Ce slogan a été utilisé lors de la communication des premiers résultats de la consultation publique du projet de Code civil au pouvoir législatif.

⁷²⁶ Jean-François Niort, *op.cit.*, p. 133.

civil chinois vise quant à lui à consolider un ordre *socialiste*⁷²⁷. Cela signifie t-il dès lors qu'en cas de changement politique, le code chinois serait amené à disparaître ? À moins de rompre totalement avec sa tradition de codification, on peut en douter. Toutefois, l'orientation idéologique du code chinois illustre une différence de taille qui marque la distinction essentielle, selon nous, avec le code napoléonien. Bien que ce dernier soit « révolutionnaire », il garde l'empreinte de l'Ancien Droit du royaume de France, que ce soit en raison d'une certaine idéologie juridique de l'Ancien régime persistante chez ses interprètes⁷²⁸ ou de la consécration de principes beaucoup plus anciens, comme la conception romaine de la propriété. En Chine, les courants doctrinaux réformateurs ont pour particularité de puiser dans les systèmes de droit étrangers pour penser les innovations chinoises.

Ainsi, pour reprendre le cadre intellectuel amorçant le projet de codification avorté de 2002, l'importance des débats doit être soulignée. Ces derniers sont caractérisés par leur analyse matérialiste des codes et le choix du modèle étranger à suivre : le modèle allemand (et plus particulièrement l'école pandectiste de Savigny) ou le modèle français⁷²⁹. La vision des partisans de chacun des deux modèles est à ce titre très intéressante. Pour Liang Huixing, favorable à un Code civil chinois structuré sur la base du BGB, l'esprit de systématisme doit prédominer ; il s'oppose notamment à l'adoption d'un Code civil en plusieurs étapes successives⁷³⁰ et à l'adoption d'une partie distincte des droits de la personnalité et milite pour une partie du code distincte sur les droits réels⁷³¹. Pour cet auteur, le fait qu'il n'y ait pas de partie similaire dans le Code civil français reflète simplement « l'insuffisance de la doctrine française du XIX^e siècle qui n'était pas consciente de la distinction entre le droit qui confère au

⁷²⁷ V. l'article de Zhang Weiwei (张维炜) « La Chine entre dans « l'ère du Code civil » (« 中国步入 "民法典时代" »), *Gazette de l'Assemblée Populaire Nationale*, n°13, 2016 et disponible sur le site de l'APN à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2016-08/03/content_1994728.htm [dernière consultation le 07 octobre 2017] et qui reprend les propos de Gu Bingxuan (古炳轩), Vice-président du Comité Permanent de l'APN « *le Code civil doit développer avec énergie l'esprit de la nation chinoise. « L'esprit de notre nation s'incarne pour beaucoup dans plusieurs valeurs centrales du socialisme, il faut [donc] renforcer l'esprit national assimilé à l'amour du pays et considérer cette réforme innovante comme la clé de l'esprit de la nouvelle ère* » (« 在全国人大常委会副委员长古炳轩看来, 民法典应大力弘扬中国的民族精神。 “我们的民族精神有许多体现在社会主义的核心价值观里面, 应该大力弘扬以爱国主义为核心的民族精神和以改革创新为核心的时代精神, 在全社会大力倡导爱国、敬业、诚信、友善等基本道德规范, 培养知荣辱、讲正气、作奉献、促和谐的良好风尚 »).

⁷²⁸ Jean-François Niort, *op.cit.*, p. 243.

⁷²⁹ Jiayou Shi, *op.cit.*, pp. 229 et s. n°322 et s.

⁷³⁰ *Idem*, p. 237 et s. n°334 et s.

⁷³¹ *Id.*, pp. 234-235 n°332.

titulaire un pouvoir direct sur une chose (*zhipai quan* 支配权) et le droit d'exiger d'un autre une certaine prestation (*qingqiu quan* 请求权)⁷³² ». Inversement, pour Xu Guodong, c'est la tradition germanique centrée sur la propriété qu'il faut rejeter : le Code civil français, modelé sur la base des relations personnelles, permettrait à la Chine d'adopter l'approche du « *nouvel humanisme*⁷³³ ». Le Pr. Jiayou Shi explique notamment la conception de l'auteur francophile : « l'époque du BGB a été marquée par l'ampleur sans précédent de la révolution industrielle caractérisée par "l'asservissement de l'homme par la machine" et par "l'aliénation" dénoncés par Marx⁷³⁴ », comme en témoigneraient les dispositions du BGB qui consacrent les biens avant les personnes. Ainsi le Code civil français exprimerait « la préexistence [...] et la prééminence [...] de l'homme par rapport aux choses dans un monde matériel, et également aussi un pessimisme philosophique (s'agissant des rapports entre l'homme et la nature⁷³⁵ ». L'anthropocentrisme du Code civil français, également dénoncé par l'auteur chinois, doit toutefois laisser la place à une relation plus harmonieuse entre l'homme et la nature⁷³⁶.

En outre, d'autres courants, sans doute moins rigoristes, ont œuvré au projet de codification civile : le courant dit libéral et pragmatique, à la tête duquel figure Jiang Ping, qui défend la flexibilité des systèmes relevant de la *common law*, ou encore le courant « contextualiste », avec pour représentant Wang Liming. Pour ce dernier, la codification chinoise doit s'inspirer du modèle allemand tout en apportant des modifications structurelles plus conformes aux caractéristiques chinoises⁷³⁷. Dans cette optique⁷³⁸, les nouvelles *Dispositions générales du Code civil* chinois ne doivent pas trop s'écarter de la forme des PGDC de 1986 en neuf chapitres et peuvent reprendre les valeurs qui y sont consacrées (*i.e.* l'égalité des sujets de droit privé, l'importance accordée à la dignité humaine, la mise en valeur de l'autonomie privée...). Il estime que les *Dispositions Générales* doivent être agencées selon la logique « sujet (主体) - objet (客体) - acte juridique (法律行为) - responsabilité

⁷³² *Ibid.* ; Sur la notion de *Qingqiu quan* dans une approche processualiste, V. *Infra* n°255.

⁷³³ Zhang Xianchu, préc., p. 120.

⁷³⁴ Jiayou Shi, *op.cit.*, p. 239 n°335.

⁷³⁵ Xu Guodong, traduction et citation reprises de Jiayou Shi, *op.cit.*, p. 239 n°335.

⁷³⁶ Chose faite avec l'adoption d'un « principe vert » dans les *Dispositions générales* du Code civil chinois. *Infra* n°118.

⁷³⁷ Zhang Xianchu, préc., p. 121.

⁷³⁸ Wang Liming (王利明), « Le chemin législatif des *Dispositions générales* de droit civil » (« 民法总则的立法思路 »), *Seeking truth*, (求是学刊), vol. 42, n°5, sept. 2015, pp. 78-86.

civile (民事责任) », logique qu'il attribue notamment à Savigny. Plus concrètement, il déplore que les PGDC de 1986 s'appuient sur les modes de propriété pour distinguer les personnes morales⁷³⁹ et défend la distinction occidentale entre « personne morale associative » (社团 organisation de masse) et les personnes morales « financières » (财团), ou, plus communément, la distinction entre entreprise à but lucratif et à but non lucratif. Concernant les droits de la personnalité (人格权), cet auteur les distingue des droits que détient un individu sujet de droit : les droits de la personnalité sont la base des relations juridiques (patrimoniales et personnelles), ils forment le caractère de l'individu et sont constitués par la capacité et la qualification de ce dernier. Toutefois, et de manière étonnante, il s'oppose à les intégrer dans la partie *Dispositions générales* : pour l'auteur, l'apparition des nouveaux droits de la personnalité conduit à devoir les insérer dans une partie distincte du Code afin de les dissocier clairement des notions de capacité et de qualification⁷⁴⁰.

2. Les Dispositions générales du Code civil chinois⁷⁴¹.

111. Structure des Dispositions générales. Il serait tentant de croire que le contenu des *Dispositions générales* marque la victoire de l'un ou l'autre camp doctrinal. En réalité, si les projets de codification se sont beaucoup appuyés sur les opinions universitaires, il est encore difficile, au regard des seules dispositions publiées, de qualifier exactement l'esprit du nouveau Code civil chinois⁷⁴². Les *Dispositions générales* sont divisées en onze chapitres, découpés comme suit : les règles fondamentales (基本规定, art. 1 à 12), les personnes physiques⁷⁴³ (自然人, art. 13 à 56), les personnes morales (法人, art. 57 à 101), les groupements non dotés de la

⁷³⁹ *Idem*, p. 80. Ainsi les entreprises personnes morales sont distinguées entre les entreprises d'État (全民所有制企业) de celles faisant l'objet d'une propriété collective (集体所有制) ; elles se distinguent également selon l'entité qui contrôle la personne morale entre entreprise (企业), organe (机关), unité institutionnelle (事业单位) et groupement social (社会团体).

⁷⁴⁰ *Id.*, p. 81 ; V. Aussi Zhang Xianchu, préc., p. 118 : le principal adversaire de Wang Liming, Liang Huixing, s'oppose à cette conception. V. Aussi, Hélène Piquet, « Un code à décoder : le futur code civil chinois », préc., pp. 146-147.

⁷⁴¹ *Dispositions générales de droit civil de la RPC* (ci-après *Dispositions générales*), (中华人民共和国民法总则), adoptée le 15 mars 2017 lors de la 5^{ème} session de la 12^{ème} Assemblée Populaire Nationale, disponible en intégralité et en chinois à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018907.htm [dernière consultation le 04 octobre 2017].

⁷⁴² Même s'il semble que le courant de Wang Liming ait eu plus de répercussions.

⁷⁴³ La traduction littérale de « personne naturelle » (自然人) est trop polysémique.

personnalité morale⁷⁴⁴ (非法人, art. 102 à 108), les droits civils (民事权利, art. 109 à 132), les actes juridiques civils (民事法律行为, art. 133 à 160), la représentation (代理, art. 161 à 175), la responsabilité civile (民事责任, art. 176 à 187), le délai de prescription des actions en justice (诉讼时效, art. 188 à 199), les modalités de computation des délais (期间计算, art. 200 à 204) et deux derniers articles supplémentaires (205 et 206)⁷⁴⁵.

112. Du point de vue terminologique, les qualifications de citoyen (公民) ou de partie (当事人) employées dans les Principaux Généraux de Droit Civil de 1986 (PGDC de 1986) ont été remplacées par celles de sujet civil (民事主体) ou de personne physique (自然主体). Le Code civil chinois a désormais vocation à « protéger les intérêts légaux des sujets civils et à régler les relations civiles⁷⁴⁶ », de « nature personnelle ou patrimoniale, entre des individus, des personnes morales et des groupements non dotés de la personnalité juridique égaux en droit⁷⁴⁷ ». La protection des droits civils est réaffirmée avec plus d'insistance puisqu'elle est consacrée à l'article 3 à la place de l'ancien article 5⁷⁴⁸. Les personnes vulnérables ne souffrent plus forcément de « troubles mentaux⁷⁴⁹ » et seule leur capacité de discernement est prise en compte dans la loi⁷⁵⁰. En outre, les distinctions consacrées dans les PGDC de 1986 au sein des personnes morales⁷⁵¹ (法人), entre les

⁷⁴⁴ *Dispositions générales*, art. 102, al. 2 : ces groupements (非法人组织) incluent entre autres les entreprises publiques (独资企业), les entreprises de partenariat (合伙企业) et les organismes de service spécialisé non dotés de la personnalité juridique (不具有法人资格的专业服务机构).

⁷⁴⁵ La structure générale du Code civil chinois sera divisée en cinq parties, respectivement les contrats, la propriété, la responsabilité délictuelle, le mariage et la famille et les successions. Pour une présentation générale et en anglais des nouvelles dispositions, V. Yang Cui, Guang Li, « Book One of the Chinese Civil Code : China's General Provisions of Civil Law Promulgated », disponible à l'adresse suivante : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5d4f7895-c7be-424c-b775-924a7ff8f1f6> [dernière consultation le 04 octobre 2017].

⁷⁴⁶ *Dispositions générales*, art. 1 ; *Comp. PGDC* (1986), art. 1.

⁷⁴⁷ *Dispositions générales*, art. 2.

⁷⁴⁸ Long Weiqiu (龙卫球), « Le sens de la systématisation et de l'évolution du contenu des principes fondamentaux du code civil chinois – décodage et réévaluation des articles 3 à 9 des *Dispositions générales de droit civil* », (« 我国民法基本原则的内容嬗变与体系化意义 — 关于“民法总则”第一章第3-9条的重点解读 »), *Recherche sur la modernisation de l'État de droit* (法治现代化研究) n°2, 2017, pp. 26-36. L'auteur indique que ce principe de protection incarne le but du droit civil ; sa place parmi les premiers articles a été débattue, certains députés constatant qu'en pratique le droit est insuffisant à assurer cette fonction.

⁷⁴⁹ PGDC (1986), art. 13 : « les personnes souffrant de troubles mentaux qui ne peuvent pas reconnaître leur propre comportement » (« 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人 »).

⁷⁵⁰ *Comp. PGDC*, art. 13 et *Dispositions générales*, art. 21.

⁷⁵¹ PGDC (1986) art. 36-53.

entreprises⁷⁵² (企业法人) d'un côté, les groupements sociaux (社会团体法人), les unités gouvernementales (机关单位) et les institutions⁷⁵³ (事业单位) de l'autre et les joint-ventures⁷⁵⁴ (联营) ont été remplacées par une division plus familière entre personne morale à but lucratif⁷⁵⁵ (营利法人), personne morale à but non lucratif⁷⁵⁶ (非营利法人), personne morale particulière⁷⁵⁷ (特别法人) et organisation non dotée de la personnalité morale⁷⁵⁸ (非法人组织). Enfin, si l'on retrouve la traditionnelle unité chinoise du *danwei*⁷⁵⁹ (单位) dans les personnes morales à but non lucratif, la loi n'en fait plus mention dans les régimes de représentation où elle intervenait notamment dans la gestion des terres appartenant à l'État (PGDC de 1986, art. 80⁷⁶⁰) et des ressources naturelles appartenant à l'État⁷⁶¹, ni dans le régime de représentation légale où elle pouvait jouer un rôle non négligeable dans la désignation du tuteur des personnes mineures ou incapables⁷⁶².

⁷⁵² PGDC (1986), art. 41-49.

⁷⁵³ PGDC (1986), art. 50.

⁷⁵⁴ PGDC (1986), art. 51-53.

⁷⁵⁵ *Dispositions générales*, art. 57-86.

⁷⁵⁶ *Dispositions générales*, art. 87-95.

⁷⁵⁷ *Dispositions générales*, art. 96-101.

⁷⁵⁸ *Dispositions générales*, art. 102-108 : cette section inclut notamment les entreprises publiques, les partenariats d'entreprises et tout autre groupements de services spécifiques qui n'ont pas la personnalité juridique.

⁷⁵⁹ Les *danwei* sont des unités de travail créées sous la période maoïste. Stéphanie Balme en donne une très brève présentation : « une *danwei* est une entreprise collective au sens large. Placée sous la tutelle du Parti et de l'administration, la *danwei* organise l'ensemble des activités, tant professionnelles que privées, des individus qui la composent » (*Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 102) ; Judith Audin (« Le quartier, lieu de réinvention des relations État-société en Chine urbaine : l'exemple des comités de résidents à Pékin », *Raisons politiques*, vol. 29, n°1, 2008, pp. 107-117) explique que ces *danwei* offraient aux employés un logement (accompagnés des services sociaux) dans leur lieu de travail ; si la Chine contemporaine connaît une désolidarisation du lieu de résidence et du lieu de travail, les Comités de résidents des zones citadines se substituent en partie aux unités de travail. L'auteur qualifie ces Comités de *passerelles* entre l'État et la société.

⁷⁶⁰ PGDC (1986), art. 80, al. 1^{er} : « Les terrains appartenant à l'État peuvent être utilisés, selon la loi, par les unités de travail comme propriété collective ; ils peuvent aussi être assignés à l'usage d'unité de travail comme propriété collective. L'État doit protéger l'usufruit du terrain et les usufruitiers doivent le gérer, le protéger et en faire bon usage ».

⁷⁶¹ Les PGDC de 1986, dans leur article 81, al. 1 et 2, prévoient le même droit d'usufruit que l'article 80 (attribué aux *danwei*) sur les forêts, les montagnes, les prairies, les plages, les points d'eau et les autres ressources naturelles considérés comme propriétés de l'État.

⁷⁶² PGDC (1986), art. 16, al. 2 (3), al. 3 et 4. Cette disposition prévoit, dans le cas du décès des parents ou lorsqu'ils se révèlent incapables à exercer l'autorité parentale, que les unités de travail desquelles les parents du mineur relèvent peuvent approuver le choix du tuteur de l'enfant mineur. En outre, en cas de conflit portant sur le choix du tuteur du mineur, ces mêmes unités peuvent nommer un tuteur parmi les proches de l'enfant voire, en dernier recours, agir comme tuteur de l'enfant (ce pouvoir est également attribué aux comités de village du lieu de résidence des parents). En matière de régime de protection des incapables : PGDC, art. 17, al. 1^{er} (5), al. 2 et 3.

113. Plusieurs modifications ont été apportées en droit substantiel portant notamment sur le droit des personnes, la prescription des délais pour agir et les droits individuels. En outre, les *Dispositions générales du Code* sont marquées par l'intégration de deux nouvelles dispositions innovantes et surtout inséparables du contexte social de la Chine : le principe vert et la loi du bon samaritain.

114. **La reconnaissance du statut du fœtus.** Jusqu'à la publication des *Dispositions générales*, le statut du fœtus n'était pas reconnu en droit chinois. L'article 9 des PGDC de 1986 énonce en effet que « *les citoyens, de leur naissance à leur décès, sont capables civilement, possèdent légalement des droits civils et sont tenus de devoirs civils* ». Dans cette optique l'enfant conçu n'a aucun caractère juridique. Or, cette règle s'est révélée malencontreuse au regard de la *Loi sur les successions*, qui dispose qu'« *au moment de la liquidation successorale, il faut préserver la part revenant au fœtus. Si celui-ci naît mort-né, la part préservée est traitée selon les dispositions relatives à la succession*⁷⁶³ ». La question de savoir comment un fœtus, non doté de la personnalité juridique au sens civil, peut tout de même hériter – en l'absence de la fiction romaine de l'*infans conceptus* – a suscité bon nombre de débats⁷⁶⁴. Aussi, si les *Dispositions générales* conditionnent toujours l'acquisition de la personnalité juridique à la naissance⁷⁶⁵, le nouvel article 16 dispose que « *lorsqu'il s'agit d'hériter, d'accepter un legs ou de protéger les intérêts du fœtus, celui-ci est considéré comme possédant la capacité civile*⁷⁶⁶ ». Toutefois, l'article poursuit en indiquant que si le fœtus est mort-né, sa capacité civile est réputée

⁷⁶³ *Loi sur les successions* (中华人民共和国继承法), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, art. 28 (« 遗产分割时, 应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的, 保留的份额按照法定继承办理 »).

⁷⁶⁴ Et ce, d'autant plus que selon l'article 49 de la *loi pénale*, la peine capitale n'est pas applicable à la femme enceinte jugée coupable. Certains auteurs ont justifié cette disposition par la reconnaissance, en droit pénal, du fœtus en tant que personne. V. La réponse du bureau d'étude de la CPS relative à l'interprétation de la règle selon laquelle la peine de mort est inapplicable si la personne coupable est enceinte (关于如何理解“审判时怀孕的妇女不适用死刑”问题的电话答复) et dans laquelle elle précise que « *lorsque le défendeur est enceinte pendant la période de détention, peu importe que sa grossesse contrevienne à la politique du contrôle des naissances, peu importe également qu'il y ait fausse couche naturelle ou provoquée et peu importe enfin la durée, entre la fausse couche, et la tenue du procès ou le prononcé du jugement, la peine capitale ne s'applique pas* » : cette interprétation a été donnée en réponse à la pratique de l'avortement forcé effectué avant la période du procès sur la femme enceinte pour pouvoir la condamner à la peine capitale. Citée dans Zhou Xiang (周详), « La reconnaissance et la protection pénales du "droit à la vie" du fœtus » (« 胎儿“生命权”的确认与刑法保护 »), *Faxue*, n°8, 2012, p. 57.

⁷⁶⁵ *Dispositions générales*, art. 9.

⁷⁶⁶ *Dispositions générales*, art 16 : « 涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的, 胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的, 其民事权利能力自始不存在 ».

ne jamais avoir existé. La protection du fœtus est certes une avancée mais, l'écriture de cet article amène plusieurs questions. Tout d'abord, jusqu'où s'applique la « protection des intérêts du fœtus » ? Liang Huixing indique que ce dernier doit être considéré comme incapable mais, par l'intermédiaire de ses représentants légaux agissant en tant que « tuteurs », il pourrait recourir à l'action en responsabilité civile⁷⁶⁷. Rien n'est cependant précisé quant à la nature du dommage indemnisable... De manière plus étonnante encore, dans le cas de figure où les parents, agissant au nom de l'enfant *in utero*, parviendraient à engager une action en responsabilité conduisant au paiement de dommages et intérêts et que ce dernier naîtrait mort-né, l'auteur précité explique que l'individu dont la responsabilité a été engagée pourrait être remboursé sur le fondement...de l'enrichissement sans cause⁷⁶⁸. Une telle solution n'est évidemment pas en faveur de la sécurité juridique, sans même parler du ressentiment des parents.

115. Les délais pour agir. Le délai de droit commun pour agir en justice en matière civile a été augmenté de deux à trois ans⁷⁶⁹. Le point de départ, de manière générale, reste inchangé et commence, à l'instar du droit français⁷⁷⁰, au jour où le titulaire d'un droit a connaissance ou aurait dû connaître le dommage *et* l'auteur du dommage⁷⁷¹ ; pour les mineurs, le point de départ commence à leur majorité⁷⁷² (18 ans) et les nouvelles dispositions précisent que la prescription de l'action en justice ne peut être soulevée d'office par le juge⁷⁷³. Enfin, l'article 196 expose certaines actions imprescriptibles, à savoir : les demandes en cessation d'un trouble, en suppression d'une entrave, en dissipation d'un danger ; les actions en restitution d'un bien

⁷⁶⁷ Liang Huixing (梁慧星), « Comprendre et appliquer les principaux articles des "Dispositions générales" » (« “民法总则” 重要条文的理解与适用 »), *Journal of Sichuan University*, vol. 211, n°4, 2017, p. 53. Il explique notamment que dans la pratique, certains tribunaux locaux ont déjà accepté de faire droit à une action en indemnisation formée pour le compte du fœtus.

⁷⁶⁸ *Idem*, p. 54 : « 如果胎儿娩出时是死胎, 那么其已经取得的权利应如何处置? 按照民法理论, 胎儿已继承的遗产, 受赠财产及获得的损害赔偿金, 应当按不当得利处理 ».

⁷⁶⁹ PGDC (1986), art. 135 ; *Comp. Dispositions générales*, art. 188.

⁷⁷⁰ Code civil français, art. 2224.

⁷⁷¹ PGDC (1986), art. 137, al. 1 ; *Dispositions générales*, art. 188, al. 2 : il est à noter que la rédaction de la nouvelle loi requiert la connaissance du dommage subi *et* (以及 « et » non pas « ou ») de l'auteur du dommage. *Comp.* Pour la France : Code civil art. 2224 : Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

⁷⁷² *Dispositions générales*, art. 191.

⁷⁷³ *Idem*, art. 193.

immobilier⁷⁷⁴ ou d'un bien mobilier déclaré ; les demandes portant sur des créances alimentaires et toutes autres demandes dont le délai pour agir est supprimé en vertu d'autre loi. Les parties ne peuvent pas renoncer par avance au délai pour agir⁷⁷⁵ dont la durée, les actions en nullité (撤销权) à l'égard des actes juridiques (民事法律行为⁷⁷⁶) est quinquennale.

116. La protection des personnes vulnérables. Les nouvelles *Dispositions générales* abaissent également l'âge de la capacité civile à huit ans (contre dix ans dans les PGDC). Les enfants en dessous de cet âge sont considérés comme incapables. Ceux âgés d'au minimum huit ans ont une capacité civile limitée : ils peuvent réaliser des actes civils avec l'accord de leur représentant ou bien seuls, dans l'hypothèse où l'acte leur est exclusivement bénéficiaire ou est conforme à leur âge et leur niveau d'intelligence⁷⁷⁷.

117. L'apparition de nouveaux droits individuels. Alors que les PGDC de 1986 placent les droits personnels dans la quatrième section du cinquième chapitre intitulé « droits civils », après les droits de propriété, la responsabilité, et les droits de propriété intellectuelle, les nouvelles *Dispositions générales* consacrent, dès le premier article du chapitre sur les droits civils, la protection de la liberté personnelle et de la dignité de l'être humain⁷⁷⁸. De nouveaux droits sont reconnus aux personnes physiques, comme le droit à la vie privée (隐私权) et le droit qu'il convient de rapprocher de l'intégrité du corps humain⁷⁷⁹ (身体权), ainsi qu'aux personnes morales et aux groupements non dotés de la personnalité juridique, comme le droit à la réputation (名誉权) et le droit à l'honneur (荣誉权)⁷⁸⁰. En outre, le droit à la protection des données personnelles des personnes physiques est reconnu⁷⁸¹ ; celles-ci ne peuvent être obtenues et utilisées que selon la loi ; ces données ne peuvent être vendues ou rendues publiques illégalement.

⁷⁷⁴ Apparemment, cette action s'expliquerait à cause des terres paysannes qui n'ont pas toutes fait l'objet d'un enregistrement.

⁷⁷⁵ *Dispositions générales*, art. 197, al. 2.

⁷⁷⁶ Les actes juridiques sont définis à l'article 133 des *Dispositions générales* et désignent « les actes par lesquels les sujets de droit manifestent leur volonté pour créer, modifier ou terminer une relation juridique civile ».

⁷⁷⁷ *Dispositions générales*, art. 19.

⁷⁷⁸ *Dispositions générales*, art. 109.

⁷⁷⁹ *Dispositions générales*, art. 110.

⁷⁸⁰ *Dispositions générales*, art. 110, al. 2.

⁷⁸¹ *Dispositions générales*, art. 111. (自然人的个人信息受法律保护).

118. Le principe vert : 绿色原则. L'article 9 des *Dispositions générales* dispose que « *les sujets civils engagés dans des activités civiles doivent contribuer à sauver les ressources naturelles et à protéger l'écosystème*⁷⁸² ». Les problèmes liés à la protection de l'environnement font souvent l'actualité en Chine bien qu'ils ne s'arrêtent pas aux frontières du pays. En dépit des campagnes politiques anti-pollution menées depuis 1996⁷⁸³ et du déploiement des médias pour dénoncer les affaires de pollution, les lois en faveur de la protection de l'environnement sont peu appliquées en raison des intérêts locaux en jeu⁷⁸⁴. L'inefficacité de ces lois est très souvent dénoncée en Chine⁷⁸⁵ comme à l'étranger⁷⁸⁶. En 2014, la *Loi sur la protection de l'environnement* a été amendée pour la première fois depuis son adoption en 1989⁷⁸⁷ pour inclure, notamment, la création d'une action de groupe⁷⁸⁸ et imposer une plus grande sévérité dans la sanction des actes pollueurs. Toutefois, il a été reproché à ladite loi de consacrer *en principe* seulement la responsabilité pour pollution⁷⁸⁹, sans expliciter clairement les organisations aptes à agir en justice⁷⁹⁰ et en excluant *de facto* les citoyens du contentieux environnemental. En outre, l'article 64 de la *Loi sur la protection de l'environnement* renvoie à la *Loi sur la responsabilité délictuelle* pour établir la responsabilité du pollueur⁷⁹¹ : or, il apparaît que le seul article de la loi sur la

⁷⁸² « 民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境 ».

⁷⁸³ Et même avant : Stéphanie Balme, « Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014) », préc., p. 399 ; Pour un exemple de « propagande environnementale », V. Annexe n°2.

⁷⁸⁴ Benjamin van Rooij, « Implementation of Chinese Environmental Law : regular Enforcement and Political Campaigns », disponible en libre accès sur le site de l'Université de Leiden à l'adresse suivante :

<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12533/artdandcFinalPubversion.pdf?sequence=1> [dernière consultation le 06 octobre 2017].

⁷⁸⁵ Wang Canfa, « Chinese Environmental Law Enforcement : Current Deficiencies and Suggested Reforms », *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 8, 2007, pp. 159-193, disponible en libre accès à l'adresse : <http://vjel.vermontlaw.edu/files/2013/07/Chinese-Environmental-Law-Enforcement.pdf> [dernière consultation le 04 octobre 2017].

⁷⁸⁶ Stéphanie Beyer, « Environmental Law and Policy in the People's Republic of China », *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, n°1, janvier 2006, pp. 185-211.

⁷⁸⁷ *Loi sur la protection de l'environnement de la RPC* (中华人民共和国环境保护法), dans sa version adoptée le 24 avril 2014 au cours de la 11^{ème} réunion du Comité Permanent de la 7^{ème} Assemblée Populaire Nationale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

⁷⁸⁸ *Loi sur la protection de l'environnement*, art. 58.

⁷⁸⁹ V. l'article publié sur le site du tribunal intermédiaire de la préfecture de Shaoguan (province du Guangdong) le 23 juin 2017, « La protection juridique de l'environnement au regard du principe de protection de l'environnement et de l'écosystème des "Dispositions Générales de droit civil", disponible à l'adresse suivante : <http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/37615-?lmdm=1041> [dernière consultation le 06 octobre 2017].

⁷⁹⁰ *Ibid.* : « 没有进行明确的规定哪些机关和组织可以提起诉讼 ».

⁷⁹¹ *Loi sur la protection de l'environnement*, art. 64. « 因污染环境和破坏生态造成损害的，应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任 ».

responsabilité civile en matière environnementale incrimine la « pollution environnementale » privant le juge de fondement juridique pour les actes les plus graves (comme la destruction de l'environnement⁷⁹²). Aussi, la consécration, au titre des règles fondamentales (基本规定) de la protection de l'environnement dans les activités civiles offre aux tribunaux populaires un fondement juridique plus large, qui permet d'englober tout acte civil qui ne contribuerait pas à la sauvegarde des ressources naturelles. Plus globale que le seul préjudice écologique consacré depuis 2016 en droit français⁷⁹³, la protection environnementale « à la chinoise » devrait également jouer un rôle dans la validité des contrats dont l'objet porte sur la gestion des ressources naturelles⁷⁹⁴ et dans la mise en place d'un recours individuel en responsabilité. Pour certains, en effet, le droit à l'environnement pourrait être considéré comme un droit de l'homme au même titre que le droit à la santé⁷⁹⁵. Bien évidemment, à ce stade de la procédure d'adoption du Code civil chinois, il convient

⁷⁹² « La protection juridique de l'environnement au regard du principe de protection de l'environnement et de l'écosystème des "Dispositions Générales de droit civil", préc. [en ligne] : « L'article 64 de la loi sur la protection environnementale indique qu'en cas "de préjudice résultant de la pollution à l'environnement et de destruction écologique, la responsabilité [de l'auteur du dommage] est engagée selon les règles en la matière, telles qu'issues de la loi sur la responsabilité délictuelle de la RPC". [Ainsi, si] aucune règle issue de la loi sur la responsabilité délictuelle ne trouve à s'appliquer, cet article reste lettre morte. En réalité, la loi sur la responsabilité délictuelle ne mentionne que la responsabilité civile en cas de dommage issu de la "pollution à l'environnement" mais aucune règle ne s'applique en cas de destruction écologique. Dans ce dernier cas, le juge, sans fondement légal, est incapable de rendre une décision en faveur de la victime ». (« 我国《环境保护法》第64条规定：“因污染环境和破坏生态造成损害的，应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。”如果侵权责任法不做相关规定，环境保护法的这一条就会落空。实际上，我国现行的《侵权责任法》只规定了“污染环境”造成损害的民事责任，没有规定“破坏生态”造成损害的民事责任，就可能出现因生态破坏遭受的损害，法官找不到法律依据而无法做出支持受害者的裁判 »).

⁷⁹³ La jurisprudence française l'avait déjà consacré en 2012 avec le (triste) célèbre arrêt Erika : Crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938. La chambre criminelle avait réaffirmé l'existence du préjudice écologique tout en précisant que l'insuffisance du mode d'évaluation du préjudice réparable n'est pas un obstacle au bien-fondé de l'action en réparation : Crim, 22 mars 2016, n°13-87650 ; la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a créé un nouveau chapitre dans le Code civil intitulé « La réparation du préjudice écologique » aux articles 1246 à 1252. En France, la Charte européenne sur l'environnement et la santé de 1989 a été intégrée au bloc de constitutionnalité par la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement ; V. également la Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale qui transpose la directive 2004/35/CE du 24 avril 2004 qui créé le Titre IV du Code de l'environnement en matière de prévention et de réparation de certains dommages causés à l'environnement (art. L. 160-1- L. 165-2) qui ne permet cependant pas à la personne victime d'un tel dommage d'en demander la réparation (L. 162-2), d'où la nécessité de consacrer un préjudice écologique dans le Code civil.

⁷⁹⁴ Comme la gestion des déchets, du carbone... Zhang Weiqi (张闹祺), « Discussion sur les règles établissant un droit environnemental dans le Code civil » (« 论民法典中环境规范的体系建构 »), *Environmental protection*, vol. 44, n°21, 2016, p. 55.

⁷⁹⁵ *Ibid.* (« 将环境权作为人格权的一部分，虽然具有财产性内容，但实质意义上更加关涉个人的生存权及自然地位 »).

d'attendre la publication des cinq autres livres du Code civil et les premières décisions de justice en la matière pour que ces questions soient précisées.

119. La loi du bon samaritain. Une autre avancée du Code civil chinois réside dans la règle dite du bon samaritain. Depuis l'affaire Peng Yu où un individu a été condamné après avoir aidé une dame, tombée d'un bus, à se relever⁷⁹⁶, l'incohérence du système de responsabilité a été largement pointée du doigt⁷⁹⁷. Il est en effet courant en Chine qu'un individu en détresse ne trouve personne pour l'aider par peur des représailles judiciaires⁷⁹⁸. Le malaise a été poussé à l'extrême avec la mise en ligne d'une vidéo montrant une petite fille se faire écraser par une dizaine de véhicules jusqu'à ce qu'un sans-abri vienne enlever le corps de l'enfant gisant sur la route⁷⁹⁹. Pour faire face à ce problème et « rectifier » les comportements, le nouvel article 184 du futur Code civil chinois dispose que dans une situation urgente, celui qui aide une personne et qui lui cause un dommage n'est pas responsable civilement⁸⁰⁰. Avant la dernière révision des *Dispositions générales*, cet article mentionnait que si la personne aidée pouvait prouver que la personne aidante avait commis une faute importante et préjudiciable qui aurait pu être évitée, la responsabilité civile du « bon samaritain » pourrait être engagée⁸⁰¹. Or, le but de cet article étant, *in fine*, de promouvoir l'entraide, il a été décidé qu'une exonération totale de responsabilité, sans exception, serait plus adéquate à l'objectif poursuivi⁸⁰². Si cette nouvelle règle est

⁷⁹⁶ Tribunal populaire de Gulou (Nanjing), civil, 3 octobre 2007, n°212 (jugement disponible en intégralité en chinois à l'adresse suivante : <http://www.chinalawedu.com/new/17800a179a2011/2011913caoxin103415.shtml> [dernière consultation le 10 avril 2018] ; le défendeur, reconnu responsable, en première instance, de la chute de Mme Xu et condamné à rembourser 40% des frais hospitaliers, a fait appel du jugement et s'est désisté à la suite d'un accord trouvé avec la partie demanderesse initiale en seconde instance ; Mengyuan Tang, « Does China Need "Good Samaritan" Laws to Save "Yue Yue" ? », *Cornell International Law Journal*, vol. 47, n°1, article 7, pp. 209-210.

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 210.

⁷⁹⁸ Au point que plusieurs villes comme Shanghai (2016), Shenzhen (2013) avaient devancé la loi nationale en tentant d'assurer, au niveau local, la protection juridique des « bons samaritains ».

⁷⁹⁹ La vidéo de l'affaire *Yueyue* du nom de la petite fille de deux ans décédée a été diffusée sur les médias télévisuels et sur l'Internet. Mengyuan Tang, préc., p. 206.

⁸⁰⁰ *Dispositions générales*, art. 184 dans sa version originale : « 因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任 ».

⁸⁰¹ « Annonce des résultats de la délibération du Comité juridique de la 12^{ème} APN concernant les "Dispositions générales en matière civile" » (projet) (第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告), 12 mars 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018917.htm [dernière consultation le 07 octobre 2017] n°10 : « 受助人能够证明救助人有重大过失造成自己不应有的重大损害的，救助人承担适当的民事责任 ».

⁸⁰² Donald Clarke, « Random comments on China's new civil code », disponible à l'adresse suivante : http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog/2017/03/random-comments-on-chinas-new-

justifiée au regard du contexte social chinois, la priorité résidait sans doute dans l'amélioration du mécanisme de la responsabilité civile. En effet, pour certains, il se s'agit pas tant d'instaurer un devoir de « secours » que de corriger, plus généralement, les dérives judiciaires en matière d'indemnisation, caractérisées par la recherche d'un payeur plus que d'un responsable⁸⁰³.

B. La pensée juridique chinoise est-elle tributaire de son rapport au passé ?

1. *L'ambiguïté des transferts de droit* (法律移植).

120. Droit et réalité locale. Dans certains cas, les transferts de droit n'offrent pas les résultats espérés ou sont instrumentalisés : ainsi en est-il, par exemple, de la promotion de l'État de droit en Chine (法治) au travers d'annonces politiques et, surtout, d'affiches de propagande dans tout le pays⁸⁰⁴ ou, comme on vient de la voir, de l'hypothèse d'une action *in rem verso* à l'encontre des parents qui auraient engagé la responsabilité d'un individu ayant endommagé le fœtus mort-né⁸⁰⁵. Dans une certaine mesure, il n'est donc pas surprenant qu'au niveau de *l'effectivité* du droit, certains auteurs soutiennent qu'en Chine, le décalage entre la formulation de la loi et son impact réel dépendrait de son inadéquation avec les réalités locales⁸⁰⁶, alimentant de ce fait un discours plus conservateur⁸⁰⁷. Rappelons ainsi que depuis les années 90, une vision plutôt hostile aux transferts de droit bruts gagne du terrain en Chine.

[civil-code.html](#) [dernière consultation le 07 octobre 2017]. Ce même auteur, dans un post publié sur le site [thechinacollection.org](#) [disponible à l'adresse <http://thechinacollection.org/chinas-new-civil-code-good-samaritan-law/>], dernière consultation le 10 décembre 2017], déplore la création du nouvel article 184 des *Dispositions générales* : ce n'est pas la règle du bon samaritain dont la Chine a besoin mais d'un renforcement des exigences probatoires en matière de responsabilité délictuelle.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ V. Annexe 1 ; Liang Zhiping : « Tradition and Change », *Cultural Dynamics*, 11 (2), 1999, p. 216 : cette méthode de la propagande s'inscrit dans ce que l'auteur dénomme la « dissémination du droit » au niveau des localités.

⁸⁰⁵ Les incohérences issues des transferts de connaissances ne sont pas limitées à la sphère juridique et se retrouvent dans d'autres disciplines telle que la philosophie : le philosophe chinois He Lin (贺麟, cité par Nie Xin (聂鑫), « De quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? » (« 中国需要什么样的法理学 ? »), *Revue critique du droit chinois* (中国法律评论), vol. 11, n°3, 2016, p. 11) dans son *Étude de philosophie chinoise des cinquante dernières années* déplore ainsi que les philosophes chinois qui acceptent les concepts occidentaux n'en comprennent pas les racines : ils ne recherchent pas les sens des réflexions étrangères mais seraient en quête de la « création d'un modèle ».

⁸⁰⁶ Zhu Suli (朱苏力), *État de droit et ressources locales* (法治及其本土资源), Presse Universitaire de Beijing, 2015, 3^{ème} éd..

⁸⁰⁷ Bien que le discours néoconservateur résulte plus généralement de l'échec des réformes des années 80 en raison des fortes inégalités sociales et de richesse du pays.

Stéphanie Balme, ne mâche d'ailleurs pas ses mots pour décrire cette division entre la « ligne officielle hostile au « modèle occidental », prônant un retour à la tradition (*bentuhua*) [...] mettant en avant un essentialisme chinois (*guoqing*) et, d'autre part, une réforme substantielle du droit positif qui, depuis 150 ans, est devenu un produit hybride n'excluant finalement que ses propres sources⁸⁰⁸ ».

La réalité semble un peu plus nuancée ou, en tout cas, moins manichéenne⁸⁰⁹. Rappelons la thèse d'Émilie Frenckiel pour qui la montée du néoconservatisme chinois résulte directement de la répartition très inégale des richesses (au sens large, monétaires et intellectuelles) dans la population : face à l'inefficacité du « pragmatisme » des réformes menées par Deng Xiaoping, beaucoup d'intellectuels ont commencé à relativiser les apports des transferts d'idées et de droit, d'autant plus que les réformes juridiques chinoises ont été pensées dans un but économique⁸¹⁰. Le très controversé juriste chinois Zhu Suli s'appuie sur les différences constatées dans les localités pour s'opposer aux transferts en bloc⁸¹¹. Les zones rurales, surtout, auraient encore recours à certaines pratiques, certaines « coutumes » non légalisées, voire, dans certains cas de plus en plus rares, *contra legem*⁸¹². En ce sens, la thèse

⁸⁰⁸ Stéphanie Balme, « Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014) », préc., p. 396. Pour l'auteur, ce résultat est l'héritage du modèle soviéto-stalinien hérité du maoïsme. En outre, la promotion des ressources endogènes dans la réforme du droit chinois comme le conçoit par exemple Zhu Suli est incompatible avec un discours occidental qui se réclame universel, ce qui explique, sans doute, son rejet assez violent par les sinologues étrangers. V. Par exemple, Zhu Suli, (朱苏力), « Réforme du droit, État de droit et ressources locales » (« 变法, 法治及本土资源 »), *In État de droit et ressources locales* (法治及其本土资源), *op.cit.*, pp. 12-13 (pour un exemple du recours à l'expérience juridique étrangère dans une approche fondée sur le matérialisme historique, où le droit étranger doit avoir une fonction d'alerte (警醒作用) dans la construction du système juridique chinois issu de la réforme économique de marché).

⁸⁰⁹ Liang Zhiping, préc., pp. 215-216. L'auteur donne l'exemple de la création du système de responsabilité des foyers (système qui accorde un droit aux familles de cultiver des terres en échange de donner une partie de leur récolte à l'État) pour rejeter la dichotomie faite entre les ressources sociales et le système formel, qui renvoie généralement à l'opposition entre tradition et modernité. Ce système, actuellement reconnu par la loi, aurait émergé des paysans eux-mêmes à partir d'un système informel de résistance à l'État.

⁸¹⁰ À savoir la transition entre une économie planifiée et une économie de marché. Or, pour Zhu Suli, la promotion de l'État de droit chinois ne peut ni se contenter de poursuivre un objectif économique, ni résulter d'une simple transposition d'un système juridique étranger. Zhu Suli, « Réforme du droit, État de droit et ressources locales », *op.cit.*, p. 11.

⁸¹¹ Zhu Suli, (朱苏力), « Réforme du droit, État de droit et ressources locales » (« 变法, 法治及本土资源 »), *In État de droit et ressources locales*, *op.cit.*, pp. 3-24 ; du même auteur, « Évitement du droit et pluralisme juridique » (« 法律规避和法律多远 »), *idem*, pp. 44-62.

⁸¹² Liang Zhiping, préc., p. 224 qui donne l'exemple d'une affaire dans laquelle une communauté de villageois refuse à un époux un permis de résidence aux motifs qu'en cas de mariage, c'est à la femme de s'installer chez son mari. Les villageois (qui ont également commandé la destruction de la résidence de l'épouse) ont été condamnés en première et seconde instances pour violation des droits civils du couple qui sont consacrés dans la Constitution, les PGDC de 1986 et dans la *loi sur le mariage* ; V. Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, *op.cit.*, pp. 146-159 sur la théorie du

d'un « pluralisme juridique » chinois (法律多远⁸¹³) trouverait un certain écho : conçu dès lors dans une logique d'opposition, le pluralisme juridique serait principalement illustré en Chine par le décalage entre ce que Zhu Suli dénomme le droit « folklorique » (民间法律⁸¹⁴) et le droit officiel. Pour l'auteur, le droit du folklore fait référence à la culture juridique chinoise qu'il conçoit essentiellement dans la communauté rurale et qui se serait développé en réponse à l'insuffisance du droit étatique⁸¹⁵. Inversement, le droit officiel résulte principalement du droit écrit et des normes issues des organismes habilités à « faire le droit » : il constitue, plus simplement, l'idée du droit moderne en Chine, caractérisé par un droit civil, une Constitution, etc⁸¹⁶. Adoptant le point de vue matérialiste plus que positiviste, une des thèses principales de cet auteur porte sur « l'indigénisation » du droit qui, pour être accepté et effectif, doit s'appuyer sur les ressources locales de la Chine et non recourir exclusivement à des cadres conceptuels occidentaux⁸¹⁷. Pour Hélène Piquet, ce courant défenseur des valeurs chinoises trouve ses racines dès le début du XXème siècle⁸¹⁸. Si la coloration nationaliste d'un tel discours ne doit évidemment être déniée, la thèse du recours aux ressources endogènes pour un droit plus conforme à la réalité sociale, qui ne serait plus seulement la « *volonté de l'intérêt de la classe dirigeante élevée en volonté d'État*⁸¹⁹ » mais qui s'appuierait notamment sur les

bentuhua impulsée par Liang Zhiping et Zhu Suli. Mme Piquet quant à elle ne se base pas sur le choix des normes invoquées mais sur la conscience des paysans à saisir un tribunal. Elle rejoint la thèse de Fu Hualing qui constate une augmentation de la « conscience des droits » par les populations locales pour critiquer la théorie du *bentuhua* : « Du Mauvais Usage de la Tradition Reconstituée : la Médiation Extrajudiciaire en Chine », préc., pp. 259-260.

⁸¹³ Zhu Suli, « Évitement du droit et pluralisme juridique », *In État de droit et ressources locales, op.cit.*, pp. 57-58 : l'auteur relève quatre principaux conflits de normes constitutifs, selon lui, du pluralisme juridique chinois : les premiers conflits issus des transferts de droit étrangers depuis le XIXème siècle (droits de la *common law*, d'Europe occidentale, de l'URSS et du Japon), les conflits plus anciens opposant le rite à la loi pénale, ceux entre le droit étatique et le droit des minorités et, enfin, les règles pensées sur la base de l'économie planifiée et celles promouvant l'économie socialiste de marché.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 57; V. également le site chinois consacrée au droit du « folklore » : <http://www.xhfm.com/>.

⁸¹⁵ *Id.*, p. 58 : il s'agit du droit développé dans la société chinoise en réponse aux insuffisances du droit étatique et des normes issues des minorités.

⁸¹⁶ Zhu Suli, « Réforme du droit, État de droit et ressources locales », *In État de droit et ressources locales, op.cit.*, pp. 8-9. Considérant que la première fonction du droit réside dans ce qu'il permet de prédire les activités sociales, l'auteur considère que le droit écrit des États modernes n'est pas suffisant à assurer cette fonction : il faut, selon lui, s'appuyer également sur les coutumes, plus effectives à prévoir les échanges sociaux et commerciaux.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 11 : il estime, par corollaire, qu'une société régie par la coutume permet de réduire la force coercitive de l'État.

⁸¹⁸ Hélène Piquet, « Du Mauvais Usage de la Tradition Reconstituée : la Médiation Extrajudiciaire en Chine », préc., p. 257.

⁸¹⁹ Zhu Suli, « Réforme du droit, État de droit et ressources locales », *In État de droit et ressources locales, op.cit.*, p. 3 : « 这种观点的理论基础是法律是一种上升为国家意志的统治阶段的意志 » ;

coutumes pour évoluer, peut trouver un certain intérêt pour un pays peuplé par une cinquantaine de minorités... Et ce, d'autant plus au regard des nouvelles *Dispositions générales de droit civil* qui énoncent très clairement qu'en cas de silence de la loi, c'est dorénavant la coutume qui s'applique⁸²⁰.

Le décalage entre le droit positif et la « réalité » normative se retrouve, paradoxalement, au niveau de l'enchevêtrement entre droit et politique :

« La dissonance observée entre un droit positif relativement éclairé et des pratiques d'État policier ne relève pas d'une contradiction dialectique mais de l'incapacité ou du refus du PCC à créer les mécanismes techniques, juridiques d'élaboration d'un État de droit interdisant par conséquent d'en fonder les principes philosophiques et politiques⁸²¹ ».

121. L'insuffisance d'une analyse institutionnelle de l'influence politique.

Dans son analyse générale de la justice civile en Chine, Stéphanie Balme estime que les lacunes encore présentes dans son développement résultent, principalement, du cantonnement dans la sphère politique du droit civil chinois, matière pourtant décrite comme « neutre » par certains auteurs⁸²². Nous pensons que le véritable problème ne réside pas seulement dans le lien organique ou institutionnel qu'entretiennent le droit et la politique et qui n'est pas propre à la Chine. Certains auteurs l'ont d'ailleurs pointé du doigt bien avant nous :

« Il est important de comprendre que l'approche instrumentale de la légalité n'est pas propre à la Chine. Encore une fois, et de façon quelque peu ironique, la communauté internationale renforce une telle approche à l'égard du droit en Chine, ce qui se manifeste dans deux principaux aspects. Le premier réside dans la manière dont les gouvernements des principales démocraties industrialisées sont parfois

William Alford, « A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 204 : la vision chinoise de la légalité, relativement instrumentale, a été influencée par le comportement des Occidentaux.

⁸²⁰ *Dispositions générales de droit civil*, art. 10 : « Dans les contentieux civils, la présente loi est applicable ; en l'absence de règle, il est possible d'appliquer la coutume à moins qu'elle ne soit contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (« 处理民事纠纷, 应当依照法律; 法律没有规定的, 可以适用习惯, 但是不得违背公序良俗 »); pour Hélène Piquet (« Du Mauvais Usage de la Tradition Reconstituée : la Médiation Extrajudiciaire en Chine », préc., p. 257), les partisans du recours au paradigme local dans l'établissement du droit font de toute façon partie du « renouveau nationaliste promu par le régime chinois »; V. William P. Alford (« A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 208) qui, sans adhérer à la thèse du paradigme local, critique la transposition de la notion libérale de légalité transposée en Chine comme inadéquate au regard de son contexte politique.

⁸²¹ Stéphanie Balme, « Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014) », préc., p. 395.

⁸²² Jean-Pierre Cabestan, « Chine : un État de lois sans État de droit », préc., p. 659.

enclins à mettre de côté leur propre droit, ainsi que les valeurs et idéaux sous-jacents à leur droit, dans un but économique – d’une manière qui n’est pas sans rappeler celle des précurseurs du XIX^{ème} siècle – confirmant ainsi les croyances des dirigeants chinois les plus cyniques en ce que le droit n’est rien d’autre qu’un outil malléable au service de tels intérêts et aggravant les difficultés auxquels sont confrontés ceux qui, en Chine, ont des visions du droit plus nuancées. [...] Considérons, par exemple, la façon dont la majorité des nations Européennes ont mis de côté leurs obligations internationales en matière de droits humains en refusant de soutenir les résolutions, même les plus clémentes, tendant à analyser la situation de la Chine devant la Commission des droits de l’homme de l’ONU, et ce par crainte de perdre des Airbus et d’autres marchés. [...] le second aspect et sans doute le plus subtil [...] réside dans ce qu’un nombre important d’organisations non gouvernementales, d’organisations gouvernementales étrangères et d’organisations multilatérales font en Chine un travail d’assistance juridique technique. Chacune promeut le rôle que le droit joue dans la construction d’une nation tout en évitant consciencieusement les questions et implications politiques liées [...]»⁸²³.

Qu’il s’agisse du système chinois ou français, à partir du moment où l’adoption d’une loi poursuit un objectif autre que celui de justice – encore que tout dépende du contenu de cette notion – comme par exemple un objectif économique ou sociétal, la loi répond à une volonté politique. Se borner, dès lors, à comparer les liens et influences institutionnels entre parti et État est inutile, si ce n’est pour comparer les degrés de politisation institutionnelle des systèmes juridiques.

En revanche, il est bien plus intéressant de s’attarder sur la sphère intellectuelle dans laquelle est pensé le droit et où se situeraient potentiellement ces fameux « principes philosophiques et politiques ». Beaucoup d’autres sinologues évaluent le système de droit chinois selon le critère de l’État de droit occidental. Or, ces critiques

⁸²³ William Alford, « A Second Great Wall ? China’s Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 203-204 : « *It is important to appreciate that there is nothing uniquely Chinese about instrumental approaches to legality. Again, somewhat ironically, the international community today is reinforcing such an attitude toward law in china in at least two distinct regards. The first lies in the ways in which the governments of the major industrialized democracies are at times willing to slight even their own law and its underlying values and ideals in the service of economic interests – in a manner reminiscent of their 19th-century forerunners – thereby confirming the more cynical of Chinese leaders in their belief that law is nothing but a malleable tool of such interests and compounding the difficulties confronting those in China who might take a more nuanced view of law. [...] Consider the ways in which most major European nations have arguably skirted their international human rights obligations by refusing to support even the mildest of resolutions to examine China’s record before the United Nations Human Rights Commission, for fear of losing Airbus and other sales. [...] A second, perhaps more subtle way in which the international community has, somewhat unwittingly, reinforced the current Chinese leadership’s vision of legality lies in the approach that a number of significant multilateral, foreign governmental, and nongovernmental organizations have taken in their technical legal assistance work in China. Each has touted the role that law can play in nation building while studiously avoiding associated political questions or implications, as if to suggest that the "technical" side of law that might foster economic development can somehow be neatly extricated from its more political dimension* ».

semblent souvent omettre que l'État de droit occidental est un produit d'abord européen, qui s'est construit sur une histoire et des données fondamentalement exogènes à l'histoire chinoise⁸²⁴. Cela ne signifie bien évidemment pas que la Chine ne peut pas mettre en œuvre cette exigence, ni qu'elle y soit réfractaire ; il s'agit simplement de rappeler que l'État de droit constitue, à l'instar d'autres notions juridiques de tradition romano-germanique par exemple, un transfert de droit à part entière.

122. Transferts de droit, droit comparé et technique analytique. Le recours au transfert de droit dans la perspective de *modernisation* contemporaine du système juridique chinois (entendu, si l'on reprend la démonstration de Pierre Étienne Will, comme la capacité d'adaptation de la Chine) nécessite, en premier lieu, une analyse du droit à importer. En reprenant l'exemple du Code civil, l'on ne peut être que surpris devant le nombre d'analyses de droit comparé. Ne pouvant pas s'appuyer sur la propre tradition juridique chinoise qui n'a pas connu de code semblable⁸²⁵, les auteurs chinois cherchent la justification du code et le choix de son modèle dans les droits étrangers. À ce titre, il est intéressant de constater, *au moins dans une certaine mesure*, que la justification du Code civil s'appuie sur une technique d'analyse peu familière dans la pensée des juristes français : le matérialisme historique⁸²⁶. Dans un des articles consacrés au dossier spécial « Code civil chinois », publié en 2016 sur le site de l'Assemblée Populaire Nationale et repris de la *Gazette des tribunaux populaires*, la nature du discours reflète cette technique d'analyse d'origine marxiste, qui consiste en l'examen et en la justification d'un phénomène, en l'espèce le Code

⁸²⁴ Robert Jacob, *op.cit.*, p. 200 : « L'objet d'une histoire de la très longue période est moins la formation du concept de séparation des pouvoirs que celle des conditions qui l'ont rendu pensable. Les textes juridiques des constitutions, dans leur sécheresse, n'enferment pas tout ce que les Occidentaux mettent dans cette idée. Il y entre une part d'implicite, renvoyant à ce qui peut paraître aller de soi parce que, en Occident, cela va de soi depuis longtemps. C'est pourquoi il ne suffit pas qu'un pays recopie dans la constitution qu'il se donne les modèles qu'on lui propose pour qu'aussitôt les résultats escomptés apparaissent comme par enchantement, dans toute la complexité des implications qu'ils postulent. À travers le droit international, l'Occident a entrepris aujourd'hui de donner des leçons au monde et d'universaliser sa conception de l'État de droit. Mais, ce faisant, il n'a pas pris toute la mesure du long chemin qu'il a autrefois parcouru pour y accéder et de l'effort qu'il demande à ceux à qui il propose, ou tente d'imposer, l'acculturation à ses modèles ».

⁸²⁵ À l'exception du projet de Code civil de l'ère républicaine rédigé par Shen Jiaben qui s'éloigne déjà de la « tradition » juridique chinoise (entendue au sens de son ancien système impérial).

⁸²⁶ Cette méthode d'analyse est également utilisée par Zhu Suli dans sa justification, quant à lui, du recours aux ressources endogènes chinoises.

civil, par son explication historique et, surtout, contextuelle⁸²⁷. Plus précisément, l'analyse s'appuie sur la confrontation des codes civils étrangers. Ainsi le contexte d'adoption du Code civil français est détaillé, son rôle et sa fonction de l'époque sont explicités, bref, le Code est recontextualisé, érigé au rang d'objet social à part entière pour apprécier *l'opportunité* de son transfert en droit chinois. C'est, il nous semble, un parfait exemple du processus « sélectif » énoncé par Hélène Piquet pour caractériser les transferts de droit chinois⁸²⁸. Les éléments de droit étranger sont ainsi sélectionnés en fonction de leurs potentiels apports en droit chinois (et plus largement, dans la société chinoise). À titre d'exemple, la catégorie de droit privé vient, en France, de la *summa divisio* romaine. Elle semble tellement ancrée dans les mœurs des juristes qu'aucun n'en discute encore son existence. Et l'on peut dire, sans trop prendre de risque, que cette catégorie sert, en premier lieu, à régler les relations privées. Or, en Chine, l'intérêt des juristes modernes pour la tradition civiliste résiderait moins dans ce que la catégorie de droit privé sert à régler les relations entre individus que de leur offrir un « outil de protection des droits qui ont été mis à mal durant la période maoïste⁸²⁹ » en raison de l'incapacité du droit public à faire respecter les droits fondamentaux des individus. Voici un exemple du détournement fonctionnel d'un droit transféré en vue de l'adapter à la réalité du pays.

2. Les difficultés propres à la science du droit chinoise.

123. Le problème de l'autonomisation de la sphère du droit. Un des seuls points consensuels entre partisans ou non des transferts de droit réside dans le problème de l'autonomisation de la sphère juridique en Chine. En dépit des efforts des Chinois pour rationaliser, objectivement et juridiquement, les raisons des réformes juridiques, la barrière intellectuelle à laquelle ils sont confrontés réside dans

⁸²⁷ En ce sens, la contextualisation est un argument très important en Chine : il a servi notamment à justifier l'échec de l'avant projet de 2002, considéré comme prématuré car la société n'était pas « prête » (熟 « mûre » littéralement) à adopter un tel Code.

⁸²⁸ Hélène Piquet, « Un code à décoder : le futur code civil chinois », préc. p. 135 : le recours aux transferts de droit était déjà sélectif jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle ; du même auteur, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, *op.cit.*, p. 108.

⁸²⁹ Hélène Piquet, « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », préc., p. 61.

l'autonomie du droit par rapport à sa justification politique⁸³⁰. En réalité et comme il a déjà été dit plus haut, aucun État ne peut prétendre, à l'heure actuelle, avoir un droit fondamentalement *apolitique* ; toutefois, ce qui importe, c'est de persévérer à vouloir que le droit reste en-deçà de la politique afin qu'il puisse servir de critère pour juger et contrôler les actes des « puissants⁸³¹ ». L'idéologie n'est en réalité pas nouvelle puisque les premières tentatives de réformes du droit impérial répondaient déjà à de telles considérations – ce qui, nous semble-t-il, a conduit à leur échec. Il s'agissait moins de penser rationnellement la meilleure solution juridique à adopter pour la société chinoise que de faire triompher sa propre idée du droit, qui se déclinait, selon les expériences de chacun, en droit allemand, américain, français ou encore anglais. Parmi tous les transferts de connaissances réalisés au XIX^e siècle, celui qui a conduit à un patchwork juridique semble ainsi le moins satisfaisant. William P. Alford l'explique en raison de deux tensions :

« La première [tension] entre les valeurs sous-jacentes de la légalité occidentale que les membres du mouvement d'auto-renforcement ont essayé d'emprunter et les fins vers lesquelles ils pensaient l'utiliser et la seconde [tension] entre la rhétorique et la réalité de la légalité dans les mains d'un Occident bien trop pressé d'invoquer le droit dans sa relation avec la Chine pour servir le pouvoir⁸³² ».

⁸³⁰ Liu Xuebin, (刘雪斌), Li Yongjun (李拥军), Feng Fei (丰霏), « Trente ans de théorie du droit en Chine depuis la réforme de l'ouverture : 1978-2008 » (« 改革开放三十年的中国法理学：1978-2008 »), *Droit et développement social* (法制与社会发展), vol. 83, n°5, 2008, pp. 3-37. La première période de la science contemporaine du droit chinois (1978 -1989) se caractérise par la transformation de la propagande politique en recherche théorique (avec l'accent mis sur les recherches en pensée marxiste, le renforcement du droit comparé et la promotion de congrès nationaux de chercheurs en droit) ; pendant la deuxième étape (1989 - 1998) l'accélération des réformes offrent de nouvelles opportunités pour les chercheurs en droit. Les thèmes de recherche, exposés lors de conférences, se concentrent notamment sur la relation entre État de droit (法治), droit et économie de marché, l'esprit du droit moderne (现代法的精神), droit de l'homme et système juridique (人权与法制), système juridique et État de droit (法制与法治) ou encore les réformes du système judiciaire, d'exécution des décisions et des lois ; enfin la dernière étape (1998-2008) constituerait la « phase vers la prospérité » (走向繁荣阶段), marquée par la publication de plus de 6000 thèses universitaires, la traduction d'une centaine d'auteurs étrangers (anglo-saxons, français, allemands, russes, japonais) et la remise au gout du jour de la science du droit.

⁸³¹ William P. Alford, « A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 201.

⁸³² William P. Alford, « A Second Great Wall ? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction », préc., p. 203 : « *And perhaps in no area did this attempted patchwork produce a less satisfactory result than in law, given two sets of tensions : one between the values underlying the western legality the self-strengtheners sought to borrow and the ends toward which they sought to deploy it, and the other between the rhetoric and reality of legality in the hands of a West all too ready in its relations with China to invoke law to serve power* ».

124. Marx ou Kelsen ? Cette recherche d'identité juridique se retrouve, tout d'abord, en matière d'ontologie du droit⁸³³, thème privilégié de la science du droit. L'article publié par Xu Aiguo (徐爱国) intitulé « "La mort" de la science du droit chinoise » (« 中国法理学的 "死亡"⁸³⁴ ») est, à ce titre, particulièrement révélateur. Pour ce professeur de la faculté de droit de l'université de Pékin, le système juridique chinois est toujours à un stade de *développement* et n'est pas prêt de disparaître. Cependant, il considère que les réflexions présidant à son fonctionnement ne sont pas viables et il s'attaque notamment à la discipline que l'on peut traduire par « théorie du droit⁸³⁵ » (*litt.* « étude de la raison du droit », 法理学). L'objet de recherche de cette discipline, porte, à l'instar de son homologue français, sur les principes essentiels que révèlent les catégories de droit (civil, pénal, constitutionnel), l'histoire du droit, les procédures judiciaires et les procédures d'exécution. Si cette discipline reste à vocation théorique, son importance réside dans ce qu'elle construit un cadre de pensée et de réflexion au sein duquel évolue le droit en général. Or, pour cet auteur, le problème majeur de la théorie du droit chinoise est sa base idéologique, entretenue par le discours marxiste⁸³⁶, et qui rend difficile toute autonomisation du droit en général :

« Marx considère que le droit a les caractéristiques de classe, qu'il implique [un choix] de valeur et [un choix] idéologique ; il insiste sur la relation entre droit et société qui détermine la domination du droit. Au contraire, dans la théorie pure de Kelsen, le droit doit être indépendant des facteurs politiques, de classe et des résultats sociaux. Un théoricien marxiste ne peut pas coexister avec un théoricien kelsénien ; et quand les deux sont réunis, la théorie du droit n'est plus qu'un château de sable ⁸³⁷».

⁸³³ Liu Xuebin, Li Yongjun, Feng Fei, préc., pp. 8-9 : la nature du droit en Chine est une question sans cesse abordée. Ses premières théorisations dans les années 80 mettent l'accent sur quatre aspects du droit, à savoir : son caractère de classe, son caractère social, son caractère volontariste et son aspect normatif.

⁸³⁴ Xu Aiguo (徐爱国), « Réflexion sur la "mort" de la science du droit chinoise » (« 论中国法理学的 "死亡" »), *Revue critique du droit chinois*, (中国法律评论), vol. 10, n°2, 2016, pp. 189-197.

⁸³⁵ Le terme *falixue* (法理学) est la traduction du sens premier de « jurisprudence ». La philosophie du droit se dit en chinois *fazhexue* (法哲学).

⁸³⁶ Jean-François Niort, *op.cit.*, p. 15 indique que la « fin des idéologies » est concomitante au déclin du marxisme en France des années 80.

⁸³⁷ Xu Aiguo, préc., p. 190 : « 马克思认为法律是有阶级性的、意识形态的和带有价值性的, 强调社会经济关系对法律的决定性支配; 而在纯粹法学的凯尔森那里, 法律必须独立于政治、价值和社会效果诸因素。一个马克思主义者不能与一个凯尔森主义者并存; 两者结合在一起, 法理学城堡依然是沙质的 ».

Plus concrètement, l'auteur s'est appuyé sur les éditions d'un ouvrage de théorie du droit de 1999, 2003, 2007 et 2011 et décrit l'évolution suivante : dans la préface de 1999, la théorie de Deng Xiaoping, la construction du socialisme aux caractéristiques chinoises, la doctrine marxiste-léniniste de la pensée de Mao Zedong sont élevées comme lignes directrices de la réflexion autour du droit. Si, en 2007, les pensées attribuées aux « leaders » de la révolution chinoise sont encore mentionnées, les concepts de société harmonieuse et de scientificité du droit tendent à les remplacer. En 2011, la quatrième préface de cet ouvrage ne fait plus mention de courants doctrinaux ; ces derniers ont été remplacés par les « bannières du socialisme aux caractéristiques chinoises » (高举中国特色社会主义伟大旗帜) dont le système, les principes et résultats doivent constituer le contenu de la discipline de la théorie du droit. Or, pour cet auteur, ce cadre est totalement insuffisant à poser les bases scientifiques de la pensée juridique. En s'appuyant sur trois critères qu'il considère essentiels à la qualification d'un enseignement en tant que discipline (un sujet constant, un système logique et une rigueur dans la démonstration), il estime que la « théorie fondamentale du droit » des années 80, qui reposait sur la pensée marxiste répondait mieux à ces exigences que la science du droit contemporaine, éparpillée en une multitude de courants doctrinaux incapables de dialoguer entre eux.

125. Réponse à la « mort » de la théorie du droit chinois. Cet article a été publié dans la revue *Critique du droit* (中国法律评论) au printemps 2016, et il n'a pas fallu attendre une saison pour que se réunissent huit chercheurs afin de traiter de la question⁸³⁸ ; leurs contributions ont été publiées dans le numéro estival. La question

⁸³⁸ « De quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? » (中国需要什么样的法理学?), préc. Les auteurs réunis dans cet article sont :

- Pr. Li Weidong (李卫东) de la faculté de droit Kaiyuan de l'Université Jiao Tong de Shanghai (上海交通大学凯原法学院),
- Pr. Shu Guoying (舒国滢) de l'Université des sciences politiques et juridiques de Chine (中国政法学院),
- Xu Aiguo de l'Université de Pékin,
- Pr. Sang Benqian (桑本谦) de l'Université de Haiyang,
- Pr. Chen Jinghui (陈景辉), de l'Université des sciences politiques et juridiques de Chine (中国政法学院),
- Pr. Nie Xin (聂鑫) de l'université Qinghua,
- Dr. Ma Jianyin (马剑银) de l'université normale de Pékin (北京师范大学法学院),
- Et sept autres étudiants pour sauver, ensemble la science du droit chinoise ; V ; également en réponse à l'article de Xu Aiguo, Wang Luolei (王若磊), « Sans être né, comment mourir ? La mort de la science du droit chinoise et la possibilité de la faire naître » (« 不曾生, 何谈死? 中国法理学的死亡及其生的可能 »), *Journal de l'université de Jining*, vol. 37, n°4, aout 2016, pp. 85-92.

principale à laquelle ces chercheurs ont dû répondre est la suivante : « de quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? ». À défaut de réponse unanime, certaines difficultés auxquelles sont confrontés ces penseurs du droit ont été pointées, tel que le contenu de l'enseignement de la théorie du droit⁸³⁹ qui s'est, petit à petit, émancipé de l'étude des autres droits. Certains n'hésitent pas à la qualifier de science « autiste » qui n'a que très peu d'échanges avec les autres sciences juridiques (comme le droit civil, droit constitutionnel, droit pénal). Cela s'expliquerait par sa dimension fondamentalement idéologique qui implique d'évaluer, juger et critiquer des concepts, notions, structures juridiques au regard de l'environnement social de la Chine, à savoir, la base de régime socialiste⁸⁴⁰. Or, pour certains, l'idéologie est intrinsèque à la science du droit puisque c'est à cette dernière que revient le rôle de discuter des valeurs et du but du droit⁸⁴¹. Ainsi, pour Li Weidong, l'idéologie en théorie du droit doit permettre de concilier la liberté individuelle, l'intérêt social et la tradition culturelle⁸⁴². En ce sens, elle est nécessaire pour fonder une critique du droit ; toutefois, il importe qu'elle ne soit pas érigée en dogme (教条化), interdisant par là même d'user d'autre référent analytique. C'est d'ailleurs ce qu'il déplore en Chine, où le concept de classe reste prédominant pour fonder les théories globalisantes de la justice et de la souveraineté. Au contraire, pour Shu Guoying, c'est bien l'idéologie qui empêche la science du droit de se développer sainement en Chine⁸⁴³ : non seulement elle dicte sa vision du monde aux juristes mais en plus, son importance est telle qu'en son absence, ces derniers deviennent sans voix. Seul un changement radical de paradigme de la connaissance, potentiellement permis par le renouvellement des générations de chercheurs – qui bénéficieront d'une meilleure formation, notamment à l'étranger –, pourrait alors prétendre « guérir » la science du droit chinoise.

⁸³⁹ L'enseignement de la théorie du droit est également largement critiqué par ces auteurs qui reprochent aux professeurs de justement professer un peu tout et n'importe quoi sous l'étiquette de théorie du droit.

⁸⁴⁰ L'exemple récurrent est celui de la conciliation de la propriété privée et de la propriété publique. La propriété privée modelée sur le concept romano-germanique (avec le démembrement en droit réel notamment) et entendue comme une liberté quasi-absolue trouve plus difficilement sa place en Chine où la propriété publique a été toujours été dominante. De la même manière, le pluralisme résultant des transferts de droit occupe une place de premier choix dans la réflexion des auteurs.

⁸⁴¹ Li Weidong, « De quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? », préc., pp. 3-4.

⁸⁴² *Idem*, p. 4 : ce qu'il traduit par trois concepts : le marché, le gouvernement et la société.

⁸⁴³ Shu Guoying, « De quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? », *idem*, p. 5.

126. Conclusion du Chapitre 2. L'approche contextualiste de l'évolution moderne du droit chinois a mis en exergue l'étendue de son chemin parcouru en à peine deux siècles. Conçus dans l'ère impériale dans une optique essentiellement pénale et encadrés exclusivement par l'appareil d'État, les codes de lois chinois se caractérisaient par leur systématisme et par leur gravité : si leur structure en filet devait permettre au magistrat du *Yamen* de juger de tout acte considéré comme répréhensible (sans pour autant être expressément prévu par la loi), ils n'avaient pas vocation à s'appliquer aux conflits plus privés. Ces derniers n'étaient cependant pas exclus de la sphère juridique (voire judiciaire) en raison d'une certaine collaboration entre les pouvoirs officiel et officieux. Quoi qu'il en soit, la rencontre entre la Chine et l'Occident a conduit à la refonte entière de ce système juridique. Toutefois, nous pensons que le contexte (politique, diplomatique et social) dans lequel ont été mis en œuvre les grands plans de réformes de la fin de l'ère impériale au début de l'ère républicaine s'est opposé à leur pérennité. En ce sens, le rapport historique entre la Chine et l'Occident dans la transformation de son droit a été déterminant...et l'est toujours. En effet, l'étude de la formation du Code civil chinois a démontré un usage relativement utilitariste du droit comparé dans l'amélioration du droit national qui puise ses influences dans les législations étrangères, notamment les droits français et allemand en matière civile. Le projet de Code civil chinois est donc le résultat, en partie, d'un conflit idéologique persistant entre les différents courants doctrinaux : d'un côté s'opposent entre eux les défenseurs de différents droits étrangers et, d'un autre côté, s'opposent ceux en faveur d'un droit chinois « internationalisé » et ceux qui sont partisans d'un retour aux sources, contre l'influence occidentale. Ce genre de division n'est qu'une simple illustration du poids de l'idéologie pesant dans la science du droit chinoise. Il serait toutefois dommage de s'arrêter à ce seul point : l'aspect idéologique du discours juridique n'est en effet pas propre à la Chine et les intellectuels chinois ont, en tout cas, le mérite de le pointer du doigt.

Conclusion du Titre I.

127. La présentation des fondements de la pensée juridique chinoise a permis de mettre en valeur certaines de ses particularités, au premier rang desquelles se trouve la prépondérance de la pensée ritualiste. Cette pensée est généralement réduite à la seule philosophie confucéenne, qui est elle-même reléguée à la source d'influence principale du droit chinois. Or, nous avons pu voir que cette présentation n'était pas si simple : certes, la pensée ritualiste a contribué à la pensée du droit chinois mais, plus précisément, elle a retranscrit et fondé une forme de normativité. Cette normativité issue des rites est *intériorisée* contrairement à la normativité extériorisée issue, par exemple, d'une justice d'inspiration divine. Quant à l'importance attachée au culte des ancêtres (indissociable de la pensée ritualiste chinoise), elle a permis de fonder la notion de légitimité du pouvoir politique chinois qui est axée sur la responsabilité du souverain et conçue dans un ordre social patriarcal. En ce sens, cette légitimité issue d'une conception particulière du rapport de l'ordre social à l'ordre naturel se distingue de la pensée duale des Grecs qui, en dissociant les deux ordres, ont développé un idéal de justice abstrait. Cette notion de légitimité constitue ainsi une des premières divergences avec les fondements de la pensée du droit occidental. La pensée ritualiste a offert à la Chine ce que le *logos* a donné à la Grèce.

La mise en parallèle de la pensée des légistes et des Romains a pu exacerber, également, les différences existantes dans les conceptions du droit ou, en tout cas, de la réglementation sociale. Il ressort de ce parallèle des divergences sur la fonction attribuée à la loi qui est conçue, par les légistes chinois, dans un cadre plus réaliste et plus pragmatique. Cette époque marque, à l'instar de celle de l'empire romain, un certain degré de rationalisation de la pensée légale : on trouve ainsi chez les Chinois la rationalisation de la loi comme instrument d'État et, chez les Romains, la rationalisation du droit comme instrument d'échange.

Enfin, le dernier facteur primordial dans la compréhension des deux héritages franco-chinois qui influencent la pensée et la pratique juridiques contemporaines n'est autre que le rapport du droit au sacré. La complémentarité constatée dans la Chine ancienne entre la loi et la pensée ritualiste trouve un écho avec la relation, dans la France du Moyen Âge, entre facteur religieux et développement du droit. L'influence de la religion chrétienne ou, en tout cas, de la croyance en une puissance extérieure au monde des hommes, a impulsé la théorie du droit naturel. Au contraire, en Chine,

l'influence du religieux sur la pensée du droit est beaucoup moins flagrante : à l'exception du bouddhisme qui a permis d'humaniser le droit chinois, le taoïsme agirait plutôt sur les modes d'action de la réglementation sociale (le *wuwei*). Le facteur religieux est ainsi un facteur clé pour comprendre les divergences des systèmes de droit chinois et français : l'exemple le plus pertinent est sans aucun doute celui du rôle attribué à la justice. Cela se traduit concrètement en France par un souverain débiteur de justice ; celui-ci a l'obligation de trancher les conflits en totalité par une norme considérée *a priori*. En Chine, la justice est une composante de l'ordre des choses ; le juge est fonctionnaire et son rôle est d'assurer, en amont, l'absence de conflit. Alors qu'en France le jugement a été pendant longtemps assimilé à la volonté divine, le jugement chinois sert à rééquilibrer l'ordre des choses.

Cette première approche du droit chinois a permis de poser un premier cadre de réflexion tout en montrant une des alternatives possibles et non occidentales à la manière de penser le droit. La présentation de ce droit ancien est d'autant plus nécessaire que la Chine a connu de grandes périodes de réformes juridiques initiées avant la fin de l'époque impériale et axées sur les transferts de droit. Nous avons pu mettre en évidence l'importance du contexte dans lesquels sont réalisés de tels transferts puisqu'il conditionne directement leur viabilité. Ainsi, si les premières tentatives d'occidentalisation du droit chinois initiées à la fin du XIX^{ème} siècle se sont soldées par un échec, l'adoption du tout premier Code civil chinois en 2017 témoigne, au contraire, d'une faculté d'adaptation rapide du modèle chinois au phénomène de mondialisation.

Cela ne signifie pas pour autant que le droit chinois ancien ait totalement disparu. Officiellement, on ne trouve plus aucune influence « directe » de ce droit chinois « traditionnel », mais certains traits du système de droit chinois contemporain semblent comporter quelques traces de son héritage. Certes, le code de lois ne constitue plus l'assise institutionnelle du pouvoir. Toutefois, la structure en filet des codes impériaux témoigne du souci constant *d'applicabilité* de la loi que l'on retrouve très nettement dans le système actuel. Le haut degré de généralité de la loi est une caractéristique partagée des lois anciennes et des lois positives ; de la même manière, la nécessité des règles additionnelles du droit chinois ancien peut être rapprochée des besoins d'interprétation officielle actuels. En outre, l'absence d'indépendance des tribunaux, généralement attribuée à la pensée marxiste, n'est sans doute pas étrangère à l'idée d'une justice administrative et d'un juge fonctionnaire. Bien entendu, il n'a

pas été possible de retracer l'ensemble des origines des éléments composant le droit chinois, que ces origines soient issues de la pensée ritualiste, légiste, taoïste, européenne, marxiste, américaine ou locale. Le choix a été fait de mettre l'accent sur certains facteurs qui ont imprégné la conception de la règle de droit chinoise, bien que le degré exact d'influence ne puisse être clairement établi.

Cela constitue, en tout cas, une première forme d'hybridité du droit chinois.

Titre II. Les modes de production contemporains de la règle de droit

128. À l'instar du droit français, la règle de droit positive en Chine se conçoit *majoritairement* comme une norme étatique : bien que l'État, comme entité abstraite, n'ait pas le monopole du droit, il est indéniablement le premier producteur de normes juridiques dans chacun des deux pays. Dès lors, la création de normes reflète une volonté étatique dont la légitimité s'apprécie dans l'aménagement des structures du pouvoir d'État : en d'autres mots, ce pouvoir d'État, traduction juridique du pouvoir politique, est-il réparti entre différents organes, concentré au sein d'une même entité ou encore délocalisé auprès de localités ? Cette question sous-jacente de la séparation des pouvoirs prend une tournure particulière en Chine qui ne l'applique pas. De plus, en raison de la frontière très mince entre État et politique en Chine, la question de l'agencement des foyers juridiques au sein du cadre étatique doit être posée (Chapitre 1). Le cadre étatique chinois privilégie ainsi Marx à Montesquieu et applique les principes du centralisme démocratique : le législateur chinois concentre, officiellement, l'essentiel du pouvoir d'État. Cela signifie-t-il que sa volonté, incarnée dans la loi, bénéficie d'une position privilégiée ? C'est en étudiant l'agencement des sources de droit dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs qu'une réponse pourra être formulée (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'agencement des foyers juridiques dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.

129. On ne peut prétendre à la compréhension de la règle de droit sans avoir préalablement été familiarisé avec son mode de création, lequel s'insère dans un champ plus large, la structure étatique. En effet, si l'on s'en tient à une définition traditionnelle de la règle de droit, celle-ci est une règle caractérisée par sa force obligatoire ; or la force obligatoire provient justement de ce qu'elle est imposée par l'État, qui peut intervenir en cas de non-respect de la règle. L'État, foyer majeur de droit et incarnation, parfois imparfaite, de l'institutionnalisation de la vie politique⁸⁴⁴ est avant tout le « support abstrait du pouvoir⁸⁴⁵ ». Son organisation reflète ainsi la répartition du pouvoir politique et du pouvoir normatif, les deux étant intrinsèquement liés. En France, afin d'éviter que le premier s'accapare pleinement le second, l'État a été conçu sur la base d'une séparation des pouvoirs. Trois pouvoirs distincts, identifiés originellement par Aristote comme une séparation des tâches, impliquant par la suite une séparation organique avec Locke puis reprise par Montesquieu qui en énoncera l'intérêt majeur, la balance des pouvoirs. Cette théorie connaît un succès sans précédent dans les démocraties occidentales et a même failli être transposée en Chine continentale pendant la période républicaine. Toutefois, le tournant historique qu'a pris la Chine en 1949 a conduit à mettre en place un autre modèle d'agencement des pouvoirs politico-étatiques où, au contraire, tous les pouvoirs normatifs doivent être concentrés dans les mains d'un seul organe étatique considéré légitime (Section I). En pratique, cet organe ne peut concentrer à lui seul l'ensemble du pouvoir normatif : en dépit de la qualification d'État chinois unitaire, force est de constater une relative décentralisation des pouvoirs normatifs. Ce phénomène traduit un certain écart entre un monopole théorique du pouvoir et une répartition nécessaire à la viabilité du système chinois. Un écart donc entre théorie et pratique, qui est loin d'être propre à la Chine (Section II).

⁸⁴⁴ Cette expression est reprise de Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 29^{ème} éd., 2017, p. 19.

⁸⁴⁵ *Idem*, p. 27.

Section I. L'influence marxiste dans l'agencement de l'État chinois : la concentration du pouvoir normatif au niveau central.

130. La nature marxiste du régime politico-juridique chinois incite les constitutionnalistes français à le mettre dans la catégorie des régimes autoritaires, en opposition aux régimes libéraux⁸⁴⁶. Les critères avancés pour justifier de cette distinction prennent en compte la nature démocratique de l'État, sa place et celle de l'individu dans la société ou encore l'existence ou non d'un pluralisme politique. Toutefois, en tant que symboles du triomphe libéral et individualiste, ces critères sont insuffisants pour évaluer, objectivement, la structure chinoise. Au niveau institutionnel, sa singularité se manifeste en ce qu'il est possible de la rapprocher d'un régime d'assemblée dans son principe⁸⁴⁷, d'un régime parlementaire dans la pratique⁸⁴⁸, et, sur certains points, d'un régime présidentiel avec un exécutif fort. Comment expliquer l'impossibilité de classer le système chinois et, surtout, n'y a-t-il pas d'autres alternatives à la distinction, quelque peu manichéenne, entre régime libéral et régime autoritaire ? Si la France a hérité d'un passé philosophique et révolutionnaire tourné vers l'individu et sa liberté, la Chine a, quant à elle, hérité d'une pensée marxiste. L'étude de sa structure étatique nécessite donc de prendre en compte le discours idéologique à la base de l'agencement des institutions chinoises, en faveur d'une concentration du pouvoir normatif dans les mains du législatif (§ 1). La réalité, cependant, doit être plus nuancée, puisque le législateur chinois est en concurrence avec d'autres organes (§ 2).

§1. Le monopole théorisé du pouvoir politique.

131. Le monopole du pouvoir politique s'incarne en Chine par la présence d'un parti politique fort, le Parti Communiste Chinois (PCC). Les principes marxistes qu'il défend et qui conditionnent l'existence des institutions chinoises sont le centralisme démocratique et la légalité socialiste (A). Ensemble, ils prônent une concentration des

⁸⁴⁶ *Id.*, p. 339.

⁸⁴⁷ *Id.*, p. 325. Entendu comme « le régime où l'Assemblée domine les autres pouvoirs, où l'exécutif apparaît comme une autorité subordonnée ».

⁸⁴⁸ *Id.*, p. 227. Là où le régime parlementaire est caractérisé par « la collaboration de l'exécutif et du législatif, le premier étant indépendant mais responsable devant le second ».

pouvoirs et une fonction relativement instrumentale de la règle de droit qui permet au pouvoir politique, en l'absence de véritable pluralisme, de jouer un rôle non négligeable dans le fonctionnement du pouvoir d'État par le biais du système des assemblées populaires (B).

A. Centralisme démocratique et légalité socialiste.

132. La légalité socialiste renvoie à une conception explicitement instrumentale de la loi et, plus généralement, de la règle de droit : ses racines soviétiques impliquent en effet que toute réforme juridique doit être faite dans l'intérêt du régime⁸⁴⁹ qui se confond, théoriquement, dans les intérêts du peuple. Si le recours au principe du centralisme démocratique permet de légitimer cette fusion entre intérêt populaire et intérêt politique (1), gardons-nous de ne pas oublier que celui-ci commande celui-là (2).

1. La notion de centralisme démocratique (民主集中).

133. Un principe d'organisation politique et étatique. La Chine est un État de dictature démocratique⁸⁵⁰ (民主专政) dont la Constitution prévoit l'application du

⁸⁴⁹ Pour une analyse de la légalité socialiste dans l'ancien droit de l'URSS, V. René David, « Légalité socialiste ou dépérissement du droit ? », *Cahiers du monde russe et soviétique*, vol. 2, n°1, janv.- mars 1961, p. 57.

⁸⁵⁰ *Constitution de la République Populaire de Chine (RPC)*, adoptée au cours de la 5^{ème} session de la 5^{ème} Assemblée Populaire Nationale, promulguée le 4 décembre 1982, art. 1, al. 1^{er} : « *La République Populaire de Chine est un État socialiste de dictature démocratique du peuple dirigé par le travail de la classe ouvrière et basé sur l'alliance des ouvriers et des paysans* ». La dernière modification en date de la Constitution chinoise résulte de la première réunion de la 13^{ème} APN et de son Comité Permanent du 11 mars 2018. Pour une présentation en anglais des principales propositions de modifications à apporter à la Constitution chinoise en 2018, nous renvoyons au site de l'agence de presse officielle (*xinhua*) : http://www.xinhuanet.com/english/2018-02/25/c_136999410.htm ; V. sinon la décision en chinois (中华人民共和国宪法修正案 (2018年3月11日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过)). Les principales modifications constitutionnelles concernent : l'intégration de la pensée de Xi Jinping dans le préambule de la Constitution, le changement de la nature du régime idéologique chinois (art. 1, al. 2 : « *le régime socialiste est le régime fondamental de la RPC* » devient « *la direction du PCC est la caractéristique la plus essentielle du socialisme aux caractéristiques chinoises* »), la suppression de la limitation de mandat présidentiel (art. 79, al. 3), le renforcement du pouvoir législatif local (art. 100, al. 2), la création d'un nouvel organe d'État (nouvelle section 7 du chapitre 3, art. 123 à 127) appelé le « Comité de supervision » (监察委员会), responsable devant le Parlement chinois (art. 126) qui est chargé de contrôler les fonctionnaires, d'enquêter sur les actes illégaux et les délits commis par ces derniers dans l'exercice de leur fonction et de combattre la corruption étatique (art. 3 de la nouvelle *Loi sur la « supervision » de la RPC*, adoptée le 20 mars 2018, 中华人民共和国监察法).

principe de centralisme démocratique à chaque organe étatique⁸⁵¹. Le centralisme démocratique, formulé initialement par Lénine puis repris par Mao Zedong⁸⁵², légitime et organise le pouvoir politique – il justifie notamment le leadership du Parti Communiste⁸⁵³. Son principe est théoriquement simple : il s’agit de la centralisation du pouvoir sur une base démocratique et de l’exercice de la démocratie sous une direction centralisée⁸⁵⁴. Plus précisément, ce principe d’organisation politique est motivé par l’exigence de consensus : la minorité doit ainsi se rallier à la majorité, de la même manière que les échelons inférieurs doivent obéissance aux échelons supérieurs⁸⁵⁵. Généralement, le terme centralisme est moins équivoque que son adjectif démocratique : celui-ci fait référence au processus consultatif des membres du parti, qui ne peut toutefois aller jusqu’à compromettre l’autorité centrale⁸⁵⁶. En tant que règle d’organisation d’un parti politique, le degré de « démocratisation » présent dans le processus de sélection de ses représentants ne s’apprécie, en réalité, qu’au sein

⁸⁵¹ *Constitution de la RPC*, art. 3, al. 1 : « *The State organs of the People’s Republic of China apply the principle of democratic centralism* » (中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则).

⁸⁵² Michel Bonnin, « Servante, épouvantail ou déesse : la démocratie dans le discours du pouvoir et dans celui de la dissidence en Chine », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, *op.cit.*, pp. 494-495 ; en 1927, le centralisme démocratique a été consacré dans la Constitution du Parti Communiste Chinois comme principe directeur du parti. V. Stephen C. Angle, « Decent democratic Centralism », *Political Theory*, vol. 33, n°4, 2005, p. 525 ; V. aussi « The Democratic Centralism of the Party », 8 *Chinese L. & Gov’t*, n°104, 1975, p. 93, dans lequel la définition du centralisme démocratique est la suivante : « *le centralisme démocratique du Parti signifie la centralisation sur une base démocratique et la démocratie sous une direction unifiée ; c’est à la fois démocratique et centralisé en même temps* ».

⁸⁵³ V. Le préambule de la Constitution chinoise de 1982 ; le centralisme démocratique repose notamment sur la fiction de la convergence des intérêts où l’intérêt public est synonyme de l’intérêt de l’État et de l’intérêt du Parti : Mao Lin, « Les bouleversements de l’économie de la légalité dans la Chine contemporaine », *Droit et société*, 2017/2, n°96, p. 363 ; le centralisme démocratique est originellement un principe d’organisation politique interne du parti, incarné par exemple dans la règle du « ralliement de l’individu à l’organisation » (个人服从组织的集中原则) ou dans la méthode de la consultation populaire ; V. Aussi la *Constitution du PCC* (中国共产党章程) dans sa version modifiée du 24 octobre 2017 (qui intègre la pensée de Xi Jinping), art. 4 des principes généraux : le centralisme démocratique fait partie de cinq exigences fondamentales de la construction du parti.

⁸⁵⁴ « The Democratic Centralism of the Party », préc., p. 93 ; *Constitution du PCC*, art. 4 : « 民主集中制是民主基础上的集中和集中指导下的民主相结合 ».

⁸⁵⁵ *Constitution du PCC*, art. 10 ; Zhang Zhengzhou (张郑州), « La place ambiguë de la démocratie et le déséquilibre des pouvoirs – le système du centralisme démocratique dans la société politique chinoise contemporaine » (« 民主悬置与权力失衡 – 当代中国政治社会中的民主集中制 »), *Journal de l’Université des sciences et technologies de la Chine du Nord* (华北理工大学学报), vol. 17, n°2, 2017, p. 22.

⁸⁵⁶ *Ibid.* En cas de désaccord, le centralisme démocratique implique que les organes politiques supérieurs aient le dernier mot afin d’assurer l’unité dans la politique, la pensée et l’action à mener. Les opinions politiques, communistes ou non, sont recueillies lors de la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois. Pour l’histoire de la création du système et sa renaissance à la fin des années 1970, V. Philippe Ardant, « La Conférence consultative politique du peuple chinois », *Revue d’études comparatives Est-Ouest*, vol. 11, n°1, 1980, pp. 7-34.

du Parti⁸⁵⁷. Un point important est qu'en Chine, la forme étatique n'est pas clairement distincte de la forme politique⁸⁵⁸ et l'on retrouve le centralisme démocratique comme principe d'organisation du pouvoir *étatique*.

Au niveau de l'organisation étatique, le centralisme démocratique se traduit, théoriquement, par la concentration du pouvoir normatif dans les mains du peuple, représenté dans les assemblées populaires. La légitimité du système du Congrès populaire, qui désigne au niveau central l'Assemblée Populaire Nationale (APN), provient ainsi de son statut : élu de manière indirecte par les citoyens, il agit en leur nom et reste, en théorie, soumis à leur contrôle⁸⁵⁹. L'organisation hiérarchique du mode électoral chinois conduit, *in fine*, à la concentration du pouvoir dans les mains d'une seule autorité légitime à exercer le pouvoir d'État : c'est la notion de centralisme. Appliqués à chaque niveau de la structure étatique et de la structure politique⁸⁶⁰, le centralisme démocratique et les principes organisationnels qu'il implique sont incompatibles avec la théorie de la séparation des pouvoirs, une des conditions principales de l'existence de l'État occidental moderne⁸⁶¹. Dans sa mise en avant de l'adhésion populaire et du consensus politique⁸⁶², le centralisme démocratique commande en effet que seuls les représentants du peuple peuvent investir les autres organes de l'État⁸⁶³ : l'organe législatif nommé ainsi les

⁸⁵⁷ Il est rare par exemple, d'apprécier le fonctionnement d'un système juridique, même pour un constitutionnaliste, par rapport aux règles d'élection des représentants du parti politique. En France, il est intéressant de souligner que certains journalistes ont pu déceler, dans certains partis politiques français, un fonctionnement comparable au principe du centralisme démocratique... V. Par exemple, l'édito de Laurent Joffrin, « Le centralisme En marche », *Libération*, 25 juillet 2017, disponible en ligne. En Chine, la démocratisation du Parti Communiste Chinois serait un premier pas vers une démocratisation de l'État et lui permettrait d'asseoir sa légitimité à concentrer le pouvoir politique : Zhang Zhengzhou, préc., p. 26, « 发展党内民主 » ; *Contra*. Hui Ding, « Adoption d'une démocratie au sein du Parti. La perspective d'une réforme politique au sein du Parti communiste chinois », In Éric Mottet, Barthélémy Courmont, Frédéric Lasserre (dir.), *La Chine et le monde : quelles nouvelles relations, quels nouveaux paradigmes ?*, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 25, qui considère que la distinction entre démocratie populaire et démocratie au sein du Parti est inutile.

⁸⁵⁸ Zhang Zhengzhou, préc., pp. 26-27.

⁸⁵⁹ *Constitution de la RPC*, art. 3, al. 2 : « L'Assemblée Populaire Nationale et les assemblées locales sont élues démocratiquement. Elles sont responsables devant le peuple et soumises à leur contrôle ».

⁸⁶⁰ Daniel C. K. Chow, *The Legal System of the People's Republic of China in a nut shell*, West Nutshell Series, 2^{ème} éd., 2009, pp. 86-87.

⁸⁶¹ Pour Stéphanie Balme, le centralisme démocratique est également incompatible avec la hiérarchie des normes. Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, *op.cit.*, p. 611.

⁸⁶² Mao Lin, préc., p. 361 ; « The Democratic Centralism of the Party », préc., pp. 93-94 : « *Democratic centralism is the embodiment of a unity of contradictions which are both contradictory and unified. If there is not a high level of democracy, there cannot be a high level of centralization; and if there is not a high level of centralisation, there cannot be a high level of democracy* ».

⁸⁶³ À l'exception toutefois des villages qui peuvent élire directement leur comité de villageois. *Loi organique des Comités villageois de la RPC* adoptée au cours de la 5^{ème} session de la 9^{ème} Assemblée

responsables du pouvoir exécutif de chaque échelon administratif. Pour certains, la relation entre les organes étatiques devrait ainsi s'analyser comme une division du travail (分工) destinée à mettre en œuvre, efficacement⁸⁶⁴, le programme politique⁸⁶⁵.

134. Démocratie procédurale ou démocratie substantielle ? L'adjectif démocratique accolé à la notion de centralisme désigne le processus de participation des membres du Parti et des citoyens chinois au fonctionnement du système politique et étatique. Or, cette participation fait moins référence à un mode électoral qu'à un processus consultatif⁸⁶⁶ (协商). D'un autre côté, le terme démocratie employé dans le contexte chinois doit également tenir compte de son passé léniniste⁸⁶⁷ : la légitimité démocratique viendrait moins de la manière de faire que du but poursuivi⁸⁶⁸. Par exemple, l'absence de véritable pluralisme politique était justifiée pour des raisons démocratiques par Mao Zedong dans les années 1930 lorsqu'il appelait à l'alliance des classes (et donc des différents partis politiques) dans la lutte contre les impérialistes⁸⁶⁹. La démocratie était alors synonyme de coopération dans la lutte

Populaire Nationale le 4 novembre 1998, entrée en vigueur le jour même ; pour une illustration de ce processus électoral dans le village de Lishu et l'appréciation plus générale du rôle des élections villageoises dans le renforcement du pouvoir politique, Gunther Schubert, Chen Xuelian, « Les élections du village en Chine contemporaine : de nouveaux espaces de légitimité pour le régime ? », *Perspectives chinoises*, 2007/3, pp. 13-29 ; en ce sens, et du même auteur, Gunther Schubert, « La démocratie peut-elle coexister avec le parti unique ? Pour une appréciation nuancée des élections villageoises et cantonales en Chine », *In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, op.cit.*, pp. 713-733 ; ces comités de villageois ne font pas partie de l'appareil d'État mais sont considérés comme des « organisations de masses autonomes » : Stephen C. Angle, préc., p. 529 ; V. Aussi Émilie Frenkiel qui analyse plus largement les « innovations institutionnelles » des dirigeants des différents échelons en quête de légitimité : « Une démocratisation aux couleurs de la Chine », *Politique étrangère*, 2011/4, pp. 851-862.

⁸⁶⁴ Zhang Zhengzhou, préc., p. 23 : l'efficacité administrative (行政效率) serait permise par le système de responsabilité des chefs de gouvernements (行政首长负责制).

⁸⁶⁵ Stephen C. Angle, préc., p. 529.

⁸⁶⁶ Zhang Zhengzhou, préc., p. 27.

⁸⁶⁷ Sur le rapport entre démocratie et pouvoir politique chinois depuis les années 1920, V. Michel Bonnin, « Servante, épouvantail ou déesse : la démocratie dans le discours du pouvoir et dans celui de la dissidence en Chine », *In Mireille Delmas-Marty, Pierre Étienne Will, op.cit.*, pp. 493-516 ; not. p. 496, sur la formation du concept de « dictature démocratique ».

⁸⁶⁸ Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2014, pp. 91 et s., « Qu'est-ce que la démocratie ? ». L'auteur explique la divergence de conception russe et occidentale du terme démocratie : « [...] tandis que nous comprenons par la démocratie qu'un État est gouverné par le peuple, les Russes se servent du mot pour indiquer qu'un État est gouverné pour le peuple. Donc, tandis que selon la conception courante il importe comment les décisions politiques sont prises – à savoir au moyen d'organes démocratiques créés par des élections libres et sur la base d'une liberté générale des partis et de la parole –, les Russes au contraire n'attachent de l'importance qu'à ce à quoi visent les résolutions du pouvoir de l'État, donc à leur *contenu* ou à leur *but* » ; V. aussi, Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *In Mireille Delmas-Marty, Pierre Étienne Will, op.cit.*, p. 587.

⁸⁶⁹ Michel Bonnin, « Servante, épouvantail ou déesse : la démocratie dans le discours du pouvoir et dans celui de la dissidence en Chine », *In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, op.cit.*, p. 496.

contre l'ennemi⁸⁷⁰. Plus récemment, le rejet des modèles occidentaux est justifié par leur inefficacité à soutenir une croissance économique du fait de leur instabilité sociale et politique⁸⁷¹. L'acception et l'utilisation de ce terme ont beaucoup évolué en fonction des changements politiques⁸⁷² ; les intellectuels Chinois eux-mêmes ne s'accordent pas toujours sur le modèle de démocratisation à suivre par la Chine⁸⁷³ : s'agit-il d'une démocratie strictement électorale ou qui incarne aussi les valeurs libérales occidentales ? La démocratisation est-elle compatible avec l'absence d'un véritable pluralisme politique⁸⁷⁴ ? Le centralisme démocratique est-il suffisant à assurer une démocratie « décente⁸⁷⁵ » ? Lors du discours prononcé en 2014 à l'occasion des soixante ans de la création des assemblées populaires, le Président Xi Jinping a très clairement lié la conception de la démocratie populaire à celle du socialisme en affirmant que « *la démocratie du peuple est le destin du socialisme*⁸⁷⁶ ». Il importerait donc de distinguer la démocratie dite occidentale de celle chinoise⁸⁷⁷,

Ces différents partis politiques (huit au total) sont actuellement représentés au sein de la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ Susan V. Lawrence et Michael F. Martin, « Understanding China's political system », rapport du *Congressional Research Service*, 20 mars 2013, disponible sur le site www.crs.gov [dernière consultation le 14 novembre 2017], p. 40.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Émilie Frenkiel, « Une démocratisation aux couleurs de la Chine », préc., pp. 852-853.

⁸⁷⁴ Gunter Schubert, « La démocratie peut-elle coexister avec le parti unique ? Pour une appréciation nuancée des élections villageoises et cantonales en Chine », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, *op.cit.*, p. 715.

⁸⁷⁵ Stephen C. Angle, préc., pp. 519 et s. L'auteur discute de la légitimité d'un centralisme démocratique réformé comme alternative à la démocratie libérale sur la base de trois critères : la consultation, le droit et le pluralisme.

⁸⁷⁶ « 人民民主是社会主义的生命 » et, accessoirement, du développement de l'État de droit chinois : « *le développement de la démocratie du peuple doit s'appuyer sur l'État de droit, sur la protection de l'autorité juridique de la Constitution* » (« 必须全面推进依法治国。发展人民民主必须坚持依法治国、维护宪法法律权威，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变 »). Discours de Xi Jinping donné à Chongqing le 5 septembre 2014 à l'occasion des soixante ans de la création de l'Assemblée Populaire Nationale (« 在庆祝全国人民代表大会成立 60 周年大会上的讲话 ») disponible à l'adresse : http://news.xinhuanet.com/politics/2014-09/05/c_1112384483.htm [dernière consultation le 30 décembre 2017].

⁸⁷⁷ Encore que l'expression de « démocratie chinoise » est malaisée puisque l'ensemble des chercheurs sinologues rejettent toute forme de démocratie en Chine. V. Par exemple, Gunter Schubert, « La démocratie peut-elle coexister avec le parti unique ? Pour une appréciation nuancée des élections villageoises en Chine », In Mireille Delmas-Marty, Pierre Étienne Will, *op.cit.*, p. 714, « Pour formuler cette idée de manière un peu moins provocante [...], aucun spécialiste de la Chine ne peut penser l'idée d'une stabilité à long terme sans une démocratisation verticale et horizontale complète du système politique de la RPC et la fin du règne du Parti communiste ». Cet auteur défend un changement de paradigme dans l'analyse de la démocratisation chinoise, non plus « à l'aune d'un modèle idéal-typique de démocratie (occidentale), mais en analysant avec soin les potentialités internes d'innovation de ce système c'est-à-dire sa flexibilité, son adaptabilité institutionnelle et sa capacité à reproduire un mécanisme de responsabilité des élites et une nouvelle légitimité du régime » ; enfin, pour Michel Bonnin (« Servante, épouvantail ou déesse : la démocratie dans le discours du pouvoir et dans celui de

qui suppose, pour reprendre les catégories d'Alf Ross, une *politique économique* plutôt qu'un *régime politique*⁸⁷⁸. Pour les autorités chinoises, l'enjeu de la démocratisation est celui de la légitimité du parti politique puisqu'en l'absence de légitimité procédurale, sa position de *leadership* réside dans sa capacité à satisfaire les besoins des citoyens chinois. Ou, en d'autres mots, à atteindre « l'harmonie ».

Concept polysémique par excellence, cette notion hautement symbolique qu'est la démocratie a connu une véritable vulgarisation en (re)passant d'un domaine scientifique au domaine commun. Produit de la société libérale profondément humaniste, la lutte pour la démocratie, à l'ère de la globalisation, n'est plus réservée exclusivement aux populations de l'Occident. Comme en témoignent deux événements récents passés aux frontières de la Chine, la démocratie est utilisée comme revendication à part entière. En mars 2014, la Révolution des Tournesols a mobilisé une partie de la population qui s'opposait à la signature d'un accord économique entre Taiwan et Pékin⁸⁷⁹, et qui invoquait, notamment, l'absence de ratification démocratique de cet accord par les dirigeants taiwanais⁸⁸⁰. La révolution des Parapluies, qui a eu lieu à Hong Kong de septembre à novembre 2014, s'opposait au réaménagement des élections de l'exécutif hongkongais par la nomination de trois candidats par les autorités de Pékin⁸⁸¹. Là encore, c'est l'absence de choix libre, au nom d'un idéal démocratique entendu dans son acception procédurale, qui a été invoquée par les manifestants.

la dissidence en Chine », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, *op.cit.*, p. 516), « il suffirait que les élections de l'A[PN] et aux Assemblées provinciales deviennent de vraies élections pour qu'un processus nouveau s'enclenche et que la démocratie commence à prendre racine sur le continent chinois ».

⁸⁷⁸ Alf Ross, *op.cit.*, p. 92.

⁸⁷⁹ « Accord sur la structure de coopération économique sino-taiwanais », signé le 21 juin 2013 entre la Fondation des échanges du Détroit [de Taiwan] (*the Straits Exchange Foundation*) et l'Association pour les Relations à travers le détroit de Taiwan (*the Association for Relations Across the Taiwan Straits*), disponible en chinois traditionnel à l'adresse : <http://www.ecfa.org.tw/EcfaAttachment/海峽兩岸服務貿易協議文本.pdf> et en anglais (version non officielle) : <http://www.ecfa.org.tw/EcfaAttachment/ECFADoc/ECFA.pdf> [dernière consultation le 10 décembre 2017].

⁸⁸⁰ Sur la naissance du mouvement social taiwanais : « *Students in the house* », 20 mars 2014 ; « *Sunflower sutra* », 8 avril 2014, *The Economist* disponible sur le site www.economist.com.

⁸⁸¹ Pour une compréhension de base du Mouvement des Parapluies à Hong Kong : article du *Time*, « *6 Questions You Might Have About Hong Kong's Umbrella Revolution* », 5 octobre 2014, disponible sur le site www.time.com ; Numéro spécial du *Time* distribué en Asie « *The Umbrella Revolution* » du 13 octobre 2014, (cinq articles sont disponibles en ligne).

2. Le pouvoir normatif du Parti Communiste.

135. Parti politique et Constitution. Beaucoup d'auteurs dénoncent l'implication du Parti Communiste dans la vie juridique comme étant une pratique contraire aux exigences d'État de droit⁸⁸², sans pour autant expliciter clairement qu'elle en est sa portée⁸⁸³. Il est vrai que la seule lecture de la Constitution chinoise est insuffisante à rendre compte de l'ampleur et de la complexité des liens entre l'État et le parti politique⁸⁸⁴. En effet, le corps de la Constitution chinoise ne mentionne pas une seule fois le Parti Communiste : le pouvoir appartient ainsi au peuple qui l'exerce selon le système des assemblées populaires (*Constitution*, art. 2) ; l'État gouverne selon la loi et l'ensemble des organes étatiques, des forces armées, des institutions et partis politiques doivent respecter la Constitution (art. 5). Plus précisément, « aucune organisation, ni aucun individu, n'a le privilège d'être au-dessus de la Constitution et des lois⁸⁸⁵ »... En pratique, les membres du Parti Communiste en fonction ne peuvent faire l'objet d'une enquête par les autorités judiciaires du pays sans le consentement préalable du Parti⁸⁸⁶. Cette position de supériorité du Parti est à rechercher, en réalité,

⁸⁸² Un des domaines privilégiés des études chinoises concerne la sociologie de la norme et la relation entre droit et pouvoir : Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, pp. 579-580 ; pour Chen Jianfu (*Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 106-111), ce qui pose le plus de problème est le système officiel de « multipartis » alors qu'il s'agit en fait d'un système de collaboration sous la guidance du Parti communiste ; l'opposition n'existe pas. Sur le rôle idéologique des campagnes du Parti communiste, Daniel C.K. Chow, *op.cit.*, pp. 138-143 ; V. pp. 143-144 sur l'autorité du PCC et son pouvoir exercé *de facto* ; Jean-Pierre Cabestan, « Chine : un État de lois sans État de droit », *préc.*, pp. 649-668, dénonçant, à l'époque, l'œuvre du parti politique dans l'ombre du fonctionnement étatique, les problèmes de corruption, l'absence d'indépendance judiciaire... L'auteur n'hésite pas à réfuter tout État de droit en Chine, dont « le droit [...] doit se frayer un chemin étroit entre un pouvoir politico-administratif systématiquement autoritaire et une société dominée par l'argent et la loi du plus fort » (p. 667).

⁸⁸³ Pour une lecture complète, très bien expliquée et à jour du système politique en Chine, V. Susan V. Lawrence et Michael F. Martin, *préc.* Ce rapport sera la principale source utilisée dans cette partie avec l'ouvrage de Jean-Pierre Cabestan, *Le système politique chinois*, SciencePo Les Presses, 2014 ; V. également Chen Jianfu qui elle-même reconnaît que « l'implication omniprésente et l'autorité du PCC dans le système juridique sont ambiguës. Ses mécanismes effectifs de contrôle sont peu connus, que ce soit en Chine ou à l'étranger » (*Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 192).

⁸⁸⁴ Bien au contraire même. Pour Chen Jianfu (« Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », *préc.*, p. 194), « la structure des institutions politiques et étatique édifiée par la Constitution chinoise est relativement simple : l'APN est l'autorité détenant le pouvoir d'État suprême. Si les structures constitutionnelles étaient strictement appliquées, alors il n'existerait ni de concept d'État-parti en Chine, ni de rôle formel du PCC. En réalité, [...] le contrôle du Parti pénètre tous les aspects des pouvoirs d'État ».

⁸⁸⁵ *Constitution de la RPC*, art. 5, al. 5.

⁸⁸⁶ Par exemple, dans le cadre de la campagne anti-corruption menée en Chine depuis l'arrivée au pouvoir de Xi Jinping, l'affaire Bo Xilai a constitué un véritable scandale ; ce dernier a d'abord été démis de ses fonctions au sein du Parti pour pouvoir être jugé en août 2013. V. Hélène Piquet, « Le "rêve chinois" en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », *RFDC*, 2014/2 n°98, p. 402,

dans la lecture croisée du préambule de la Constitution chinoise et de son corps de texte qui consacre, à l'instar du modèle français, la forme politique de l'État⁸⁸⁷ mais qui, à la différence de la Constitution française, intègre les noms et les idées directrices des précédents dirigeants chinois⁸⁸⁸. Le préambule de la Constitution chinoise reconnaît explicitement le rôle du Parti communiste qui doit « *transformer la Chine en un État socialiste prospère, puissant, démocratique et culturellement avancé*⁸⁸⁹ ». Il n'est donc pas surprenant de voir que la rhétorique politique officielle défend une conception relativement politisée des lois de l'État⁸⁹⁰ en affirmant par exemple que « *la Constitution et les lois sont l'incarnation unifiée de l'opinion du Parti et de la volonté du peuple*⁸⁹¹ ». Plus concrètement, l'implication du PCC dans

pour qui « cette affaire est sans conteste la pire crise politique à laquelle le PCC doit faire face depuis le massacre de la Place Tian'anmen en juin 1989 » en révélant notamment des clivages au sein du Parti communiste. Le PCC use notamment du système du *shanggui* pour gérer la discipline de ses membres, surtout dans ses campagnes anti-corruption. Pour Chen Jianfu, (« Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », *Asia Pacific Law Review*, vol. 24, n°2, 2016, p. 189), si le fait que le Parti impose sa discipline auprès de ses membres ne pose pas de problème juridique, en revanche, la privation de liberté qu'entraîne le système du *shanggui* est hautement questionnable du point de vue constitutionnel... Et humanitaire : V. le rapport de l'ONG *Human Right Watch*, « Special Measures – détention and Torture in the Chinese Communist Party's Shanggui System » 2016, disponible à l'adresse : <https://www.hrw.org/report/2016/12/06/special-measures/detention-and-torture-chinese-communist-partys-shuanggui-system> [dernière consultation le 15 novembre 2017].

⁸⁸⁷ Constitution française, art. 1 : « la France est une République indivisible, laïque, démocratie et sociale » ; *Comp. Constitution chinoise*, art. 1 : « *la République Populaire de Chine est un État socialiste sous la dictature démocratique populaire dirigé par la classe ouvrière et basé sur l'alliance des ouvriers et des paysans* ».

⁸⁸⁸ Le préambule de la *Constitution* chinoise mentionne cinq fois le leadership du Parti communiste. V. not. Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., p. 181 pour qui la Constitution de 1982 reflète l'approche complexe des rapports entre Constitution et parti politique de la part Deng Xiaoping, initiateur de la Constitution de 1982.

⁸⁸⁹ *Préambule de la Constitution chinoise*, § 7. La direction du Parti communiste fait également partie des quatre principes fondamentaux.

⁸⁹⁰ La vocation instrumentale de la loi en Chine (qui peut être comprise selon certains comme un « premier pas vers la conscience de la valeur du droit » : Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, p. 588) est le résultat du principe de légalité socialiste, appliqué en droit de l'ex-Union soviétique : René David, John N. Hazard, *Le droit Soviétique*, Tome I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1954, pp. 166-167 sur le principe de légalité en ex-U.R.S.S) : le règne de la loi doit permettre de s'assurer que l'ensemble des citoyens et des administrations soient soumis au droit, sans obliger, en théorie, la soumission de leurs dirigeants ; Ignazio Castellucci, « The Rule of Law with Chinese Characteristics », *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2007, p. 37 : la conséquence de ce principe réside dans la politisation de la loi « inévitable dans un État de droit socialiste » et, surtout, dans sa rédaction en des termes très généraux. Flagrante en matière économique, l'instrumentalisation de la loi (qui n'est pas un phénomène propre à la Chine) a été réaffirmée officiellement lors du 4^{ème} Plenum du 18^{ème} Congrès du Parti communiste : Jacques deLisle, « Law in the China model 2.0 : Legality, Developmentalism and Leninism under Xi Jinping », *Journal of Contemporary China*, vol. 26, n°103, 2017, p. 79.

⁸⁹¹ Li Tiesing (李铁映), « La question du régime politique et de la forme étatique » (« 国体和政体问题 »), *Recherches d'études politiques* (政治学研究), n°2, 2004, p. 6 : « 宪法和法律是党的主张和人民意志相统一的体现 ». L'auteur était, au moment de l'article, vice-président du Comité Permanent de l'APN.

l'élaboration normative se traduit par la soumission de l'appareil d'État au pouvoir politique et conduit à transformer la volonté politique en règles juridiques.

136. L'institutionnalisation du parti politique dans la vie juridique.

L'analyse des rapports structurels entre l'État chinois et l'organisation du Parti communiste met en évidence une certaine interdépendance. L'organisation politique est de type pyramidale, avec au sommet le Comité permanent du Politburo⁸⁹² élu par le Politburo⁸⁹³, lui-même nommé par les quelques deux cents membres du Comité Central⁸⁹⁴ qui détiennent leur légitimité politique du Congrès du Parti⁸⁹⁵. À la tête du Comité permanent du Politburo, le secrétaire général du PCC, actuellement Xi Jinping, préside la Commission militaire et l'État⁸⁹⁶ ; les deuxième et troisième rangs ont également un poste concurrent dans la structure étatique, désignant respectivement le premier ministre et le chef de l'Assemblée Populaire Nationale (détentriche exclusive du pouvoir législatif primaire en Chine, APN)⁸⁹⁷. Toutefois, si le rôle du Parti dans la fabrique du droit n'est pas réfuté, le problème se pose quant à connaître, exactement, son degré d'implication⁸⁹⁸. Par exemple, il existerait des

⁸⁹² Qui comprend sept membres classés par rang d'importance (Chef d'État, premier ministre, Président de l'APN, Président du Comité Consultatif du Peuple).

⁸⁹³ Composé de vingt-cinq membres qui sont les chefs des départements du Parti (comme le département de la propagande, de l'organisation interne, de la Commission centrale politico-juridique).

⁸⁹⁴ Ce Comité central est sans doute l'organe politique le plus connu de Chine à l'étranger. Il se réunit en effet une fois par an en octobre et décide de l'orientation politique à suivre pour l'année en cours. À l'issue de son mandat quinquennal (2017 a marqué la fin du mandat du XVIII^{ème} Comité central) il présente un rapport au Congrès devant lequel il est théoriquement responsable.

⁸⁹⁵ Le 19^{ème} Congrès, fort d'environ 2287 membres en octobre 2017, se réunit tous les cinq ans. La dernière réunion de 2017 a été largement médiatisée car elle portait sur l'élection des cadres dirigeants du PCC au sein du Comité central et car elle consacrait la pensée de Xi Jinping sur le « socialisme à la chinoise » dans les statuts du parti. Ces derniers sont disponibles en français à l'adresse suivante : http://french.xinhuanet.com/chine/2017-11/03/c_136726512.htm [dernière consultation le 16 novembre 2017]. Pour un aperçu du système de sélection des cadres politiques depuis 2012 (année de la réunion du 18^{ème} Congrès du parti) et des conflits internes liés aux luttes de pouvoir, V. Paul André, « Quels débats au sein du PCC au lendemain du 18^{ème} Congrès », *Monde chinois*, 2012/2, n°32, pp. 35-43 ; du même tirage, Alex Payette, Lin Ting-Sheng, « Le 18^{ème} Congrès du Parti communiste chinois : entre factionnalisme, règles et procédures », pp. 16-25 ; V. Encore, Alex Payette, « La compétition pour le 19^{ème} Congrès du Parti communiste chinois : figures montantes, formation des élites et la recherche de la septième génération », *Monde chinois*, 2015/4, n°44, pp. 6-15, qui s'amuse notamment à « prédire » les potentiels candidats chinois des sixième et septième générations de cadres dirigeants.

⁸⁹⁶ Frédéric Constant, Christophe Lopez, *op.cit.*, p. 34. Ce n'est qu'en 1993 que le secrétaire du PCC a été associé à la présidence de la République chinoise pour les besoins des rencontres diplomatiques internationales entre chefs d'État.

⁸⁹⁷ Le quatrième rang est occupé par le représentant du Congrès Consultatif politique Populaire de Chine, qui est l'organe par lequel le Parti Communiste s'assure, au moins en théorie, de la consultation populaire en vertu du principe du centralisme démocratique. Cet organe est composé de partisans politiques communistes ou non, et peut être considéré comme « conseiller politique ». V. not. le site officiel dans sa version anglaise : <http://www.cppcc.gov.cn> [dernière consultation le 16 novembre 2017].

⁸⁹⁸ Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », *préc.*, p. 187.

« conventions » implicites commandant que les grands projets de réformes législatives et constitutionnelles soient approuvés et contrôlés par le Comité central, voire délibérés en amont par le Politburo⁸⁹⁹. Si la « Décision » adoptée à l'issue de la quatrième session plénière du XVIIIème Comité central tenue en 2014 ne fait pas mention de ces « conventions », elle affirme en tout cas explicitement et pour la première fois la direction du Parti sur la mise en œuvre de l'État gouverné par le droit et, surtout, indique que « *la Constitution chinoise établit la position de leadership du Parti communiste*⁹⁰⁰ ».

Pour Chen Jianfu, la véritable mainmise du politique sur l'État s'opère via deux mécanismes : le système de la *nomenklatura* et l'établissement des comités politico-juridiques. Le système de la *nomenklatura*⁹⁰¹ désigne le « *moyen par lequel le Parti et l'État sont intégrés en une structure strictement hiérarchique sous le contrôle du Parti*⁹⁰² », moyen qui permet au politique de décider de la nature, de la fonction et de la structure des institutions tout en lui confiant le pouvoir de nommer et de sélectionner les cadres dirigeants des institutions étatiques⁹⁰³. Quant aux comités politico-juridiques⁹⁰⁴, ces départements créés par le Comité central du Parti sont implantés dans les institutions juridiques locales⁹⁰⁵ de niveau supérieur à la sous-

⁸⁹⁹ *Idem*, pp. 187-188 : l'auteur s'appuie notamment sur les « Several Opinions on Strengthening Leadership in the State law-making » adoptées en 1991 mais dont elle n'a pas de copie du document. Ces opinions prévoyaient que les révisions constitutionnelles et des projets de lois relatifs aux sujets économiques et politiques devaient être délibéré par le Politburo. Si les principes dégagés dans ledit document étaient appliqués strictement, cela conduirait à considérer le Comité central comme un pouvoir législatif *de facto*.

⁹⁰⁰ « Décision adoptée au cours de la 4^{ème} session du XVIIIème Comité central » : « 把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面，是我国社会主义法治建设的一条基本经验。我国宪法确立了中国共产党的领导地位 » ; Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., p. 177.

⁹⁰¹ Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, pp. 75-80.

⁹⁰² Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., p. 194.

⁹⁰³ *Idem*, p. 195 ; « Règles (*tiaoli*) sur le travail de sélection et de nomination des cadres du Parti et du gouvernement », (党政领导干部选拔任用工作条例) version amendée au 15 janvier 2014. Son article 4 étend le domaine d'application de la procédure de sélection aux membres dirigeants des organes internes ou des départements de travail du Comité central, du Comité Permanent de l'APN, du Conseil des Affaires d'État, de la CCPPC, du Comité disciplinaire central ; aux membres dirigeants de la Cour Suprême et du Procureur Suprême (à l'exception de leur Président respectif) ; ainsi qu'aux membres dirigeants ou aux organes de travail des comités locaux du parti, des comités permanents des assemblées populaires locales, des gouvernements locaux ou encore des tribunaux (...) situés au-dessus du niveau de sous-préfecture. V. Sur ce sujet, Wei Hu, « Introduction to the open Selection and Promotion System and the Documents », *Chinese Law & Government*, vol. 48, n°5, 2016, pp. 325-329, qui souligne l'importance du processus de sélection des cadres en Chine étant donné l'absence de différence entre un officiel politique et un officiel administratif (p. 325).

⁹⁰⁴ Concentré au niveau central (Commission Centrale des Affaires juridico-politiques, 中共中央政法委员会 ou 中央政法委) et local.

⁹⁰⁵ À savoir les tribunaux, les procureurs et les bureaux de sécurité locale. En chinois ces trois entités sont regroupées sous la dénomination « *gong jian fa* » (公检法).

préfecture et auprès desquelles ils sont chargés d'appliquer les lignes politiques ou idéologiques définies par le Parti. Il semble toutefois que leur intervention est de moins en moins fréquente en matière judiciaire et se situerait progressivement en amont, au niveau de la production normative⁹⁰⁶.

137. Les objectifs politiques des réformes juridiques. La seconde forme principale d'influence du Parti communiste dans la fabrique du droit réside dans ce que la volonté politique détermine l'orientation des réformes juridiques. En Chine, ce sont les décisions issues des réunions annuelles du Comité central⁹⁰⁷ qui annoncent les objectifs assignés à l'État⁹⁰⁸. Une très bonne illustration est sans doute l'annonce formulée à l'issue du 3^{ème} plénum du XVIIIème Comité central en 2013 accompagnée d'un projet de réforme en soixante points. Il inclut, en outre, des réformes en faveur de l'ouverture des marchés et des réformes financières⁹⁰⁹ et fiscales⁹¹⁰, des appels au renforcement du droit dans le règlement des litiges et des appels à la limitation de l'intervention de « l'État-Parti » dans les affaires individuelles⁹¹¹, tout en affirmant le renforcement de la direction du Parti sur les réformes de fond⁹¹². Des annonces aussi importantes que générales, en ce qu'elles fixent des projets politiques qui deviennent les buts assignés aux futures réformes ; des annonces qui ne restent toutefois pas lettres mortes puisqu'elles sont incluses dans un programme quinquennal, correspondant à la durée de mandat du secrétaire du Parti. Ainsi, pour reprendre la

⁹⁰⁶ Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., p. 189. Comme l'explique l'auteur, le Comité central juridico-politique ne détient aucun pouvoir législatif au regard de la Constitution. Pourtant, cet organe a publié, en 2014, des « Opinions » à valeur interprétative en matière de réglementations carcérales.

⁹⁰⁷ Les lignes politiques sont établies par différents documents, dont les plus importants sont sans nul doute les « communiqués » (公报) adoptés par le Comité central du PCC qui se réunit une fois par an, en octobre. Un tel document est publié après chaque réunion plénière (ou plénum) du Comité central du parti, pendant lesquelles sont fixées les lignes directrices du pays à suivre dans des domaines plus ou moins spécifiques. « Communiqués », « Décision » (决定) ou encore « Lignes directrices » (政策) sont les trois principales méthodes de communication publique et officielle du parti politique qui bénéficient d'une portée normative. Concernant les autres moyens de communication assimilés à de la propagande, il faut savoir que le PCC détient un grand nombre de médias comme les journaux *Renmin Ribao* (le Quotidien du Peuple), ou encore l'agence de communication *Xinhua*.

⁹⁰⁸ Objectif qui peut inclure, comme dans la décision adoptée à l'issue du troisième plénum du XVIIIème Comité central, la transformation des fonctions de l'État. « Décision du Comité Central du PCC sur les questions essentielles de la grande réforme » (中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定) adoptée le 12 novembre 2013, disponible à l'adresse : http://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content_2528179.htm [dernière consultation le 30 décembre 2017]. V. Section 4, points 14 – 16.

⁹⁰⁹ « Décision du Comité Central du PCC sur les questions essentielles de la grande réforme », Section 2, points 5 – 8 ; Section 3, points 9 – 13 ; Section 7, points 24 – 26.

⁹¹⁰ *Idem*, Section 5, points 17 – 19.

⁹¹¹ *Id.*, Section 9, points 30 – 34.

⁹¹² *Id.*, Section 16, points 58- 60.

décision de 2013, celle-ci constitue la base de celle adoptée à l'issue du 4^{ème} Plénum de 2014 qui vient préciser les réformes juridiques précédemment initiées⁹¹³. Pour certains auteurs, ce dernier communiqué intitulé « *Décision du Comité central du PCC sur les questions essentielles de la promotion de l'État de droit*⁹¹⁴ », est d'autant plus intéressant qu'il accorde une attention sans précédent au droit⁹¹⁵. Il requiert, notamment, la consolidation de l'autorité de la Constitution par le perfectionnement du système de contrôle des normes⁹¹⁶, l'amélioration des procédures consultatives sur les projets de lois⁹¹⁷ ou encore le renforcement de la législation dans des domaines précis tel que le domaine économique, qui nécessite une meilleure protection des droits de propriété (y compris intellectuelle) ou la mise en forme d'un Code civil⁹¹⁸. En outre, cette décision commande une réforme globale en matière judiciaire⁹¹⁹ qui inclut, par exemple, l'optimisation des fonds destinés à la justice, la mise en place de

⁹¹³ V. Chen Jianfu, « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., p. 176.

⁹¹⁴ « Décision sur les questions essentielles de la promotion de l'État de droit » (中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定), adoptée le 23 octobre 2014, préc.

⁹¹⁵ Jacques deLisle, préc., p. 69 ; le plan de la Décision de 2014 est détaillé comme suit : « I. *Persister dans la voie de l'État de droit socialiste aux caractéristiques chinoises et en faire un système.* II. *Perfectionner le système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises, avec la Constitution en son centre et son application renforcée.* III. *Amener à une administration légale et accélérer la construction d'un gouvernement d'État de droit.* IV. *Garantir la justice judiciaire et augmenter sa crédibilité.* V. *Renforcer la connaissance par la population de l'État de droit, construire une société d'État de droit.* VI. *Renforcer la construction d'équipe de travail sur l'État de droit.* VII. *Renforcer et améliorer le leadership du Parti pour conduire le pays vers l'État de droit* ».

⁹¹⁶ En Chine, le contrôle constitutionnalité des normes est confié aux organes législatifs. Toutefois, beaucoup déplorent l'inefficacité de ce système (*Infra* n°179). Si la décision de 2014 appelle au renforcement de ce type de contrôle, la volonté de mettre en place un contrôle de constitutionnalité plus efficace a été expressément affirmée dans le rapport présenté par Xi Jinping au XIX^{ème} Congrès national du PCC le 18 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://news.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/27/c_1121867529.htm et dans sa version française : http://french.xinhuanet.com/chine/2017-11/03/c_136726219.htm [dernière consultation le 19 novembre 2017] ; V. Section VI, Point n°4 : « approfondir la voie de l'État de droit », dans lequel est prévu de « renforcer l'application et le contrôle de la Constitution, promouvoir le contrôle de constitutionnalité et garantir l'autorité de la Constitution » (加强宪法实施和监督, 推进合宪性审查工作, 维护宪法权威) ; sur ce point, Zhang Wenjuan, « China is Now Grappling With What It Means to Review Its Constitution », du magazine *The Wire*, disponible à l'adresse <https://thewire.in/190278/china-now-grappling-means-review-constitution/> [dernière consultation le 19 novembre 2017].

⁹¹⁷ Qui a donné lieu notamment à la modification de la *Loi sur la législation* en date du 15 mars 2015 qui requiert, dorénavant, une consultation publique de trente jours minimum sur les projets et propositions de lois (nouvel art. 37) et la tenue de forums publics sur les projets de règlement administratif (nouvel art. 67).

⁹¹⁸ Ce qui est en cours avec la publication du premier livre du tout premier *Code civil* chinois depuis la fondation de la RPC, le 1^{er} octobre 2017. Pour son contenu, V. *Supra* n°111 et s.

⁹¹⁹ Ce qui a impulsé notamment l'orientation des « Opinions de la Cour Populaire Suprême relatives à l'approfondissement de la réforme des tribunaux populaires » (关于全面深化人民法院改革的意见), (Interprétation [2015] n°3), adoptées le 26 février 2015 pour préciser les lignes du quatrième plan de réforme quinquennale (2014-2018) des tribunaux populaires.

cours itinérantes dépendantes de la Cour Suprême⁹²⁰, la transformation du système de « filtrage » des demandes en justice en un système strictement d'enregistrement⁹²¹ ou encore la condamnation ferme du recours aux *guanxi* dans le traitement des affaires judiciaires⁹²². Il serait inutile d'énumérer l'ensemble des projets issus de la volonté du Parti communiste⁹²³ ; il suffit de garder à l'esprit le rôle clé du Comité central dans l'évolution, en substance, du droit chinois. À l'heure où la frontière entre État chinois et parti politique est de plus en plus mince⁹²⁴ et où le Parti affirme sa suprématie sur l'appareil d'État tout en imposant la mise en œuvre d'un État gouverné par le droit, on peut dire, sans exagération, que la volonté du Parti communiste se confond avec celle du législateur. En effet, bien que le PCC ne détienne pas officiellement le pouvoir de légiférer – ni d'ailleurs, théoriquement, aucun des pouvoirs attribués à l'État⁹²⁵ – c'est bien sa volonté qui est traduite en lois et en réglementations, via le système des assemblées populaires.

B. Le système des assemblées populaires : l'incarnation étatique du centralisme démocratique en Chine.

138. Traduction étatique de la dictature démocratique, les assemblées populaires sont considérées officiellement en Chine comme « *le meilleur régime de gouvernance*

⁹²⁰ Interprétation [2015] n°3, Section III, (1), n°2 « Sur l'établissement de cours itinérantes de la Cour Populaire Suprême » (设立最高人民法院巡回法庭).

⁹²¹ *Idem*, Section II, (3), n° 17 « Sur la réforme du système d'acceptation des demandes en justice » (改革案件受理制度).

⁹²² Les *guanxi* (关系) font référence aux relations personnelles que peuvent avoir par exemple, les magistrats et les parties ou avocats. Plus généralement, la réforme en matière judiciaire impulsée par la décision du Parti requiert « *la construction d'un mécanisme judiciaire brillant, ouvert, dynamique, transparent et pratique ; l'orientation vers des audiences publiques, un travail transparent des procureurs, de la police et des prisons ; [...] la fin du travail secret. De meilleures explications et interprétations des documents juridiques et la création d'un système de recherche en ligne accessible pour ce type de documents* » (Interprétation [2015] n°3).

⁹²³ Concernant la décision du 5^{ème} Plenum du 18^{ème} Congrès, elle a trait au plan économique quinquennal (comme il est de tradition tous les cinq ans).

⁹²⁴ Ce qui n'a pas été toujours le cas. Chen Jianfu (« Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », préc., pp. 183-186) explique ainsi que pendant la période de gouvernance de Deng Xiaoping, ce dernier voulait au contraire séparer nettement la politique de l'État. Ces efforts ont été stoppés après Tian'anmen.

⁹²⁵ *Idem*, pp. 199-200. M. Chen alarme toutefois sur le fait que depuis 2015, une autorité du Parti, la Commission centrale sur la sécurité d'État, détient le pouvoir de coordonner le système de sécurité nationale avec la publication de la *loi sur la sécurité d'État* adoptée le 1^{er} juillet 2015 par le Comité Permanent de l'APN (art. 44 et 63) ; « *The State Security Law thus, for the first time in post-Mao China, grants a Party authority state powers and allows such powers to be exercised directly by a Party authority – a practice that only existed during the Cultural Revolution in the PRC* ».

*démocratique du Parti Communiste*⁹²⁶ ». Seule titulaire de la légitimité électorale, l'Assemblée Populaire Nationale est supposée concentrer l'ensemble des pouvoirs d'État selon sa raison d'être marxiste (1). Dans la pratique, l'APN ne peut subvenir à elle seule aux besoins normatifs de l'ensemble du pays, ce qui implique, nécessairement, une répartition des pouvoirs avec les autres entités étatiques. Or, cette répartition affaiblit le rôle de l'APN, à tel point qu'il est légitime de se demander si l'organe législatif chinois ne constituerait pas qu'une simple façade de légitimation du pouvoir l'État (2).

1. Les congrès populaires, organes légitimes du pouvoir d'État.

« Les auteurs chinois et étrangers théorisent tous le "modèle chinois", produisant une multitude de concepts, mais beaucoup d'entre eux semblent oublier un mot auquel nous tenons vraiment – le centralisme démocratique – et imaginent avec peine sa prépondérance dans le système chinois. [...] Si l'on reconnaît que le modèle occidental est le régime représentatif [par excellence], celui de la Chine est le centralisme démocratique, qui donne sa force et sa supériorité au régime de référence du modèle chinois, le régime des Congrès Populaires⁹²⁷ ».

139. L'influence de la pensée marxiste. La plupart des auteurs juristes étrangers sous-estiment ou omettent l'importance du centralisme démocratique dans l'étude du système juridique chinois⁹²⁸, pourtant consacré à l'article 3 de la

⁹²⁶ « Les différences fondamentales entre le système des Assemblées populaires et celui de la séparation des pouvoirs », (« 人民代表大会制度与“三权分立”制度有根本区别 »), *Quotidien du Peuple*, (人民日报), 2 février 2009.

⁹²⁷ Yang Guangbin, (杨光斌) « Le centralisme démocratique a une place prioritaire dans le régime politique chinois » (« 民主集中制是我国根本政治制度的优势所在 ») disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-09/30/content_1880396.htm [dernière consultation le 2 octobre 2017] : « 中外思想界都在讨论“中国模式”，给出了各种各样的概括，但许多人似乎都忘却了我们非常熟悉的一个名词——民主集中制，殊不知这正是“中国模式”最核心的制度优势。民主集中制既是党的组织原则，也是以人民代表大会为核心的国家机构的组织原则，党和国家领导体制因此而有效地组织起来。如果说西方的政治模式是代议制民主，中国的政治模式则是民主集中制。支撑“中国模式”的根本制度是人民代表大会制度，其生命力和优势来自民主集中制 »; V. également le discours de Xi Jinping donné à Chongqing le 5 septembre 2014 à l'occasion des soixante ans de la création de l'Assemblée Populaire Nationale (« 在庆祝全国人民代表大会成立 60 周年大会上的讲话 », préc.) qui appelle au perfectionnement institutionnel des assemblées représentatives par la consolidation de la direction du régime politique, la protection de la souveraineté populaire (人民当家作主), la promotion de la gouvernance par le droit (推进依法治国) et, enfin, la mise en avant du principe de centralisme démocratique (坚持民主集中制).

⁹²⁸ Ce principe est généralement analysé dans la science politique : V. Par exemple, Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, pp. 70-73 (sur le centralisme démocratique dans le parti politique) ; on notera toutefois la classification par Philippe Ardant et Bertrand Mathieu (*op.cit.*, pp. 339-345) du régime chinois dans la catégorie des régimes marxistes ; *Comp.* Ferdinand Mélin-Soucramanien, Pierre Pactet,

Constitution chinoise⁹²⁹. Plus généralement, beaucoup d'auteurs occidentaux ne semblent pas tenir compte de l'imprégnation marxiste du droit chinois⁹³⁰. Si M. Li-Kotovtchikhine parle ainsi de la remise en cause actuelle du « centralisme étatique » et déplore une insuffisance dans la délimitation des compétences et dans les contrôles de validité des textes législatifs⁹³¹, aucune mention n'est faite des théories dans lesquelles s'insère l'organisation chinoise des foyers producteurs de droit. Bien que le principe de centralisme démocratique soit avant tout une notion politique, l'absence de démarcation stricte entre la sphère politique et la sphère juridique en Chine conduit à voir dans quelle mesure ce principe peut également influencer l'organisation des sources institutionnelles du droit.

Tout d'abord, le centralisme démocratique implique la concentration des pouvoirs politiques dans les mains d'un corps étatique élu : les assemblées populaires. Selon l'interprétation chinoise de la pensée marxiste-léniniste, l'assemblée populaire incarne ainsi « *l'organe de représentation populaire* » (人民代议机构) de Marx et

Droit constitutionnel, Sirey, 35^{ème} éd., 2016, pp. 151-152 : « Longtemps les dogmes fondateurs ont été appliqués strictement par les régimes socialistes et même, à l'époque stalinienne, de manière parfois caricaturale. Actuellement les très rares régimes ont tous pris de la distance vis-à-vis de ces dogmes, qui ne constituent plus qu'un arrière-fond doctrinal susceptible de nombreux et importants aménagements » ; René David *et al.*, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op.cit.* : les auteurs ne mentionnent le centralisme que dans leur analyse des institutions soviétiques (p. 160) et russes (p. 205). Pourtant ces « dogmes fondateurs » constituent de véritables obstacles théoriques en matière de réforme constitutionnelle (Lin Laifan, « Le contrôle de constitutionnalité en Chine : des “côtes de poulet” à la chinoise », *In* Ferdinand Mélin-Soucramanien, Han Dayuan (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Chine*, Dalloz : thèmes et commentaires, 2014, p. 35) ou d'application directe de la Constitution dans les décisions de justice (Hu Jinguang, « La Constitution et son application par les tribunaux en Chine », *In* Ferdinand Mélin-Soucramanien, Han Dayuan, *idem*, p. 53).

⁹²⁹ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 124-125, qui constate l'incohérence entre l'article 3 (qui suggère que les pouvoirs locaux proviennent des autorités centrales) et l'article 2 de la Constitution chinoise (le pouvoir appartient au peuple qui l'exerce via les congrès populaires) ; Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, p. 205 : « De même, tout en entérinant l'élection des assemblées populaires, établies sur le modèles des soviets bolcheviques, “les organes d'État de la République populaire de Chine fonctionnent suivant le principe du centralisme démocratique” (art. 3), principe non défini mais qui implique une extension à l'État du modus operandi autoritaire du Parti ».

⁹³⁰ Ulric Killion, « “Building up” China's Constitution : Culture, Marxism, and The WTO Rules », 41, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41, 2007-2008, p. 565 : « *Western experts who praise China's progress in modern legal reforms are either unaware or unwilling to deny that Marxism is still the subjects of theoretical discourse within and without the halls of both Chinese academia and Western academia. In terms of ideal Constitutionalism, legal reforms that focus on Marxism rather than on the domestic needs of China's citizenry result in a policy of pursuing minimum compliance with the WTO standards. [...] The localization of Marxism presents issues of whether China's model of Constitutional government rises to the level of a stage of legality where citizens and other legal persons, [...] are protected from the arbitrary exercise of government power [...]* ». Pour Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, bien que la conception marxiste du droit soit toujours enseignée avec l'aval du ministère de la Justice, la définition du droit comme « l'expression de la classe dominante » serait remise en cause depuis la fin des années 1970. Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, *op.cit.*, p. 35.

⁹³¹ *Idem*, pp. 32-33.

Engels qui rejettent la forme du parlement en faveur d'un organe regroupant les pouvoirs législatif et administratif (principe en chinois du « *yixing heyi* » : 议行合一). En outre, dans l'idéal marxiste, les élus de l'assemblée représentative sont responsables devant le peuple électeur et révocables à tout moment, ce qui légitime la concentration exclusive des pouvoirs entre leurs mains⁹³². L'idée d'Assemblée Populaire Nationale (ou de Congrès du peuple, 人民代表大会) a été formulée pour la première fois en Chine par Mao Zedong en janvier 1940⁹³³. Le contexte de l'époque (marqué par des troubles politiques et la lutte contre l'invasion japonaise) n'ayant pas permis d'élection, c'est la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois (CCPPC : 政治协商会议) qui occupe, dans une certaine mesure, les fonctions de l'assemblée jusqu'en 1954⁹³⁴. De 1954 à 1957, le législateur chinois vote quatre-vingt textes à valeur législative et ratifie le premier plan quinquennal de la RPC. Toutefois, du fait des dérives maoïstes, il faut attendre 1979 pour que l'APN retrouve pleinement sa fonction de législateur avec l'adoption de sept lois fondamentales : *Loi pénale*, *Loi de procédure pénale*, *Loi électorale*, *Loi d'organisation des localités*, *Loi organique des tribunaux populaires*, *Loi organique des procureurs populaires* et *Loi sur les contrats de partenariat avec l'étranger*⁹³⁵. Enfin, le 4 décembre 1982, la cinquième Assemblée adopte la Constitution chinoise actuelle et consacre l'élargissement des fonctions de son Comité Permanent et l'établissement d'un système d'assemblée

⁹³² Tel que le pouvoir de nommer les fonctionnaires, les juges ou encore les membres de la police. Xie Qinkui (谢庆奎), « Recherche sur l'établissement du régime d'assemblée populaire et le système de gouvernement constitutionnel » (« 宪政体制与人民代表大会制度建设研究 »), *Nouvelles perspectives* (新视野), janvier 2005, p. 49.

⁹³³ Wan Qiliu (万其刚), « Création et évolution du régime des Congrès populaires chinois » (« 我国人民代表大会制度的形成与发展 »), *Contemporary China History studies* (当代中国史研究), vol. 12, n°1, 2005, p. 33.

⁹³⁴ *Idem*, p. 34 ; 1954 marque la réunion de la première Assemblée Populaire Nationale et l'adoption de la première Constitution socialiste de la Chine. Pour une analyse de la Conférence consultative politique, Philippe Ardant, « La Conférence consultative politique du peuple chinois », préc., p. 10 : « Avec l'adoption de la Constitution de 1954 – élaborée en dehors d'elle – la CCPPC ne disparaît pas mais la création d'une Assemblée Populaire Nationale lui enlève toute qualité d'organe du pouvoir d'État et la relègue au second plan ».

⁹³⁵ Wan Qiliu, préc., pp. 37-38. Deng Xiaoping avait déclaré : « *En vingt-neuf ans depuis la construction de la RPC, nous n'avons même pas eu une seule loi pénale, nous nous sommes engagés dans beaucoup projets, une trentaine, et, finalement, aucun n'a été adopté. Aujourd'hui, la Loi pénale et la Loi de procédure pénale sont adoptées, publiées et commencent à s'appliquer. L'Assemblée Populaire Nationale espère mettre strictement en pratique un système juridique socialiste. C'est loin d'être une mince affaire !* ».

locale⁹³⁶. Pour Deng Xiaoping, le choix du modèle étatique chinois semble définitivement ancré :

« La démocratie occidentale exerce la séparation des pouvoirs, le pluralisme politique, *etc.* Nous ne nous opposons pas à cette manière de faire, mais la Chine continentale n'adoptera ni le pluralisme politique, ni la séparation des pouvoirs, ni le système bicaméral. Ce que nous exerçons c'est le système de chambre unique qui correspond le mieux à la réalité chinoise. Si la politique est correcte et que les circonstances le sont aussi, ce système en tirera des avantages conséquents, il contribuera au développement prospère de la Chine tout en évitant beaucoup de désagréments⁹³⁷ ».

140. Un pouvoir législatif partagé entre deux chambres. Officiellement, le régime des Congrès populaires serait le système qui incarne au mieux les exigences de souveraineté populaire et de consultation politique⁹³⁸ au travers de l'Assemblée Populaire Nationale. Organe suprême de l'État, cette assemblée de 3000 députés qui siègent chaque année pendant une dizaine de jours détient les pouvoirs ultimes, le pouvoir législatif et une partie du pouvoir constitutionnel⁹³⁹. Après leur élection et avant leur prise de fonction définitive, les députés sont sujets à un contrôle de leur qualification pouvant résulter dans l'invalidation de l'élection individuelle du membre

⁹³⁶ *Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux* (中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法), adoptée au cours de la 2^{ème} session du 5^{ème} Congrès Populaire National le 1 juillet 1979, modifiée le 10 décembre 1982, le 2 décembre 1986, le 28 février 1995, le 27 octobre 2004 et le 29 août 2015; *Constitution*, art. 95.

⁹³⁷ Extrait du discours de Deng Xiaoping donné le 6 avril 1987, cité par Wan Qiliu, préc., p. 38 : «西方的民主就是三权分立，多党竞选，两院制。我们实行的就是全国人民代表大会一院制，这最符合中国实际。如果政策正确，方向正确，这种体制益处很大，很多助于国家的兴旺发达，避免很多牵挂 »。 Le rejet de la séparation des pouvoirs est souvent réaffirmé en Chine. En 2009, le Bureau de la propagande du Comité central du PCC qui a publié un ouvrage intitulé « Les six pourquoi – Réponses à quelques questions importantes » («“六个”为什么“一对几个重大问题的回答”）; la troisième question traite justement de la raison pour laquelle la Chine adopte le système d'assemblée populaire et ne peut consacrer celui de la séparation des pouvoirs. Une partie de l'ouvrage est disponible sur le site officiel du média audiovisuel chinois (CCTV) à l'adresse : <http://news.cctv.com/special/lgwsm/01/> [dernière consultation le 14 novembre 2017]. La séparation des pouvoirs est liée à la nature capitaliste des régimes politiques. Pour une comparaison entre la théorie de Montesquieu et la théorie chinoise ancienne des Cinq Pouvoirs (y compris le pouvoir d'examen et de supervision, développé not. par Sun Yatsen), V. Wu Qingyi (吴清一), Wang Jisheng (王吉生), « Trois grandes comparaisons entre "la séparation tripartite des pouvoirs" et les "cinq pouvoirs constitutionnels" » («“三权分利”与“五权宪法”思想三大比较»), *Journal des Sciences sociales et humaines de l'Université de Hainan* (海南大学学报), vol. 23, n°3, 2005, pp. 273-278.

⁹³⁸ V. L'article publié sur le site de l'Assemblée Populaire Nationale, « Les différences fondamentales entre le régime de la "séparation des pouvoirs" et le système des assemblées populaires » («人民代表大会制度与“三权分立”制度有根本区别»), issu du *Quotidien du Peuple* (02/02/2009), disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdltdjjs/2009-02/02/content_1468725.htm [dernière consultation le 2 octobre 2017].

⁹³⁹ *Constitution chinoise*, art. 58 et 62.

élu⁹⁴⁰. Ceux qui réussissent « l'examen » sont ensuite divisés en délégations sur la base des unités électriques et nomment un chef député⁹⁴¹. Les délégations forment en réalité des groupes de travail qui doivent délibérer sur les projets de loi soumis à l'APN. L'assemblée elle-même est composée d'un Présidium et d'un secrétaire général, tous deux nommés quelques temps avant la tenue des sessions du mois d'avril⁹⁴². Les sessions de l'APN accueillent également le Président de la Cour Suprême et le Procureur Suprême de Pékin, qui peuvent soumettre un projet de loi mais qui ne disposent pas du droit de vote⁹⁴³. Les députés élisent leur Comité Permanent, composé de 175 personnes⁹⁴⁴, pour toute la durée de leur mandat (cinq ans) et dont les compétences vont de la possibilité d'amender la Constitution à celle d'adopter les lois autres que celles entrant dans la compétence de l'APN⁹⁴⁵. Ce régime ne doit cependant pas être considéré comme bicaméral, puisque le Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale n'a originellement pas vocation à contrôler les actes adoptés par cette dernière⁹⁴⁶. Au moment de la révision de la Constitution de 1978, cette idée d'un pouvoir législatif partagé entre deux chambres avait été soulevée mais rejetée au motif que « *le problème pour la Chine n'était pas celui de pouvoir et de contre-pouvoir mais de l'efficacité de son travail*⁹⁴⁷ ». Dans une logique donc de collaboration efficace avant d'être dans une logique de contrôle, ces députés sont supposés incarner à la fois l'unité (统一性) de la nation chinoise et de l'exercice du pouvoir d'État tout en permettant, par leur composition et leur mode d'élection, de représenter l'ensemble du peuple.

⁹⁴⁰ *Loi organique de l'Assemblée Nationale Populaire de la République Populaire de Chine* adoptée au cours de la 5^{ème} session de la 5^{ème} Assemblée Nationale Populaire le 10 décembre 1982, art. 3.

⁹⁴¹ *Idem*, art. 4.

⁹⁴² *Id.*, art. 5.

⁹⁴³ *Id.*, art. 8.

⁹⁴⁴ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 115.

⁹⁴⁵ *Constitution chinoise*, art. 62 ; Zhu Yikun, (朱羿锜), *Concise Chinese Law*, (中国法概论), *Law Press China*, sept. 2007, pp. 28-29 : les compétences que détient l'APN peuvent être divisées en quatre catégories : le pouvoir dit légiférant (pouvoir de faire des lois, d'amender la Constitution...) ; le pouvoir personnel (concernant les nominations et destitutions de postes des autres acteurs étatiques) ; le pouvoir décisionnel (examen et approbation des rapports sur les plans économiques et sociaux, sur le budget d'État, approbation de la création des collectivités territoriales...) et le pouvoir de supervision (contrôle de l'application de la Constitution et du travail de son Comité Permanent).

⁹⁴⁶ La création des Comités Permanents avait pour objectif de palier les insuffisances législatives dues à la rareté des réunions de l'Assemblée Populaire Nationale. V. Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 115.

⁹⁴⁷ *Idem*, p. 113.

2. Le Congrès populaire, façade légitime du pouvoir d'État.

141. La distinction entre organe et pouvoir. L'Assemblée Populaire Nationale, accompagnée de son Comité Permanent, concentre ainsi le pouvoir de produire du droit ou plutôt, de faire la loi. À la différence du système français qui organise l'élection du chef de l'État et garantit l'indépendance politique et organique de la justice⁹⁴⁸, l'Assemblée Populaire Nationale, seule titulaire de la légitimité électorale, supervise le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire⁹⁴⁹. Cette structure résulte du principe de centralisme démocratique ; ces deux pouvoirs sont regroupés sous la dénomination « *d'un gouvernement, deux cours* » (一府两院) et leur existence dépend, théoriquement, des décisions de l'organe législatif. La justification sous-jacente est de dire que les pouvoirs du gouvernement et de la sphère judiciaire ne sont pas des sortes de pouvoirs « particuliers », voire privés, mais des pouvoirs sociaux, des pouvoirs du citoyen⁹⁵⁰ ce qui justifie leur soumission à l'APN. La répartition chinoise des pouvoirs étatiques est analysée en division du travail (分工) en lieu et place d'une séparation des pouvoirs (分权). Cette expression est révélatrice de la distinction doctrinale très accentuée en Chine entre organe législatif et pouvoir législatif⁹⁵¹, qui suppose que si l'assemblée populaire est le seul organe législatif, le pouvoir de faire la loi ne lui est pas exclusif⁹⁵². Le pouvoir de produire la loi, pour certains auteurs chinois, ne serait dès lors qu'une prérogative parmi d'autres de l'APN et rien n'interdirait à d'autres organes de l'exercer⁹⁵³. Cette distinction empêche de définir le pouvoir législatif chinois organiquement *i.e.* comme le pouvoir exclusif du

⁹⁴⁸ Constitution française, art. 6 (élection du Président de la République au suffrage universel direct pour cinq ans) ; art. 64, al. 1 : « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

⁹⁴⁹ *Constitution chinoise*, art. 62 et 63 (L'APN et son Comité Permanent ont un droit de nomination et de révocation du Président de la République Populaire, du Président de la Cour Suprême et du Procureur Suprême).

⁹⁵⁰ Cette théorie est la base du droit administratif chinois, dénommé « théorie des pouvoirs publics » (公共权力论) et rejoint ainsi le principe « d'un gouvernement, deux chambres » cité précédemment.

⁹⁵¹ Certains auteurs ne distinguent aucune des deux notions. Par exemple, Stéphanie Balme ne mentionne que la « bureaucratie législative » (« Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, pp. 605-613).

⁹⁵² *Constitution chinoise*, art. 58 : l'APN et son Comité Permanent exercent le pouvoir législatif de l'État.

⁹⁵³ Qi Yuan (戚渊), « Discussion sur le pouvoir législatif », (« 立法权概论 »), *Tribune of Political Science and Law: Journal of China University of Political Science and Law* (政法论坛 : 政法大学学报), 2000, n°6, p. 12. Ainsi, le pouvoir législatif « unifie le pouvoir étatique mais n'appartient pas en soi au pouvoir étatique unifié » (立法权是一种相对权力 (···) 它统一于国家权力而非属于一统的国家权力).

législateur et rend difficile, *de facto*, de déduire exclusivement la hiérarchie des normes chinoises de la hiérarchie statutaire des organes créateurs de normes⁹⁵⁴.

142. Une délimitation ambiguë des domaines législatif et exécutif. En dépit de la consécration matérielle⁹⁵⁵ et formelle⁹⁵⁶ de la loi chinoise, la première difficulté de la répartition du pouvoir législatif entre les organes étatiques porte sur le cantonnement du pouvoir normatif du Conseil des Affaires d'État (CAE) : est-ce une sorte de pouvoir législatif⁹⁵⁷? Cet organe, comparable au gouvernement français, n'est pas élu et le premier ministre est nommé par les députés : il est soumis, en outre, au principe de responsabilité du chef⁹⁵⁸. Dix-huit pouvoirs du gouvernement lui sont consacrés à l'article 89 de la Constitution qui incluent, notamment, le pouvoir de réglementation administrative « traditionnelle⁹⁵⁹ », le pouvoir de proposer un projet de loi à l'APN ou à son Comité Permanent⁹⁶⁰ (art. 89, al. 1 (2)), le pouvoir de déclarer l'état d'urgence dans certaines régions (art. 89, al. 1 (16)) ou encore la possibilité « *d'exercer d'autres fonctions ou d'autre pouvoirs que pourrait lui confier l'Assemblée Populaire Nationale ou son Comité Permanent* » (art. 89, al. 1 (18)). Cette dernière disposition est comparable, dans son principe, à l'article 38 de la Constitution française qui permet au Parlement d'habiliter le gouvernement à légiférer dans des domaines délimités⁹⁶¹. C'est également l'une des dispositions les plus

⁹⁵⁴ Plus généralement sur les problèmes de hiérarchisation des normes avant la modification de la *Loi sur la législation* en 2015, Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 180-190, qui use d'une distinction tripartite pour classer les normes, à savoir : le niveau primaire de la législation qui regroupe la Constitution et les lois fondamentales, le niveau secondaire qui englobe les normes réglementaires et le niveau tertiaire pour désigner les réglementations locales.

⁹⁵⁵ *Loi sur la législation*, art. 8 (énumère les domaines qui appartiennent à la loi).

⁹⁵⁶ *Loi sur la législation*, art. 14-25 (procédure législative applicable aux lois issues de l'Assemblée Populaire Nationale) ; art. 26-44 (procédure législative applicable aux lois adoptées par le Comité Permanent de l'APN).

⁹⁵⁷ Et cette question n'est pas nouvelle : V. Wang Lei (王磊), « Réflexions sur la doctrine constitutionnaliste du pouvoir législatif administratif » (« 对行政立法权的宪法学思考 »), *Études de droit sino-étranger* (中外法学), vol. 59, n°5, 1998, p. 58 : « Selon la théorie de la séparation du travail des organes étatiques établie par l'école constitutionnelle et selon les règles de répartition des pouvoirs, il n'est pas difficile de constater un pouvoir législatif administratif [...] à l'heure actuelle, beaucoup de monde considère que les règles administratives produites par le CAE sont des actes législatifs (立法行为) ou alors désignent le produit d'une activité législative (立法活动) ou encore d'une activité législative administrative (行政立法活动) ».

⁹⁵⁸ *Constitution chinoise*, art. 86, al. 2 : « le premier ministre est entièrement responsable du travail du Conseil des Affaires d'État. Les ministres sont entièrement responsables du travail des ministères et des commissions ».

⁹⁵⁹ *Constitution chinoise*, art. 89, al. 1 (1), à savoir, l'adoption de mesures et de réglementations administratives et de décisions et ordres autorisés par la loi ou la Constitution.

⁹⁶⁰ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 184 : en 1995, près de 70% des lois sur lesquelles s'est penchée l'APN ou son Comité Permanent étaient initiées par le CAE.

⁹⁶¹ *Constitution française*, art. 38.

controversées chez les intellectuels chinois⁹⁶² : considérée par certains comme la consécration du « *pouvoir de législation administrative*⁹⁶³ » (行政立法权) permis par la technique de la délégation (*weitu* 委托), l'ambiguïté du critère de partage du pouvoir normatif entre l'organe législatif et l'organe exécutif est également dénoncé⁹⁶⁴. Cette « fuite » du pouvoir législatif est reconnue sous l'expression chinoise de « *fa chu duo men* » (法出多门, litt. « le droit sort par plusieurs portes ») et incarne une première forme de répartition du pouvoir législatif au niveau central.

143. L'implication des organes judiciaires dans le domaine législatif. La structure marxiste de l'État chinois permet aux deux autres organes suprêmes, la Cour Populaire Suprême et le Procureur Populaire Suprême, de jouer un rôle indirect dans l'élaboration de la loi. Du point de vue statutaire, les dirigeants de ces deux organes sont élus par l'Assemblée Populaire Nationale⁹⁶⁵ devant qui ils sont responsables⁹⁶⁶. Du point de vue fonctionnel, bien que la Constitution exclut ces deux institutions judiciaires comme étant des sources de droit officielles, la *Loi sur la législation* adoptée en 2000 leur confère la possibilité d'être impliquées dans l'initiative des

⁹⁶² Zhang Zhongqiu, (张中秋), Zhang Mingxin (张明新), « Observation et réflexion sur le fonctionnement et la répartition du pouvoir législatif et sa répartition en Chine » (« 对我国立法权限划分和立法权运动状况的观察与思考 »), *Tribune juridico-politique* (政法论坛), 2000, n°6, p. 7 ; en 1984, le Conseil des Affaires d'État a été autorisé à légiférer par le biais de cette délégation dans les domaines économiques nationaux ; l'année d'après, l'APN l'autorisait à adopter des réglementations provisoires pour la réforme économique de la politique d'ouverture : Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 183, c'est d'ailleurs ce que l'auteur appelle « *open-ended delegations of legislative powers* ».

⁹⁶³ Zhou Wangsheng (周旺生), « Discussion sur quelques questions concernant la législation du Conseil des Affaires d'État » (« 论国务院立法的几个问题 »), *Law Review*, (法学评论), 1988 (02), pp. 9-14.

⁹⁶⁴ Zhang Zhongqiu, Zhang Mingxin, préc., p. 8 : « *L'absence de clarté dans la compétence législative ainsi que le "désordre législatif" (立法无序) ont attiré l'attention du législateur [...]. Le but de l'établissement de la Loi sur la législation (lifafa) était de réglementer l'activité législative...* » ; Tian Xiangbo (田湘波), « La situation actuelle du système législatif chinois » (« 中国的立法体制现状 »), *Modern China Studies*, 2008, n°3, Partie 3, « les conflits issus de l'absence de répartition claire du pouvoir législatif » (三、立法权限划分不明晰导致的冲突), disponible à l'adresse <http://www.modernchinastudies.org/us/issues/past-issues/101-mcs-2008-issue-3/1060-2012-01-05-15-35-31.html> [dernière consultation le 02 janvier 2018, non numéroté] ; Zhang Chunsheng (张春生), « Discussion sur le pouvoir législatif étatique de la Chine » (« 论我国的国家立法权 »), *Weishi* (唯实), n°10, 2003, pp. 45-48 : s'il reconnaît que la plus grande avancée dans la législation est la promulgation de la Constitution de 1982 (qui instaure la délégation du pouvoir de l'APN à son Comité permanent, l'exigence de « travail de gestion administrative complexe » dans le secteur économique et la création d'un pouvoir normatif local) il considère (p. 46) que la loi *lifafa* répond notamment aux exigences de *scientificité* (科学地划分中央与地方) dans la répartition des compétences centrales et locales et à la question de la supervision de l'activité législative (如何加强对立法活动的监督).

⁹⁶⁵ *Constitution chinoise*, art. 62, (7) et (8).

⁹⁶⁶ *Constitution chinoise*, art. 128 (CPS), 133 (PPS).

lois⁹⁶⁷ (au même titre, d'ailleurs, que la Commission Militaire) et de demander des interprétations législatives au Comité Permanent de l'APN⁹⁶⁸. De la même manière, ces deux organes judiciaires, tout comme le Conseil des Affaires d'État, peuvent exiger un examen (审查) auprès de ce même Comité Permanent quand ils estiment qu'une règle de droit non législative est contraire à la Constitution ou à une loi⁹⁶⁹. En outre, une innovation majeure apportée en 2015 à la *Loi sur la législation* est la consécration des interprétations des organes judiciaires suprêmes et donc la reconnaissance de leur effet normatif⁹⁷⁰. La place formelle accordée au pouvoir judiciaire dans l'exercice du pouvoir législatif incarne la seconde répartition de ce pouvoir au niveau central.

Enfin, la structure étatique en deux niveaux conduit bon nombre d'auteurs à souligner une relative décentralisation du pouvoir législatif au niveau local (par le biais des assemblées populaires locales) tout en distinguant cette répartition de celle admise dans les États Fédéraux, en raison notamment du principe d'unité du système juridique chinois⁹⁷¹.

144. Les critiques du système législatif chinois. Certains auteurs chinois considèrent qu'il n'existe, en réalité, que deux seuls pouvoirs étatiques : celui de représenter la volonté de l'État et celui d'exécuter sa volonté, ce qui conduit à adopter une distinction unique entre pouvoir politique (assimilé au pouvoir de faire la loi) et pouvoir exécutif (englobant le pouvoir judiciaire)⁹⁷². Pour d'autres, le système législatif chinois serait un « système moniste à deux niveaux et trois répartitions⁹⁷³ ».

⁹⁶⁷ *Loi sur la législation*, art. 12, al. 2 et 24, al. 2 pour les projets de lois déposés au Comité Permanent de l'APN.

⁹⁶⁸ *Loi sur la législation*, art. 43 sur le droit de demander une interprétation juridique au Comité Permanent (compétence exclusive)

⁹⁶⁹ *Loi sur la législation*, art. 90. Il est à noter que cette « saisine » d'une partie de l'organe législatif est également ouverte au groupements sociaux, organisations entrepreneuriales ainsi qu'aux citoyens qui peuvent produire par écrit une « suggestion de vérification » (书面提出进行审查的建议) à l'adresse du Comité Permanent de l'APN ; ce dernier, et si besoin les comités spécialisés dans le domaine sollicité, devront faire des recherches et produire une opinion (意见) et, en cas de conflit constaté, demander à l'organe auteur de la règle de fournir une explication : *Loi sur la législation*, art. 91.

⁹⁷⁰ *Loi sur la législation*, nouvel art. 104.

⁹⁷¹ V. Cependant Li Yahong, Sarah Cowen, « L'autonomie législative des collectivités territoriales en Chine », *Perspectives chinoises*, n°61, 2000, p. 15, pour qui les récentes évolutions institutionnelles de la Chine représentent une évolution « de son système de gouvernement vers un système fédéral ».

⁹⁷² Wang Lei, préc., p. 60. L'auteur relève notamment qu'en chinois, le terme « exécuter » (执行) peut s'appliquer indifféremment dans le domaine exécutif ou judiciaire.

⁹⁷³ Qi Yuan, préc., p. 15 : « 一元性二层次三分支的立法体制 ». Néanmoins, en Chine les théoriciens ne semblent pas être parvenus à un consensus unanime sur la nature exacte du système législatif chinois : ainsi, il a été qualifié de « système législatif à un degré » (一级立法体制), où seule

La nature moniste de ce système est incarnée par l'Assemblée Populaire Nationale, seul organe légitime à exercer le pouvoir législatif ; le second niveau fait référence à la division territoriale de la Chine, entre le centre et les localités⁹⁷⁴ ; les « trois répartitions » font référence à la diffusion du pouvoir législatif entre l'organe législatif, le gouvernement et les deux « chambres ». Cette structure est loin de faire l'unanimité dans la doctrine, tant occidentale que chinoise, qui déplore la faiblesse de l'institution législative chinoise. Si certains auteurs, optimistes, avancent l'état encore embryonnaire de l'APN et invoquent son potentiel à exploiter⁹⁷⁵, d'autres au contraire soulignent plusieurs défauts : l'ambiguïté persistante dans la répartition des compétences législatives, accompagnée de l'absence de contrôle législatif indépendant⁹⁷⁶, conduisant à un pouvoir règlementaire excessif et discrétionnaire⁹⁷⁷ ; l'absence de légitimité dans l'élection des députés⁹⁷⁸ ou encore l'incohérence dans la répartition des pouvoirs normatifs, qui impulse, notamment, une « lutte de pouvoirs » au sein même de l'organe législatif⁹⁷⁹. Enfin, la critique récurrente de l'omniprésence du Parti Communiste conduirait à reléguer l'APN à un organe traducteur de la volonté politique⁹⁸⁰ voire à un simple « organe fantoche⁹⁸¹ ».

l'APN détiendrait le pouvoir législatif ; de « système législatif à deux niveaux » (两级立法体制), expression qui connaît plusieurs interprétations ; de « système législatif à plusieurs niveaux ou plusieurs degrés » (多级或多层次立法体制). Pour une explication brève en anglais, V. Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 180-190, not. p. 181 : l'auteur se rattache à la thèse dominante en Chine de « système unitaire à trois niveaux », le niveau primaire désignant les lois nationales (法律), le niveau secondaire les règlements administratifs (行政法规) et le niveau tertiaire englobant les réglementations locales (地方性法规).

⁹⁷⁴ *Infra* n°155 et s.

⁹⁷⁵ Michael Willian Dowdle, « Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development : the curious case of China », *New-York University Journal Of International Law and Politics*, 2002-2003, vol 35, pp. 1-7.

⁹⁷⁶ Li Yahong, Sarah Cowen, *préc.*, pp. 15-24.

⁹⁷⁷ Peter H. Corne, *préc.*, pp. 376-378 ; Jiang Ping, « Chinese Legal Reform : Achievement, Problems and Prospects », *Journal of Chinese Law*, 1995, 9-1, p. 72 : un pouvoir règlementaire excessif qui serait dû à la contradiction entre la structure politique et juridique de la Chine, illustrée par la relation entre l'APN et les organes exécutifs ; Voir encore, en chinois, Tian Xiangbo, *préc.* [en ligne] Partie 5 « les questions au sein du pouvoir législatif administratif » (五, 行政立法中存在的问题) : absence de complétude du système de législation administrative, règles administratives non unifiées, manque de démocratie du processus de législation administrative...

⁹⁷⁸ Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, p. 289 et s.

⁹⁷⁹ Peter H. Corne, *préc.*, p. 411 ; Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, p. 596 : « Cette confusion des pouvoirs [législatifs et constitutionnels] s'oppose à la rationalisation du système juridique voulue tant par les experts que par la communauté internationale, et créé de facto des phénomènes de check and balance entre les institutions placées au cœur des équilibres du régime ».

⁹⁸⁰ Donald C. Clarke, « Puzzling Observations in Chinese Law : When is a Riddle Just a Mistake ? », In C. Stephen Hsu (dir.), *Understanding China's Legal System, Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, 2003, p. 111 : « the NPC owes its existence to the "executive", which created it and arguably could abolish it tomorrow [...] the real locus of central political power in China (...) lies, of course, in the leadership of the Communist Party, which exercises power largely

Jusqu'en 2000, seules la Constitution et les lois organiques régissaient les compétences de l'APN et de son Comité Permanent. Les dispositions constitutionnelles étaient considérées comme insuffisantes en raison de l'ambiguïté du critère de partage des pouvoirs normatifs entre l'APN et le Conseil des Affaires d'État⁹⁸² voire entre l'Assemblée et son Comité Permanent. La *Loi sur la législation* (*lifafa*, 立法法) adoptée le 15 mars 2000 au cours de la 3^{ème} session de la 9^{ème} APN était donc très attendue⁹⁸³, car elle devait éclaircir l'agencement des organes « légiférants ».

Plus généralement, l'expansion de la Chine s'accompagne de doutes quant à la viabilité de ses institutions : comment l'hyper-concentration du pouvoir dans les mains de l'APN est-elle conciliable avec les exigences de croissance économique et d'adaptation rapide aux situations nouvelles ? Ce n'est pas avec la fréquence des réunions des organes législatifs que le législateur chinois peut espérer répondre rapidement aux exigences nouvelles en matière économiques et sociales⁹⁸⁴ ; le pouvoir exécutif joue dès lors un rôle prépondérant dans l'évolution du système chinois, ce qui n'est pas sans susciter quelques inquiétudes⁹⁸⁵. Comme le notent Zhang Zhongqiu et Zhang Mingxin, « après la politique de réforme, [...] de plus en plus de conflits apparaissaient entre la distribution constitutionnelle du pouvoir législatif et le pouvoir de gestion administrative qui existait en pratique, ainsi qu'avec

through the State Council. [...] For a number of reasons, it now chooses to make certain rules through the vehicle of the National People's Congress ».

⁹⁸¹ Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, p. 597.

⁹⁸² Il convient de noter que l'implication de la Cour Suprême ou du Procureur Suprême suscite beaucoup moins de critiques que l'octroi d'un semi-pouvoir législatif au Conseil des Affaires d'État, ce qui laisse supposer, *a priori* chez les penseurs critiques, une plus grande confiance dans ces organes judiciaires.

⁹⁸³ Stéphanie Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », *op.cit.*, p. 597. Et sur sa (très) longue élaboration qui a duré sept années : Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 177-180.

⁹⁸⁴ Ulric Killion, préc., p. 578.

⁹⁸⁵ Plus généralement, la problématique de l'empiètement de l'exécutif dans le domaine de la loi n'est ni contemporaine, ni propre à la Chine. V. En ce sens, Sonia Olga Balachowsky-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les États qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, Paris Arthur Rousseau, 1901, rééd. Elibron Classics, éd. 2007, pp. 45 et s. À l'époque déjà, l'auteure constatait (p. 64) que « dans l'État moderne, l'extension et la complication de la tâche gouvernementale et administrative rendent parfois très utile au pays la faculté pour l'exécutif de poser par voie d'ordonnance une règle de droit », tout en rappelant les risques du déplacement du pouvoir législatif vers l'exécutif et ce, peu importe que l'État applique ou non la séparation des pouvoirs : « il va de soi que le monarque absolu se laissera aisément aller à la tentation de prendre sous forme de simple ordonnance telle décision, qui est une loi réelle, pour affranchir sa volonté souveraine de formalités dont l'appareil lui semble gênant dans un cas donné. Les circonstances ne peuvent manquer d'être nombreuses, où il ne lui convient pas de soumettre telle manifestation de son bon plaisir à la délibération de conseillers, si servile que puisse être leur soumission » (pp. 67-68).

*les nouvelles exigences de planification législative*⁹⁸⁶ ». Si les Chinois dénonçaient une « *politique représentée en droit* » (以党代法) avant la seconde ouverture de leur pays à la fin des années 70, le système législatif actuel porte encore les traces d'une structure où « *l'administratif guide le droit* » (以政领法)⁹⁸⁷. Ce constat amène à la problématique de la répartition des compétences centrales et du rôle du pouvoir administratif dans le fonctionnement du système juridique chinois.

§2. La répartition centrale des compétences normatives.

145. Parmi l'une des critiques les plus fréquentes rencontrées au sujet du système juridique chinois, la première position revient sans conteste à l'exercice discrétionnaire du pouvoir de l'administration. La conception chinoise de ce pouvoir sera présentée dans un premier temps (A) afin d'en mesurer la portée et les éventuelles atteintes au pouvoir législatif *stricto sensu* (B).

A. La conception chinoise du pouvoir exécutif en Chine.

146. Le Conseil des Affaires d'État chinois. Avant la Constitution de 1982, le pouvoir étatique et normatif était concentré exclusivement dans les mains de l'Assemblée Nationale Populaire. Le Conseil des Affaires d'État ne disposait que du pouvoir d'édicter des *mesures* administratives (行政措施) qui n'avaient pas vocation à créer de nouvelles normes. Ce système d'hyper-concentration n'a fonctionné que deux ans ; les nouvelles exigences de développement ont nécessité son assouplissement. Si l'étendue géographique de la Chine a justifié une relative délégation du pouvoir au niveau local, ce sont avant tout les exigences politiques de réforme et d'ouverture qui ont motivé l'accroissement du pouvoir de l'administration⁹⁸⁸. La nouvelle Constitution de 1982, en accordant au Conseil des Affaires d'État le pouvoir d'édicter des *règlements* administratifs (行政法规),

⁹⁸⁶ Zhang Zhongqiu, Zhang Mingxin, préc., p. 4 : « 至 70 年代末, 中国实行改革开放政策后, 法制建设扯足风帆。立法权的宪法支配与实施存在的行政管理权以及新的立法计划的需要之间的矛盾越来越突出 ».

⁹⁸⁷ Tian Xiangbo, préc. [en ligne] (Introduction).

⁹⁸⁸ Zhang Chunsheng, préc., p. 47.

consacre également une répartition fondamentale des compétences centrales : l'Assemblée devient l'organe législatif par excellence et a, en principe, le pouvoir de décision sur les « affaires importantes » ; le Conseil de Affaires d'État, quant à lui, assume une double fonction : organe exécutif de l'APN, il devient également l'« organe administratif suprême ⁹⁸⁹ ». En d'autres mots, il concentre, schématiquement, la fonction des ministères français et le rôle de consultant du Conseil d'État français⁹⁹⁰.

147. La diversité du pouvoir réglementaire. Concrètement, la *Loi sur la législation* définit trois types de pouvoir normatif exercé par le Conseil des Affaires d'État⁹⁹¹, dont la délimitation des domaines doit être appréciée à la lumière de la Constitution. Le premier lui permet d'établir des règlements administratifs – le « nouveau pouvoir » octroyé en 1982 – soit dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi lorsque celle-ci l'exige⁹⁹², soit dans les domaines énumérés par l'article 89 de la Constitution qui relèvent de la compétence de « gestion administrative⁹⁹³ ». Dans ce domaine, le Conseil des Affaires d'État chinois n'est pas supposé créer de nouveaux droits et devoirs encore non reconnus par la loi, à moins qu'il soit mandaté pour cela⁹⁹⁴. En cas d'absence de législation nationale dans un certain domaine, le CAE ou

⁹⁸⁹ *Constitution chinoise*, art. 85.

⁹⁹⁰ En tant qu'ordre suprême administratif uniquement ; le CAE chinois n'a pas de compétence juridictionnelle similaire à celle du Conseil d'État français.

⁹⁹¹ Nous avons choisi de présenter les compétences normatives du CAE en suivant la lecture de la *Loi sur la législation* ; d'autres auteurs les classent en cinq pouvoirs distincts, V. Daniel C. K. Chow, *op.cit.*, p. 149 ; l'auteur chinois Tian Xiangbo (préc. [en ligne] Partie 3, « Les conflits issus de l'absence de répartition claire du pouvoir législatif » (三、立法权限划分不明晰导致的冲突)) classe le pouvoir normatif du CAE en cinq catégories : le pouvoir législatif d'établir des règlements administratifs (行政法规立法权) ; le pouvoir d'initier les lois (法律提案权) ; le pouvoir délégué aussi appelé mandaté (授权立法或委托的国家立法权), auquel il ajoute le pouvoir d'établir des règles concrètes d'application du droit (制定法律实施细则的权利) et les pouvoirs normatifs des commissions, ministères ou autres (国务院各部门则享有规章制定权).

⁹⁹² *Loi sur la législation*, nouvel art. 65 (1).

⁹⁹³ *Loi sur la législation*, nouvel art. 65 (2) ; *Constitution chinoise*, art. 89 à l'exception des alinéa (2) et (18). Peter H. Corne, préc., pp. 372-373 : l'auteur qualifie ce pouvoir « législatif » comme inhérent au corps administratif (de par sa simple fonction, la Constitution ou une loi organique) et consacré à l'article 89 de la *Constitution* chinoise. Ce pouvoir normatif est dénommé en chinois « *Zhiquan Lifa* » (职权立法) ; Daniel C.K. Chow, *op.cit.*, p. 149. Le domaine de la gestion administrative est une compétence inhérente à l'organe administratif et recouvre l'ensemble de l'administration de l'État chinois.

⁹⁹⁴ De la même manière que le pouvoir exécutif ne peut légiférer en matière de peine. Or, selon Chen Jianfu, (*Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, pp. 230-231) : « même si les règles administratives et les [diverses] réglementations peuvent imposer toutes sortes de sanctions autres que des restrictions de liberté personnelle, une fois que la loi a déjà établi une sanction de la sorte, les règles administratives ne peuvent qu'en éclaircir son application dans le domaine permis par la loi ».

ses ministères peuvent légiférer en premier⁹⁹⁵. La lecture de l'article 56 (3) de la *Loi sur la législation* montre que cette législation administrative « expérimentale » a vocation, une fois les conditions réunies, à donner naissance à une loi de la part de l'APN et de son Comité Permanent, ce qui permet de rapprocher cette législation expérimentale de celle conçue à l'article 37-1 de la Constitution française⁹⁹⁶. Le Conseil des Affaires d'État chinois peut également proposer des projets de lois⁹⁹⁷ et ses ministères, commissions, départements ou organisations mandatées peuvent émettre des arrêtés valables dans leur domaine de compétence sous réserve de respecter la hiérarchie juridique⁹⁹⁸. Enfin, sa dernière compétence – sans être la moins équivoque – relève du mécanisme de délégation législative : l'article 89 (18) de la Constitution chinoise énonce que « l'APN et son Comité Permanent peuvent conférer au Conseil des Affaires d'État d'autres fonctions⁹⁹⁹ », soulignant une démarcation flexible des champs de compétences normatives respectives.

148. La délégation de compétence. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration est souvent dénoncé en Chine. Il résulte principalement de la porosité des frontières démarquant le pouvoir administratif ce qui conduit à un excès de compétence, voire, dans certains cas, un abus de compétence¹⁰⁰⁰. Pour Chen Shengyong le pouvoir excessif de l'administration serait également dû à la forte tradition bureaucratique ancrée dans l'histoire chinoise, accentuée par l'absence de la séparation des pouvoirs¹⁰⁰¹. En dehors du phénomène de corruption et de lutte des pouvoirs entre les fonctionnaires, un autre élément crucial réside dans la question de savoir qui contrôle le budget de l'État : en partant du constat que « *les ressources du*

⁹⁹⁵ Peter H. Corne, préc., p. 426 : de la même manière, selon l'article 64 de la *Loi sur la législation*, lorsqu'aucun des deux organes étatiques (l'APN et son Comité Permanent et le Conseil des Affaires d'État chinois) n'a légiféré dans un domaine précis, les assemblées locales et/ou leur comité permanent peuvent édicter des règles en premier.

⁹⁹⁶ Au moins dans leur principe car il n'apparaît pas que la législation expérimentale chinoise soit conditionnée à une limite de temps. Constitution française, art. 37-1 : « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental » ; C.C. 12 août 2004, déc. 2004-503 DC Loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 9.

⁹⁹⁷ *Constitution chinoise*, art. 89 (2).

⁹⁹⁸ *Constitution chinoise*, art. 90.

⁹⁹⁹ « 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权 ».

¹⁰⁰⁰ L'excès de compétence se retrouverait surtout dans le domaine de la délégation du pouvoir législatif (授权立法的脱缰) et l'abus de compétence existerait à partir du moment où le pouvoir législatif de l'administratif excède le pouvoir législatif étatique (行政立法权侵越国家立法权). V. Tian Xiangbo, préc. [en ligne].

¹⁰⁰¹ Chen Shengyong (陈剩勇), « La balance entre la bureaucratie, les intérêts propres au gouvernement et le pouvoir » (« 官僚制, 政府自利性与权力制衡 ») *Xueshujie* (学术界), vol. 191, n°4, 2014, p. 24.

*pays sont la propriété du peuple, les questions en lien avec leur gestion et leur développement doivent être ratifiées par l'APN*¹⁰⁰² ». Bien que la Constitution chinoise impose l'approbation par l'APN des budgets d'État formulés par l'organe exécutif, en pratique, le CAE outrepassa souvent le montant attribué sans accord en amont de l'organe législatif¹⁰⁰³. Or, c'est justement dans des domaines touchant à la fiscalité et à la croissance économique qu'ont eu lieu les deux principales délégations de pouvoir législatif de l'APN au Conseil des Affaires d'État chinois.

De ces deux grandes habilitations législatives qui ont marqué particulièrement les auteurs chinois, la première, en 1984, autorise le CAE à légiférer dans le domaine fiscal en matière industrielle et commerciale de manière provisoire¹⁰⁰⁴. Ainsi, jusqu'en 1994, le CAE a promulgué pas moins de cinquante règles et « *tiaoli* » (règles, règlements) provisoires dans cette matière, contre seulement trois lois établies par l'APN et son Comité Permanent¹⁰⁰⁵. Une seconde délégation, en 1985, confie au Conseil des Affaires d'État le pouvoir de formuler des réglementations en lien avec la réforme économique et la politique d'ouverture qui, combinée aux domaines qui lui sont inhérents selon l'article 89 de la Constitution, lui accorde le contrôle sur l'ensemble du domaine économique en Chine. Les problèmes de ces délégations résident dans l'imprécision de leur domaine et dans l'absence de contrôle *a posteriori* de la part de l'APN. Comme l'explique l'auteur chinois Tian Jiangpo, la délégation de

¹⁰⁰² *Idem*, p. 27.

¹⁰⁰³ Jiang Ping, préc., p. 72.

¹⁰⁰⁴ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 183. Un peu plus tôt dans la même année, l'APN et son Comité Permanent avaient délégué au CAE le pouvoir de légiférer en matière de problèmes économiques nationaux.

¹⁰⁰⁵ À l'heure actuelle, il n'existe que trois lois en matière fiscale adoptées par l'APN :

- la *Loi concernant l'impôt sur revenu des entreprises* (中华人民共和国企业所得税法), du 16 mars 2007 a été adoptée au cours de la 5^{ème} session de la 10^{ème} APN, remplaçant la *Loi sur les impôts sur le revenu des entreprises étrangères et des entreprises à capitaux étrangers* (中华人民共和国外商投资企业 and 外国企业所得税法) adoptée par l'ANP le 9 avril 1991 et le « Règlement (*tiaoli*) provisoire concernant les impôts sur le revenu des entreprises chinoises » (中华人民共和国企业所得税暂行条例) du 13 décembre 1992 adopté par CAE ;

- la *Loi sur la collecte des impôts* (中华人民共和国税收征收管理法), dernière modification en date du 29 juin 2013 au cours de la 3^{ème} réunion de la 12^{ème} Assemblée Plénière.

- la *Loi fiscale sur les revenus individuels* (中华人民共和国个人所得税法), dernière modification en date du 30 juin 2011 adoptée au cours de la 21^{ème} réunion de la 11^{ème} Assemblée Plénière.

Le reste du régime fiscal est réglementé par le CAE et ses départements ou ministères : par exemple, « Règlement (*tiaoli*) temporaire sur la Taxe à Valeur Ajoutée » (中华人民共和国增值税暂行条例) n°538, publié le 1/01/2009 ; « Règlement (*tiaoli*) temporaire sur la taxe sur la vente » (中华人民共和国消费税暂行条例) n°539, publié le 1/01/2009 ; « Règlement (*tiaoli*) temporaire sur les taxes d'entreprises » (中华人民共和国营业税暂行条例) n°540, publié le 1/01/2009 ; « Règlement (*tiaoli*) temporaire sur la taxe à valeur ajoutée des terres » (土地增值税暂行条例) n°138 publié le 1/01/1994 *etc.*. Environ une trentaine de règlements administratifs et une cinquantaine d'arrêtés ministériels sont en vigueur en matière fiscale.

1985, à titre d'exemple, est supposée habiliter le CAE de manière provisoire (暂行) mais ne comporte aucune limite de temps¹⁰⁰⁶. En réponse à ces critiques, le législateur chinois a modifié la *Loi sur la législation* en 2015 pour tenir compte des difficultés inhérentes à la délégation du pouvoir normatif en général et au domaine fiscal en particulier. Ainsi, si les conditions de l'article 9 permettant la délégation du pouvoir législatif au Conseil des Affaires d'État n'ont pas changé¹⁰⁰⁷, les nouveaux articles 10 à 13 restreignent la délégation de compétence législative de l'APN à un autre organe de l'État. La décision de délégation doit dorénavant spécifier les domaines, le but, les sujets et la durée de l'habilitation, qui ne peut plus excéder la durée maximale de cinq ans¹⁰⁰⁸, ainsi que les principes que doit suivre l'organe habilité à légiférer¹⁰⁰⁹. Dans les six mois avant la fin de son mandat, l'organe habilité doit rapporter à l'organe habilitant une opinion exposant l'opportunité de prolonger ou non son mandat, qui sera décidé, *in fine*, par l'organe législatif¹⁰¹⁰. En outre, si l'APN et son Comité Permanent décident d'élaborer une loi sur un domaine qui fait l'objet d'une délégation de compétence, celle-ci prend fin à compter de l'écriture de la loi¹⁰¹¹. Il est également rappelé aux organes habilités l'interdiction qui leur est faite d'aller au-delà de leur mandat et l'impossibilité de confier à d'autres organes l'exécution de leur mandat¹⁰¹². Toutefois, le nouvel article 13 de la *Loi sur la législation* offre la possibilité au législateur chinois d'autoriser la suspension ou la révision, temporaire et dans certaines zones géographiques, des impératifs énoncés dans certains actes de délégation spécifiques (comme la gestion administrative). En matière fiscale, si le nouvel article 8 de ladite loi inclut dans les domaines réservés du législateur la

¹⁰⁰⁶ Tian Xiangbo, préc. [en ligne] Partie 3, « Les conflits issus de l'absence de répartition claire du pouvoir législatif » (三、立法权限划分不明晰导致的冲突).

¹⁰⁰⁷ *Loi sur la législation*, nouvel art 9 : « Lorsque les matières énumérées à l'article 8 de la présente loi n'ont pas encore fait l'objet d'une loi (法律), l'APN et son Comité Permanent peuvent décider d'habiliter le Conseil des Affaires d'État à adopter des règles administratives dans une partie de ces matières et selon les exigences réelles du moment. Il ne peut pas légiférer en matière de crime et de peine, de privation des droits politiques des citoyens ; il ne peut adopter ni mesure coercitive ni [créer d'] infraction privative de liberté et ne peut être habilité à adopter des règles relatives au système judiciaire ». L'explication de l'amendement de la *Loi sur la législation* est disponible sur le site officiel du gouvernement, « 中华人民共和国立法法修正案 (草案) 的说明 », V. not. le point n°5 intitulé « En lien avec le perfectionnement de la délégation législative » (关于完善授权立法), publié le 25 août 2008.

¹⁰⁰⁸ *Loi sur la législation*, nouvel art. 10, al. 2.

¹⁰⁰⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 10.

¹⁰¹⁰ *Loi sur la législation*, nouvel art. 10, al. 3.

¹⁰¹¹ Cette règle, déjà consacrée à l'article 11 de la *Loi sur la législation* a été reprise dans la nouvelle version.

¹⁰¹² *Loi sur la législation*, nouvel art. 12.

création de l'impôt, la fixation du taux d'imposition et la gestion des recettes fiscales, il est regrettable que l'article 9 n'exclut pas la matière fiscale du domaine de la délégation législative.

B. L'encadrement de l'activité normative chinoise au niveau central.

149. Le législateur chinois, régulateur de l'activité normative. En France comme en Chine, l'institution chargée de faire respecter l'exercice du pouvoir normatif dans les limites des compétences définies par la Constitution est un organe politique¹⁰¹³. Toutefois, le Conseil constitutionnel français n'a pas d'homologue chinois puisqu'à défaut de juridiction veillant au respect de la Constitution, c'est le Comité Permanent de l'organe législatif qui s'en charge¹⁰¹⁴. Les nouveaux articles 99 et 100 (ancien article 90) de la *Loi sur la législation* tendent à faire du Comité Permanent de l'APN une sorte de « *comité constitutionnel responsable de la révision des conflits entre lois et réglementations*¹⁰¹⁵ ». Ce contrôle mixte de légalité et de constitutionnalité peut être initié directement par la Cour Populaire Suprême, le Procureur Populaire Suprême, la Commission militaire ou encore les assemblées populaires locales des échelons supérieurs qui peuvent produire par écrit une *requête* en supervision (审查要求) au Comité Permanent de l'APN ou, de manière indirecte, par les autres organes étatiques, les organisations sociales ou les citoyens qui peuvent soumettre une *suggestion* de réexamen¹⁰¹⁶ (审查建议). Si l'APN constate une contradiction entre une règle et la loi ou la Constitution, elle doit demander à l'organe auteur de la règle non conforme de s'en expliquer par écrit dans les deux mois suivant

¹⁰¹³ Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *op.cit.*, pp. 108-109. Les auteurs distinguent les contrôles de constitutionnalité réalisés par un organe politique de ceux réalisés par un organe juridictionnel, supposé supérieur car indépendant. Pourtant, comme ils le mentionneront brièvement (p. 109), « à ce niveau, tout est politique » ; rien ne permet d'ôter ce caractère au Conseil constitutionnel français.

¹⁰¹⁴ *Constitution chinoise*, art. 67, al. 6 et 7 : « le Comité Permanent de l'APN exerce les fonctions suivantes : [...] [il] supervise le travail du CAE, de la Commission des affaires militaires, de la Cour Populaire Suprême et du Procureur Populaire Suprême ; [il peut] annuler un règlement administratif, une décision ou un ordre du CAE contraire (相抵触) à la Constitution et aux lois ». La raison sous-jacente à la volonté de confier ce pouvoir au Comité Permanent et non à l'Assemblée Populaire Nationale est d'ordre technique et reflète, une fois de plus, le pragmatisme chinois : les sessions des Assemblées sont trop espacées, alors que le Comité Permanent siège plusieurs fois dans l'année. Sur le rôle de l'APN dans le développement d'un « constitutionnalisme » chinois : Michael William Dowdle, préc., p. 2, qui constate qu'au cours des vingt dernières années, l'APN a acquis une véritable force constitutionnelle.

¹⁰¹⁵ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 196 : « a kind of constitutional committee responsible for review of conflicts among laws and regulations ».

¹⁰¹⁶ *Loi sur la législation*, art. 99, al. 2.

sa demande¹⁰¹⁷. Comme le législateur détient la « compétence de sa compétence » et qu'il dispose d'une légitimité directe, ces mécanismes de supervision tendent à encadrer avant tout l'activité du gouvernement central et local¹⁰¹⁸. En Chine, la catégorie de droit administratif est encore au stade de développement : elle n'est apparue que dans les années 1990, par opposition à celle de droit constitutionnel¹⁰¹⁹ et privilégie avant tout l'ordonnancement des pouvoirs et des compétences qui doivent être efficaces (la fameuse gestion administrative), relayant la question de la protection des administrés au second plan¹⁰²⁰. Ce n'est ainsi qu'en 2002 que le Conseil des Affaires d'État a commencé à encadrer les procédures d'élaboration des règlements administratifs et des arrêtés par l'interprétation de la *Loi sur la législation* adoptée en 2000¹⁰²¹. En théorie, la lecture des règles constitutionnelles implique qu'aucune loi, règlement, règle ou autre document normatif ne puisse être contraire à la norme fondamentale, l'existence de ces dernières étant conditionnée à leur conformité à la norme directement supérieure¹⁰²². Toutefois, en raison du grand nombre de textes produits et de l'absence de cohérence entre eux et entre les règles supérieures, la *Loi sur la législation* en 2000 a institutionnalisé la pratique – qui existait déjà mais qui n'était pas reconnue officiellement – d'enregistrement et d'examen des actes normatifs¹⁰²³ (备案审查).

¹⁰¹⁷ *Loi sur la législation*, art. 100 ; selon l'alinéa 3 de ce même article, si l'organe auteur de la règle litigieuse refuse de la modifier, une décision ou un avis de suppression de la règle peut être déposé auprès du chef du Comité Permanent qui devra décider de soumettre ou non cet avis à l'ensemble des membres du Comité Permanent.

¹⁰¹⁸ Zhang Zhongqiu, Zhang Mingxin, préc., p. 8 : pour ces auteurs, en plus d'une répartition pas toujours très claire des compétences législatives, il s'agirait aussi d'un conflit de compétences, reflétant une lutte d'intérêts sectorisés. De plus, ils considèrent que l'augmentation quantitative des normes est loin d'être synonyme de rapprochement vers l'État de droit, et tend au contraire à rendre sa mise en œuvre difficile (p. 6). Quant à Chen Shenyong (préc., p. 25) il n'hésite pas à réclamer la « mise en cage » des pouvoirs du gouvernement (« 把政府权力关进制度的笼子里 ») en demandant une supervision populaire directe des fonctionnaires.

¹⁰¹⁹ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, op.cit., pp. 211-260 sur l'évolution et le développement du droit administratif en Chine.

¹⁰²⁰ *Idem*, p. 216.

¹⁰²¹ « Règlement (*tiaoli*) relatif à la procédure d'établissement des règlements administratif » (行政法规制定程序条例) n°321, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002 et le « Règlement (*tiaoli*) relatif à la procédure d'établissement des arrêtés » (规章制定程序条例), n°322, entré en vigueur le même jour ; Wang Lei, préc., p. 60 : pour cet auteur, la *Loi sur la législation*, en réglementant également la procédure de promulgation des actes administratifs, est inconstitutionnelle car elle excède son domaine de compétence : la loi. Il regrette l'inexistence d'une loi sur la procédure d'adoption des règles administratives ; en ce sens, Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, op.cit., p. 226, qui relève l'appel des juristes chinois à la création d'une procédure administrative officielle.

¹⁰²² *Constitution chinoise*, art. 5, al. 3.

¹⁰²³ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, op.cit., pp. 195-198 ; en Chine, il existe également un contrôle juridictionnel des tribunaux populaires sur l'activité administrative, V. Zhang

150. Le système d'enregistrement des actes normatifs. Cette procédure consiste à déposer un nouveau texte normatif¹⁰²⁴ auprès d'un organe étatique pour qu'il soit enregistré et, si besoin, examiné. L'originalité de ce mécanisme n'a d'égal que sa complexité procédurale dans la mesure où la détermination de l'organe chargé du contrôle dépend de la nature du texte, de la nature exécutive ou législative de l'organe émetteur de l'acte et de son niveau territorial¹⁰²⁵. Ainsi, les textes produits par un organe administratif doivent être enregistrés auprès de l'assemblée populaire du même échelon : au niveau national, les actes du gouvernement central sont enregistrés auprès du Comité Permanent de l'APN¹⁰²⁶. En revanche, on a du mal à comprendre pourquoi les arrêtés ministériels (部门规章) doivent être enregistrés seulement auprès du Conseil des Affaires d'État (ce qui semble exclure le droit de regard du législateur sur une majorité des actes de l'exécutif) alors que les arrêtés issus des gouvernements locaux (地方政府规章) doivent être déposés à la fois au CAE et au comité permanent de l'assemblée locale du même échelon¹⁰²⁷. Au niveau national, une unité spéciale au sein du Comité des Affaires Législatives du Comité Permanent (ce dernier est aussi chargé de la planification législative) de l'APN a été créée en 2004 pour renforcer le processus d'enregistrement des règles gouvernementales¹⁰²⁸. Ce comité spécialisé peut, au moment de l'enregistrement,

Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne : 2007, éd. 2009, pp. 8-9 : l'auteur distingue deux types de contrôle des actes administratifs, politique et populaire d'un côté, juridique de l'autre.

¹⁰²⁴ Ce mécanisme permet en théorie d'englober l'ensemble des actes juridiques, c'est-à-dire les règles administratives (行政法规), les règles des assemblées locales (地方性法规), les règlements autonomes et individuel (自治条例, 单行条例) et les arrêtés (规章), à l'exception des « autres documents normatifs » tels que les avis, opinions etc. dont ils n'ont parfois de « normatif » que le nom ; Liu Han, « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine, op.cit.*, p. 91 : Les règlements administratifs ont une place supérieure en droit et sont produits par le CAE ; les « arrêtés » quant à eux peuvent venir des ministères et des commissions du CAE (arrêtés ministériels, 部门规章) et des gouvernements populaires locaux (地方政府规章).

¹⁰²⁵ Ce qui reflète les difficultés d'harmonisation des compétences entre les organes détenant un pouvoir normatif : *Idem*, p. 94 : « compte tenu du large domaine de la gestion administrative et de son caractère complexe, concret et changeant, les compétences normatives en matière d'arrêtés doivent être réparties selon leur objet, la nature, les principes et les méthodes de cette gestion : à chaque organe du gouvernement, central ou local, son domaine de compétence ».

¹⁰²⁶ *Loi sur la législation*, nouvel art. 98 (1). Pour les autres normes, la nature de l'organe émetteur et son niveau hiérarchique déterminent l'organe étatique compétent pour l'enregistrement : par exemple, les règlements autonomes des assemblées locales des provinces autonomes doivent être transmis au Comité Permanent de l'APN et au Conseil des Affaires d'État (donc au niveau central).

¹⁰²⁷ *Loi sur la législation*, nouvel art. 98 (4).

¹⁰²⁸ Liu Han, « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine, op.cit.*, pp. 89-103 : très critiqués en raison de l'absence de contrôle systématique au moment de leur enregistrement, l'auteur donne un exemple, cette

faire un rapport écrit au bureau général du Comité Permanent et procéder, si nécessaire, au contrôle de l'acte. Dans ce cas, il juge de sa conformité ou non avec les règles hiérarchiquement supérieures ; s'il constate l'existence d'un conflit, le comité spécialisé peut, après accord du secrétaire général, envoyer les résultats de son examen par écrit à l'organe auteur de l'acte¹⁰²⁹.

151. La portée du contrôle. L'article 96 (ancien article 87) de la *Loi sur la législation* énonce que lorsqu'un acte a été adopté par un organe au-delà de ses compétences ou en violation de la procédure légale, ou qui est contraire (相抵触) à une règle supérieure¹⁰³⁰, il peut être annulé ou modifié par l'organe compétent, dans l'ordre prévu par la loi¹⁰³¹. Pour Hong Huohua et Zhou Haiyuan, il s'agit d'un bien contrôle de « légalité » (合法性) de l'acte en cause, qui inclue la vérification de la compétence exercée, du contenu de la règle litigieuse et du respect de la procédure institutionnalisée¹⁰³². Au contraire, pour Tian Xiangbo, ce contrôle porte surtout sur la rationalité et la logique inhérente à la règle contrôlée et n'envisage pas les conflits hypothétiques au moment de son application¹⁰³³. La principale ambiguïté dans l'exercice de ce contrôle des actes administratifs est le sens donné à l'expression « contraire » (expression commune à l'article 67, al. 7 de la Constitution chinoise et à l'article 87 de la *Loi sur la législation* : 相抵触) : la contradiction entre une norme inférieure et une norme supérieure doit-elle être appréciée au sens strict (c'est-à-dire en ne se basant que sur les trois critères précités du contrôle de « légalité ») ou inclut-elle également l'évaluation de son esprit, et donc de sa légitimité ? Pour les deux

fois-ci positif, de l'utilisation des arrêtés qui a permis le développement économique de la province du Hainan (pp. 95-96) ; Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 197.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ Pour les arrêtés locaux de même valeur juridique, leur contradiction entre eux est suffisante pour en demander l'annulation.

¹⁰³¹ Les organes compétents pour modifier un acte déclaré non conforme au regard des critères de l'article 96 sont listés à l'article 97 : ainsi, l'APN peut modifier ou annuler une loi adoptée par son Comité Permanent ; l'APN et son Comité permanent contrôlent quant à eux les règles administratives, les règles des assemblées locales ; le Conseil des Affaires d'État exerce un pouvoir régulateur vis-à-vis des arrêtés ministériels et réglementaires, etc.

¹⁰³² Jiang Guohua (江国华), Zhou Haiyuan (周海源), « Discussion sur les critères de contrôle des règles administratives » (« 论行政法规之审查基准 »), *Forum Académique de Nandu*, vol. 30, n°5, sept. 2010, p. 80 ; en ce sens, Zhou Wangsheng, « Les sources du droit local en Chine contemporaine », *In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, *op.cit.*, pp. 110-111 qui parle d'un contrôle de légalité.

¹⁰³³ Tian Xiangbo, préc. [en ligne] Partie 5 « Les questions au sein du pouvoir législatif administratif » : (五, 行政立法中存在的问题). « 这种审查主要是依靠理性的、逻辑的推理来预见或发现规范性文件本身所可能存在的偏颇, 而不是结合具体个案去进行实证性的分析和判断, 其局限性是显而易见的 ».

premiers auteurs chinois, seul le sens étroit doit être retenu au risque sinon de tomber dans un contrôle axé sur la « rationalité » de la règle de droit (合理性). Il serait peut-être préférable de qualifier cet examen de « contrôle de cohérence », plus souple, moins procédural et motivé par le souci d'uniformité du système juridique, plutôt que de strict contrôle de légalité.

152. Vers un renforcement timide du mécanisme d'enregistrement. Quoi qu'il en soit, l'absence de sanction prévue en cas d'absence de dépôt pour enregistrement de l'acte administratif dans les trente jours suivant sa publication laisse douter de l'effectivité du mécanisme. En outre, la passivité de l'organe législatif dans l'exercice de son contrôle a conduit bon nombre d'auteurs à qualifier le Comité Permanent de simple « chambre d'enregistrement » tout en pointant du doigt un mécanisme inefficace et inutilisé, formulé dans l'expression « 备而不查 » (signifiant littéralement « *enregistré sans contrôle préalable* »). Cette pratique a été dénoncée lors de la 10^{ème} réunion du Comité Permanent de la 12^{ème} Assemblée Populaire Nationale d'octobre 2014, au cours de laquelle le représentant Wu Hanxiao a insisté sur la nécessité de renforcer ce système de contrôle, non seulement en l'ouvrant à l'ensemble des documents dits normatifs¹⁰³⁴ mais surtout en imposant des conséquences en cas d'absence ou de retard dans la communication pour enregistrement des règles administratives¹⁰³⁵.

La modification de la *Loi sur la législation* en 2015 devait ainsi tenir compte de ces appels mais les changements opérés ne semblent pas aller assez loin. Le nouvel article 98 (ancien article 89) de la *Loi sur la législation* réitère le principe de contrôle des actes administratifs et des actes issus des législatures locales par leur enregistrement dans les trente jours suivant leur publication sans que la méconnaissance de ces obligations soit sanctionnée. Les interprétations données par la Cour Suprême et par le Procureur Suprême doivent dorénavant faire l'objet d'un

¹⁰³⁴ Liu Han, « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, op.cit., p. 102 : les documents normatifs sont des « documents que les administrations produisent dans la gestion administrative et qui ont un effet légal et une forme normalisée. Ce sont des outils pour administrer selon les lois et assurer le bon fonctionnement des affaires publiques ».

¹⁰³⁵ Wu Hanxiao (韩晓武) vice secrétaire du Comité Permanent de l'APN. Son intervention est reprise en partie sur le site de l'Assemblée Populaire à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2014-09/26/content_1879869.htm [dernière consultation le 14 décembre 2017].

enregistrement auprès de l'APN¹⁰³⁶. En revanche, le nouvel alinéa 3 de l'article 99 de la *Loi sur la législation* (qui permet d'attirer l'attention du Comité Permanent sur l'illégalité d'une règle), qui inclut les documents normatifs innommés dans le domaine du contrôle de « légalité », permet également aux membres d'un comité spécial ou aux membres du Comité Permanent de s'auto-saisir.

153. En Chine, répartition n'est donc pas synonyme de séparation. Au contraire, l'agencement des foyers normatifs chinois se caractérise par leurs frontières poreuses où le législatif domine et délimite dans les textes les pouvoirs de l'exécutif. Si un tel agencement pourrait laisser croire à un régime d'assemblée où le législateur, concentrant les pouvoirs suprêmes, imposerait sa volonté, l'organisation politique le place en concurrence avec le gouvernement. Dans l'hypothèse où l'APN et son Comité Permanent n'exercent pas leurs prérogatives listées à l'article 62 de la Constitution, le gouvernement dispose en effet d'un pouvoir normatif très vaste. De plus, au niveau central, la répartition des compétences peut être qualifiée d'opportune : la création du Comité Permanent de l'APN a été justifiée par des contraintes fonctionnelles, l'étendue du pouvoir réglementaire par des nécessités économiques et par l'exigence d'efficacité. Au niveau local, la trame des pouvoirs législatif et réglementaire reste la même ; des exceptions relèvent de particularités politiques (telles que Taiwan), économiques (instauration des Zones Économiques Spéciales, ZES) ou encore culturelles (création des Régions Autonomes, RA).

L'étude du phénomène de décentralisation des foyers normatifs chinois permet de mettre en exergue les dynamiques sous-jacentes à ce processus qui ne peut être compris sans garder en tête la distinction entre organe et compétence normative. Cette distinction est en effet au cœur de la viabilité du système étatique chinois qui aménage une circulation des pouvoirs dans un souci, semble-t-il, d'efficacité. Or, nous verrons que cette circulation des pouvoirs n'est pas propre à la Chine et existe en France du fait de l'évolution de l'État ce qui doit conduire, *in fine*, à questionner la pertinence du principe de séparation des pouvoirs.

¹⁰³⁶ *Loi sur la législation*, art. 104, al. 2.

Section II. La répartition verticale du pouvoir normatif : assouplissement du centralisme démocratique ou mise en pratique du régime d'assemblée ?

154. En France, l'étude constitutionnelle des pouvoirs normatifs primaires n'implique pas nécessairement de se pencher sur la question des compétences relevant des collectivités territoriales en raison du caractère unitaire de l'État. Il n'en est pas de même pour la Chine. Bien qu'étant également un État unitaire, il serait inenvisageable d'aborder l'analyse des foyers normatifs chinois sans se pencher sur la question des localités. D'une région à l'autre, certaines règles juridiques peuvent varier, que ce soit en raison du statut dérogatoire de la localité, du fait d'intérêts extérieurs (par exemple économiques) ou, tout simplement, de l'exécution locale d'une loi nationale. Cette répartition verticale des pouvoirs normatifs participe à l'assouplissement nécessaire du principe de centralisme démocratique : les autorités centrales ne peuvent, à elles-seules, contrôler l'ensemble du territoire chinois. La compréhension des mécanismes sous-jacents au phénomène de décentralisation chinoise doit prendre en compte à la fois son avancée politico-historique et les raisons en amont. Tout en gardant à l'esprit la longue tradition bureaucratique et hiérarchisée de l'État chinois, le résultat n'en est pas moins complexe et parfois problématique (§1). Une fois l'ensemble de la structure étatique chinoise présenté et ses dynamiques identifiées, il conviendra de qualifier, au regard du critère français de séparation des pouvoirs, le système chinois (§2).

§1. Le phénomène de décentralisation en Chine : une marge de manœuvre accordée aux localités sous l'œil attentif des autorités centrales.

155. Après avoir présenté l'organisation du pouvoir normatif local (A), il conviendra de le situer dans une perspective dynamique, au croisement d'intérêts *a priori* difficilement conciliables : l'unité, comme ligne directrice, et l'adaptabilité locale, en tant que réalité imposée (B).

A. L'organisation du pouvoir normatif local.

156. L'organisation actuelle des localités productrices de droit est le résultat d'un phénomène dont l'histoire n'a pas été toujours linéaire (1); avec la reconnaissance de ces territorialités, il s'en est suivi une délocalisation des compétences normatives (2).

1. Une décentralisation progressive.

157. Une dynamique du Yin et du Yang¹⁰³⁷. La nécessité d'organiser un pouvoir local garant de l'unicité du pays est affirmée depuis l'ère de Mao :

« Nous devons être unis et également [tenir compte] des particularités [locales]. Afin de bâtir un État socialiste fort, les [autorités] centrales doivent [être] un guide uni et dynamique ; il faut une discipline et une planification unifiée de l'ensemble du pays, et détruire cette sorte d'unité n'est pas permis. En même temps, il est aussi nécessaire de refléter pleinement le dynamisme local, [faire en sorte que] chaque localité bénéficie de conditions particulières propres à sa spécificité locale¹⁰³⁸ ».

¹⁰³⁷ Dans son discours intitulé « Essai sur les dix grandes relations » (« 论十大关系 ») et prononcé le 24 avril 1956 devant le Bureau politique du Parti Communiste Chinois, Mao Zedong qualifiait ainsi la cinquième « grande relation » entre les autorités centrales et les localités de conflictuelle. (中央和地方的关系也是一个矛盾). Or, la réunion de deux « opposés » pour ne former qu'un tout « équilibré » n'est pas sans rappeler la conception chinoise traditionnelle de la réunion du *Yin* et du *Yang*. L'intégralité du discours est disponible sur le site du journal du peuple (*renmin ribao*) avec identifiants : <http://58.68.146.102/rmrb/19761226/1> [dernière consultation le 18 décembre 2017].

¹⁰³⁸ Mao Zedong, « Essai sur les dix grandes relations » (论十大关系), 5°. Le début de l'extrait commence comme suit : « *Traiter correctement les relations entre le centre et les localités est une question très importante pour le Parti communiste de ce si grand pays. Cette question, certains États capitalistes y ont également prêté attention. Bien que l'essence de leur régime soit différente, l'expérience qu'ils ont développée [en la matière] mérite que l'on s'y attarde. Pour ne reprendre que notre propre expérience, depuis le début de la fondation de la RPC, c'est le régionalisme qui est pratiqué : [cette forme d'organisation] est nécessaire mais comporte des faiblesses alimentées dans une certaine mesure par les alliances anti-parti. L'abolition du régionalisme, accompagnée de la subordination des provinces au centre, a été une bonne décision. Mais, à cause de cela, l'indépendance nécessaire des localités a été supprimée et le résultat n'est pas bon. Notre Constitution concentre le pouvoir législatif au niveau central. Or, à condition de ne pas violer la ligne directrice centrale, les localités [doivent] pouvoir établir des règlements, règles [règlement] (tiaoli), méthodes selon leur [propre] situation [concrète] et selon les besoins du travail : cela, la Constitution ne l'empêche pas* ». (« 处理好中央和地方的关系，这对于我们这样的大国大党是一个十分重要的问题。这个问题，有些资本主义国家也是很注意的。它们的制度和我们的制度根本不同，但是它们发展的经验，还是值得我们研究。拿我们自己的经验说，我们建国初期实行的那种大区制度，当时有必要，但是也有缺点，后来的高饶反党联盟，就多少利用了这个缺点。以后决定取消大区，各省直属中央，这是正确的。但是由此走到取消地方的必要的独立性，结果也不那么好。我们的宪法规定，立法权集中在中央。但是在不违背中央方针的条件下，按照情况和工作需要，地方可以搞章程、条例、办法，宪法并没有约束。我们要统一，也要特殊。为了建设一个

Une plus grande autonomie locale certes, qui ne doit ni s'apparenter avec un régionalisme, ni suggérer la possibilité de refuser la supériorité du centre¹⁰³⁹. Officialisé en 1979 avec la promulgation des lois organiques relatives aux pouvoirs locaux¹⁰⁴⁰, puis constitutionnalisé en 1982, le pouvoir local a subi, jusqu'en 2004, plusieurs modifications dans la période chinoise dite « de partage mesuré des pouvoirs¹⁰⁴¹ ».

Originellement, la Constitution chinoise de 1954 accordait le pouvoir législatif exclusivement à l'APN et confiait l'organisation locale à deux acteurs, les assemblées populaires, autorisées à prendre des « décisions¹⁰⁴² » et les comités populaires (anciens gouvernements populaires) qui détenaient les fonctions exécutive et administrative¹⁰⁴³. Cette hyper-concentration du pouvoir normatif dans les mains d'une assemblée unique s'est soldée par un échec reconnu en 1955, date à laquelle le Comité Permanent fut autorisé à promulguer des « règles sur un sujet délimité¹⁰⁴⁴ » ; quatre ans plus tard, il devenait compétent pour interpréter les lois. Le pouvoir local était quant à lui très restreint, seules les localités dites autonomes pouvaient établir des règlements autonomes ou spéciaux¹⁰⁴⁵.

La première phase du développement législatif en Chine correspond à la période 1949-1956¹⁰⁴⁶ et se situe à cheval entre une période dite de « haute décentralisation » (octobre 1949 - septembre 1954) et une période de « haute centralisation » (septembre 1954 - décembre 1978)¹⁰⁴⁷. La deuxième phase, datée de 1957 à 1976, est marquée

强大的社会主义国家，必须有中央的强有力的统一领导，必须有全国的统一计划和统一纪律，破坏这种必要的统一，是不允许的。同时，又必须充分发挥地方的积极性，各地都要有适合当地情况的特殊»).

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ *Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux* (地方组织法), adoptée le 1 juillet 1979.

¹⁰⁴¹ Liu Han, « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, op.cit., p. 91.

¹⁰⁴² *Constitution chinoise de 1954*, art. 60.

¹⁰⁴³ *Constitution chinoise de 1954*, art. 62.

¹⁰⁴⁴ « laws on a single subject matter » : Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, op.cit., p. 175.

¹⁰⁴⁵ « 在地方，只有民族自治地方有权制定自治条例、单行条例，一般地方不再享有法令条例或单行法规的拟定权 », « Le développement de la loi chinoise contemporaine » (« 当代中国立法的发展 »), article *Xinhua*, publié sur le site officiel des gouvernements locaux disponible à l'adresse : http://www.locallaw.gov.cn/dflfw/Desktop.aspx?PATH=dflfw/sy/xxll&Gid=f7d2b1f5-2a6a-4787-8870-c8fdcc5a1599&Tid=Cms_Info [dernière consultation le 30 décembre 2017].

¹⁰⁴⁶ Les deux événements marquant cette période sont la convocation solennelle du 1^{er} Congrès Populaire et la naissance de la 1^{ère} Constitution socialiste de la Chine.

¹⁰⁴⁷ Liu Han, « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, op.cit., pp. 90-91 : pendant la période de haute décentralisation, le Comité du gouvernement populaire disposait des actuelles fonctions de l'APN et de

par le traumatisme des événements de la campagne anti-droitiste et de la Révolution culturelle¹⁰⁴⁸ qui entraîne un vide juridique. Excepté en 1975, aucune loi ne fut promulguée : « *l'activité législative locale et centrale, active, s'est soudainement isolée pour finir par disparaître totalement*¹⁰⁴⁹ ». Les principales réglementations étaient faites sous forme de « documents normatifs » établis par le gouvernement central de l'époque et constituaient la « législation » en vigueur. Les assemblées populaires des échelons locaux n'avaient pas de comité permanent ; les gouvernements locaux des différents niveaux exerçaient à la fois la fonction exécutive et celle attribuée aux actuels comités permanents¹⁰⁵⁰. La *Loi organique des assemblées populaires et des gouvernements populaires locaux* de 1979 s'inscrit donc dans une époque de renouvellement du système juridique, en attribuant, pour la première fois dans l'histoire de la République Populaire de Chine, un pouvoir législatif aux assemblées locales provinciales¹⁰⁵¹. Au-delà d'une simple institutionnalisation de ce pouvoir, la loi organique consacre également une « juridicisation » de leur compétence : le pouvoir de « résolution » (决议) commun à chacun des échelons locaux instaurés en 1954 a été remplacé, pour les échelons supérieurs, par un véritable pouvoir législatif local, celui de promulguer des « lois et règlements¹⁰⁵² » (法规).

158. Les enjeux de l'accroissement du pouvoir normatif des localités. Le renforcement du pouvoir de gestion locale est censé répondre à un objectif de démocratisation de type représentatif. Celui-ci apparaît en effet au travers de la

son Comité Permanent, le « Conseil des Affaires politiques » remplaçait l'actuel Conseil des Affaires d'État. Le rôle des gouvernements populaires était très important, et « du niveau central à celui du district, chaque gouvernement pouvait élaborer des textes normatifs ayant force obligatoire » ; au contraire pendant la deuxième période dite de haute centralisation, la Constitution de 1954 votée par la première Assemblée Populaire Nationale lui réservait l'exclusivité du pouvoir législatif.

¹⁰⁴⁸ « Le développement de la loi chinoise contemporaine » (« 当代中国立法的发展 »), article *Xinhua*, préc. [en ligne].

¹⁰⁴⁹ *Ibid.* : « 这一阶段，中央和地方的立法活动由比较活跃而骤然冷清、停滞直至几乎完全废弃 ».

¹⁰⁵⁰ Article publié sur le site officiel des gouvernements locaux, provenant de la publication *Recherches de l'Assemblée Populaire* (人大研究), « Quelques problèmes que devra résoudre l'amendement de la loi organique des collectivités locales » (« 修改地方组织法应研究和解决的几个问题 »), disponible à l'adresse :

http://www.locallaw.gov.cn/dflfw/Desktop.aspx?PATH=dflfw/sy/xxll&Gid=04d91ff5-1073-4d59-8f3d-d06f59cdeb01&Tid=Cms_Info [dernière consultation le 30 décembre 2017].

¹⁰⁵¹ Deng Rong (邓嵘), « Discussion sur l'origine et l'amélioration du fonctionnement du pouvoir législatif local en Chine » (« 论我国地方立法权来源及其运行改进 »), *Journal of Zhongzhou University* (中州大学学报), vol. 30, n°6, déc. 2013, p. 38.

¹⁰⁵² *Constitution chinoise* de 1982, art. 100.

modification simultanée de la loi électorale – qui instaure, notamment, l’élection directe à l’échelon du « district municipal¹⁰⁵³ », le vote à bulletin secret¹⁰⁵⁴ et une procédure de destitution des députés par le peuple¹⁰⁵⁵ – et la modification de la loi organique de 1979 qui institue des comités permanents à l’échelon provincial¹⁰⁵⁶. Pour certains auteurs, si l’adoption de la loi organique des collectivités territoriales a marqué un nouveau départ du pouvoir législatif local, elle répondait à des nécessités avant tout économiques¹⁰⁵⁷. En effet, un des plus grands défenseurs de la décentralisation est sans conteste l’ancienne figure politique Deng Xiaoping¹⁰⁵⁸. Convaincu de la nécessité d’utiliser le pouvoir législatif pour « *bâtir un droit au soutien des nouvelles réformes économiques*¹⁰⁵⁹ », il concevait la décentralisation comme une conséquence logique de la politique de réforme et d’ouverture¹⁰⁶⁰. Et, comme l’explique Li Yahong au sujet de la décentralisation et du nombre de décisions locales en résultant :

¹⁰⁵³ *Loi électorale de l’Assemblée Populaire Nationale et des Congrès Populaires locaux de la République Populaire de Chine*, adoptée au cours de la seconde session de la 5^{ème} Assemblée Populaire Nationale, le 1^{er} juillet 1979, art. 2, al. 2. La catégorie « district municipal » fait référence à la partie principale d’une ville. Une version en anglais disponible à l’adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384080.htm [dernière consultation le 30 décembre 2017].

¹⁰⁵⁴ *Loi électorale de l’Assemblée Populaire Nationale et des Congrès Populaires locaux*, art. 36.

¹⁰⁵⁵ *Loi électorale de l’Assemblée Populaire Nationale et des Congrès Populaires locaux*, art. 43 à 51.

¹⁰⁵⁶ Ainsi que le souligne Tsien Tché-hao, « La nouvelle législation et les réformes institutionnelles en République populaire de Chine », *RIDC*, n°3, vol. 32, 1980, p. 610) : selon l’article 40 de la loi organique amendée, « la création des comités permanents répond donc à un souci de "démocratisation" des instances locales, en renforçant le contrôle horizontal, tandis que le contrôle vertical n’est plus que "d’ordre de supervision professionnelle" ». Néanmoins, l’auteur doute à l’époque de la possibilité pratique d’user du pouvoir de destitution en rappelant qu’il existait déjà depuis la loi électorale de 1953 et la Constitution de 1954 (p. 606) ; il souligne la procédure contraignante (enquête préalable du Comité Permanent, approbation par l’échelon supérieur, susceptible d’appel) qui, en réalité, ne fait que limiter le droit à révocation.

¹⁰⁵⁷ Zou Keyuan, *China’s Legal Reform : Towards the Rule of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, not. Chap. 4, « Harmonising Local Laws with the Central legislation » (pp. 87-106), p. 91 : l’auteur découpe l’évolution du pouvoir législatif local contemporain en trois périodes : 1979-1984 incarne le début de l’exercice du pouvoir local, limité surtout aux domaines financier, économique ou encore à la sécurité publique ; 1984-1993 est une période de développement, avec une augmentation rapide des normes locales pour application expérimentale ; 1993 jusqu’à nos jours, est une période axée sur la planification législative, l’élargissement du domaine législatif et l’amélioration qualitative des normes.

¹⁰⁵⁸ Daniel C. K. Chow, *op.cit.*, p. 105 : « *Deng Xiaoping, qui n’a jamais occupé la position de Président de la RPC ou de secrétaire général du Parti, a occupé la présidence de la CCM (Commission Centrale Militaire) pendant les années 1980 et 1990. Depuis son poste, il a programmé les réformes économiques de la Chine qui ont changé le cours de son histoire* ».

¹⁰⁵⁹ *Idem*, p. 184.

¹⁰⁶⁰ Sur le rôle de Deng Xiaoping dans l’ouverture de la Chine et son développement économique (ouvrage d’économie) ; V. Zhang Weiwei, *Ideology and Economic Reform Under Deng Xiaoping, 1978-1993*, Routledge, 1996, éd. 2010 ; Susan L. Shrik, *The Political Logic of Economic Reform in China*, University of California Press, 1993.

« Ces décisions ont sans aucun doute encouragé les initiatives locales et stimulé le développement de l'économie. [...] Une telle décentralisation est nécessaire quand il s'agit de gouverner un pays aussi étendu et diversifié que la Chine [...] cela fait aussi partie de la stratégie adoptée par le Parti Communiste (PCC) pour préserver son régime autoritaire¹⁰⁶¹ ».

Depuis 1979, la loi organique des assemblées et gouvernements populaires a été amendée cinq fois, en 1982, 1986, 1995, 2004 et 2015. Les changements issus de la première modification sont d'ordre terminologique (ainsi, les « Commune populaires » deviennent les « bourgs et communes » et les « comités de gestions des communes » deviennent les actuels « gouvernements populaires¹⁰⁶² ») et de structures élémentaires : par exemple, le nouvel article 26 interdit le cumul des mandats de représentants et de fonctionnaires ; le pouvoir de soumettre des projets de réglementation locale est reconnu aux comités permanents des échelons provinciaux, des régions autonomes et des villes relativement grandes (article 27 de la loi modifiée) et les gouvernements populaires des échelons provinciaux, des régions autonomes, des villes sous le contrôle direct du gouvernement central ou des villes accueillant le siège des gouvernements provinciaux ou de régions autonomes peuvent établir des arrêtés¹⁰⁶³. Cette modification a d'ailleurs été accompagnée de celle de la *Loi électorale* de 1979 concernant le nombre de représentants des assemblées populaires¹⁰⁶⁴. Les modifications de 1986 ont élargi les compétences locales en matière de règlements administratifs et ont encouragé les procédures de ratification par les provinces et régions autonomes en imposant le critère de « non contradiction » du règlement administratif local aux règles hiérarchiquement supérieures¹⁰⁶⁵. 1995

¹⁰⁶¹ Li Yahong, préc., p. 16.

¹⁰⁶² « Résolution de la 5^{ème} session de la 5^{ème} Assemblée Populaire Nationale révisant certaines dispositions de la *loi organique des Congrès populaires et gouvernements populaires locaux* », (第五届全国人民代表大会第五次会议关于修改《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的若干规定的决议), adoptée le 12 décembre 1982. Texte disponible en chinois et en anglais à l'adresse : <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=12841&lib=law> [dernière consultation le 4 novembre 2017].

¹⁰⁶³ *Ibid.*, article 35 (1) ; les « grandes villes » ont aussi le droit de formuler des arrêtés avec l'approbation du Conseil des Affaires d'État.

¹⁰⁶⁴ « Résolution de la 5^{ème} session de la 5^{ème} APN sur le nombre de députés de la 6^{ème} APN et sur l'élection des députés » (第五届全国人民代表大会第五次会议关于第六届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决议), adoptée le 10 décembre 1982. (Texte disponible en anglais et chinois à l'adresse : <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=12838&CGid> [dernière consultation le 4 novembre 2017]. Ce document établit, notamment, des ratios du nombre de députés par rapport au nombre d'habitants selon qu'ils soient urbains (1 pour 130 000) ou ruraux (1 pour 1 040 000).

¹⁰⁶⁵ « Explication relative à l'amendement de la *loi électorale des assemblées populaires locales et de l'APN* et de la *loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements locaux* » (关于修

marque l'arrivée des femmes au pouvoir (l'article 6, modifié, de la *Loi électorale* instaure un quota de représentantes) et renforce globalement les règles procédurales accompagnant les votes¹⁰⁶⁶. La durée des mandats des membres des gouvernements et assemblées locaux des échelons inférieurs est passée à cinq ans à l'instar de leurs homologues des échelons locaux supérieurs¹⁰⁶⁷. Enfin, une des dernières réformes de la loi électorale en 2010 tend à équilibrer les inégalités en zones urbaines et rurales en supprimant l'ancien prorata concernant le nombre de représentants¹⁰⁶⁸.

Ces évolutions témoignent ainsi des efforts réalisés pour renforcer le pouvoir normatif des localités depuis 1979. Bien que le leitmotiv de cette relative décentralisation soit de nature économique, elle a également amorcé, dans ce cas précis, un début de démocratisation : démocratisation substantielle, en voulant rééquilibrer les inégalités sociales, politiques et économiques entre zones rurales et zones urbaines, voire démocratie procédurale, en assurant une meilleure représentativité dans les assemblées locales¹⁰⁶⁹. Ces politiques de décentralisation se sont accompagnées d'une plus grande participation populaire aux échelons de base – sous forme de consultation des citoyens, d'audiences publiques et de développement des comités villageois¹⁰⁷⁰ – qui ne peut que renforcer l'efficacité du droit¹⁰⁷¹. Un

改“中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法”和“中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法”的说明), en lien avec la décision de la 18^{ème} réunion de la 6^{ème} APN du 15 novembre 1986, donnée par le directeur du Comité de travail juridique et le secrétaire général du Comité Permanent, Wang Hanbin. (Texte disponible sur le site de l'APN). Les autres modifications de la loi organique locale ont porté sur les question suivantes : la mise en place d'élections à plusieurs candidats des chefs des organes étatiques locaux ; l'établissement des secrétaire-généraux des comités permanents des échelons locaux supérieurs ; la nomination et la révocation par les comités permanents locaux des chefs des procureurs et des cours des niveaux intermédiaires ; la réorganisation des assemblées plénières et des assemblées permanentes et les « agences » (派出机关) administratives (gouvernements populaires) provinciales. Pour une explication détaillée et empirique du système électoral chinois, Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, pp. 287-306.

¹⁰⁶⁶ « Décision du Comité Permanent de l'APN concernant la révision de la loi électorale de l'APN et des congrès populaires de la République populaire de Chine » adoptée le 28 février 1995 (troisième amendement de la loi électorale de 1979).

¹⁰⁶⁷ *Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux*, art. 6.

¹⁰⁶⁸ En effet la troisième révision de la loi électorale en 1995 instaurait un ratio d'un député en zone rurale pour quatre députés en zone urbaine. En raison de l'accroissement démographique et de la population urbaine (augmentation de 29,04% en 1995 à 46,6% en 2009) le ratio est de 1 :1. V. l'article reprenant l'explication en anglais du projet d'amendement de la loi électorale en Chine à l'adresse : <http://english.peopledaily.com.cn/90001/90776/90785/6912645.html> [dernière consultation le 4 novembre 2017].

¹⁰⁶⁹ Certains auteurs très critiques à l'égard du système juridico-politique chinois comme Jean-Pierre Cabestan parlent même d'un « début de pluralisme, en particulier dans les assemblées de base élues directement par les électeurs » (*op.cit.*, p. 287).

¹⁰⁷⁰ Paul Charon, « Dispositifs et expériences participatifs en Chine » disponible sur le site *sinopolis* à l'adresse suivante : http://sinopolis.hypotheses.org/112#_edn6 [dernière consultation le 20 décembre 2017].

processus de démocratisation locale est donc enclenché en Chine ; ses enjeux semblent toutefois trop complexes pour prétendre à tous les identifier. Il suffit de constater que ce processus a été initié d'abord par des considérations opportunes (comme le développement économique des localités) et concourt, à l'heure actuelle, à redonner une légitimité à la domination du Parti communiste¹⁰⁷².

2. Les principes encadrant la répartition des compétences normatives locales.

159. L'agencement territorial du pouvoir législatif local. La Constitution chinoise distingue trois grands niveaux de localité. Le premier inclut, dans l'ordre hiérarchique, les provinces (省), les régions autonomes (自治区) et les « municipalités sous le contrôle direct du gouvernement central » (直辖市)¹⁰⁷³. Le second englobe les subdivisions du premier niveau : ainsi, les provinces et régions autonomes sont elles-mêmes divisées entre préfectures autonomes (自治州), sous-préfectures (ou plus généralement dénommées « districts » ou encore « comtés » (县)), sous-préfectures autonomes (自治县) et villes (市) ; enfin les sous-préfectures et sous-préfectures autonomes se distinguent en villages (乡), villages de minorités (民族乡) et communes/ bourgs (镇)¹⁰⁷⁴. Les municipalités sous le contrôle direct du gouvernement central ainsi que les « grandes villes » sont elles-mêmes divisées en district et sous-préfectures¹⁰⁷⁵. Les îles de Macao et de Hong Kong, rétrocédées à la Chine respectivement en 1999 et 1997 ont le statut, quant à elles, de Zones Administratives Spéciales. Le gouvernement peut également établir des Zones Économiques Spéciales¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷¹ Denis de Béchillon, *op.cit.*, pp. 27-28 (sur les phénomènes de décentralisation en Europe depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle). L'auteur indique que la proximité des citoyens au droit accroît son efficacité ; le droit est alors « meilleur car plus compréhensif et adapté ; meilleur aussi parce que mieux accepté par ses destinataires ».

¹⁰⁷² Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, pp. 289 et s. « Candidatures et élections : un jeu réglé par le Parti ».

¹⁰⁷³ *Constitution chinoise*, art. 30, al 1 (1).

¹⁰⁷⁴ La Constitution chinoise distingue trois niveaux mais les textes législatifs et règlementaires, associés à une pratique de « déconcentration » du pouvoir des provinces à l'égard des préfectures impliqueraient de reconsidérer la structure verticale des pouvoirs sur cinq niveaux : Paul Charon, « Anatomie de l'état local en Chine, structuration et distribution du pouvoir », disponible à l'adresse : <http://sinopolis.hypotheses.org/290> [dernière consultation le 20 décembre 2017].

¹⁰⁷⁵ *Constitution chinoise*, art. 30.

¹⁰⁷⁶ *Constitution chinoise*, art. 31. Fondées au début des années 1980 sous la présidence de Deng Xiaoping, ces ZES bénéficient d'avantages en matière fiscale et offrent un cadre économiquement plus

La nature de l'autorité locale (assemblée, gouvernement) combinée à sa position hiérarchique dans l'organisation territoriale (province, ville, village) permet de déterminer, en principe, le statut et la force obligatoire de l'acte normatif. Toutefois, l'identification des organes légiférants et, plus globalement, des relations entre eux, sont d'une complexité telle qu'elles engendrent une certaine confusion¹⁰⁷⁷. Selon la Constitution, à chaque échelon territorial sont institués une assemblée locale et un gouvernement populaire et seules les assemblées des deux premiers niveaux hiérarchiques disposent d'un comité permanent¹⁰⁷⁸. Or, selon la *Loi sur la législation*, seules les assemblées populaires du premier niveau sont habilitées à produire des lois et règlements locaux¹⁰⁷⁹ (地方性法规) : il est ainsi difficile de comprendre pourquoi les assemblées locales du deuxième niveau (soit des villes et des sous-préfectures (县)) disposent d'un comité permanent alors qu'elles ne disposent pas du pouvoir de législation locale¹⁰⁸⁰.

De plus, il convient de distinguer les administrations territoriales ordinaires de celles relevant d'une gestion autonome. S'organisant sur trois échelons, (région autonome (自治区), province autonome (自治州) et sous-préfecture autonome (自治县)), leur statut particulier leur confère une véritable « autonomie » législative¹⁰⁸¹. Elles ont ainsi la possibilité d'établir des « règlements autonomes » (自治条例) ou des « règlements individuels » (单行条例)¹⁰⁸² : les premiers sont des sortes de documents normatifs établis par les assemblées autonomes locales dans lesquels elles établissent leur fonctionnement, sous réserve de ne pas contrevenir à l'unité du

libéral et généralement axé sur les échanges et les investissements étrangers. En 2018, elles sont au nombre de huit : Shenzhen, Zhuhai, Shantou, Xiamen, Hainan, Kashgar et depuis 2017, Xiongan.

¹⁰⁷⁷ Une des raisons réside, à notre sens, dans ce que la loi et la Constitution ne reflètent pas nécessairement les relations hiérarchiques développées *de facto* entre les différents organes locaux. V. Paul Charon, « Anatomie de l'état local en Chine, structuration et distribution du pouvoir », préc. [en ligne].

¹⁰⁷⁸ *Constitution chinoise*, art. 95 et 96, al. 2.

¹⁰⁷⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 72, al. 1 ; cette compétence restreinte est également reconnue aux préfectures autonomes.

¹⁰⁸⁰ *Constitution chinoise*, art. 96, al. 2 ; *Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux*, art. 7 et art. 40 ; *loi sur la législation*, nouvel art. 72.

¹⁰⁸¹ *Constitution chinoise*, Chapitre III section 6, art. 116 : « les congrès populaires des zones nationales autonomes ont le pouvoir d'établir des règles consacrant leur autonomie et d'autres règles autonomes à la lumière des caractéristiques politiques, économiques et culturelles des nationalités [minorités] de la zone concernée [...] ».

¹⁰⁸² *Constitution chinoise*, ensembles les articles 4, alinéa 3 : « les endroits habités par les ethnies minoritaires mettent en pratique l'autonomie régionale, établissent des organes autonomes, exercent des compétences autonomes. Les régions (districts) autonomes, les préfectures autonomes et les provinces autonomes sont toutes des localités autonomes des minorités » et 116, qui impose l'enregistrement de ces règlements auprès du Comité Permanent de l'APN pour avoir force de droit.

système juridique chinois¹⁰⁸³. Cette particularité ne permet cependant pas de les rapprocher de celle des états fédérés, puisque les « règlements autonomes » n'ont pas la nature organique des « mini Constitutions » des états fédérés¹⁰⁸⁴. Concernant les règlements « individuels » prévus au nouvel article 75 de la *Loi sur la législation*, les assemblées populaires locales des régions autonomes sont compétentes pour légiférer en matière de politique locale, économique et culturelle, selon les particularités ethniques et régionales. Elles peuvent, surtout, adopter des règlements qui « assouplissent » (变通 litt. « flexible, s'accommoder selon les circonstances ») les lois et règlements nationaux¹⁰⁸⁵. Ce sont des règles particulières, dont la stricte conformité à la législation ou la Constitution n'est pas imposée par la loi ; en revanche, elles ne peuvent leur être contraires dans leur *principe* et doivent obligatoirement être ratifiées par le Comité Permanent de l'APN¹⁰⁸⁶

En plus de ces régions autonomes, une autre exception est prévue pour les Zones Économiques Spéciales qui peuvent exercer deux types de compétence normative, celle commune aux localités (compétence ordinaire) ou celle obtenue en vertu d'une habilitation spéciale (授权) de l'organe législatif central¹⁰⁸⁷. Enfin, une nouvelle catégorie d'entité régionale a été consacrée dans la loi en 2015 : la ville divisée en district¹⁰⁸⁸ (设区的市) qui dispose également d'un régime dérogatoire. Les assemblées locales de ces villes ne peuvent légiférer que dans certains domaines non exhaustivement listés dans la loi : protection environnementale, culture, histoire ou encore gestion administrative¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸³ La réglementation autonome ne peut venir que des assemblées populaires locales et non de leur comité permanent ; elle doit traduire les spécificités ethniques locales dans la limite du pouvoir autonome ; elle doit être approuvée par le Comité Permanent national ou les comités permanents locaux des échelons supérieurs ; enfin, elle n'existe que dans les localités d'autonomie ethnique, qui sont toutes dotées du pouvoir normatif.

¹⁰⁸⁴ Ce type de règlement a la même position en droit qu'une loi ou règlement local mais ne s'applique qu'à l'intérieur de la zone autonome.

¹⁰⁸⁵ *Loi sur la législation*, nouvel art. 75, al. 2. La flexibilité tolérée dans l'adaptation des lois au niveau local est conditionnée à l'interdiction de violer les principes fondamentaux des lois et règlements administratifs, la Constitution et la loi prévoyant leur autonomie.

¹⁰⁸⁶ *Constitution chinoise*, art. 116 ; *Loi sur la législation*, nouvel art. 75, al. 2.

¹⁰⁸⁷ *Loi sur la législation*, nouvel art. 74 ; Zhou Wangsheng, « Les sources du droit local en Chine contemporaine », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, *op.cit.*, pp. 105-118.

¹⁰⁸⁸ Cette dénomination ne figure pas dans la Constitution et a été introduite avec la réforme de la *loi sur la législation* en 2015 pour se substituer à la catégorie de « grandes villes » jugée trop imprécise. Toutefois, les législations locales adoptées avant 2015 par les grandes villes où siègent les gouvernements provinciaux ou les grandes villes appartenant à une zone économique spéciale restent en vigueur même si elles portent sur un domaine exclu de l'article 72.

¹⁰⁸⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 72, al. 2.

160. Types et fonctions de la législation locale. Dans un système juridique axé sur la collaboration de chacun des organes normatifs, les organes locaux doivent traduire les spécificités locales tout en respectant le cadre législatif central. La législation locale se dit en chinois « *difangxing fagui* » (地方性法规) et se traduit, sans doute maladroitement, par « lois et règlements locaux » en opposition aux arrêtés (« *guizhang* » 规章) qui relèvent des organes administratifs. La *Loi sur la législation* consacre deux domaines dans lesquels la législation locale peut être produite : les « *affaires nécessitant la formulation de clauses spécifiques eu égard aux conditions de la zone administrative dans le but d'appliquer la loi [nationale] et les lois et règlements administratifs centraux* » (*Loi sur la législation*, nouvel article 73 (1)) et les « *affaires à caractère local qui nécessitent la création de lois et règlements locaux* » (*Loi sur la législation*, nouvel article 73 (2)). En outre, des « lois et règlements locaux expérimentaux » (先行先试) peuvent également être adoptés dans les domaines encore non règlementés¹⁰⁹⁰. Le rôle premier de la législation locale est d'être une loi d'exécution, c'est-à-dire « *une règle concrète pour exécuter les dispositions de la loi et des règlements selon la situation réelle de la localité*¹⁰⁹¹ ». À ce titre, la localité dispose d'un pouvoir législatif relativement étendu d'autant plus que les assemblées jouent un rôle moteur dans les politiques locales, en décidant des plans en matière économique et culturelle et des « affaires publiques »¹⁰⁹². Toutefois, la législation locale ne suffit pas à concrétiser à elle seule les réglementations centrales et, à l'instar de la répartition des compétences entre l'APN et son Comité Permanent et le gouvernement central, l'organisation locale prévoit également des compétences normatives à l'égard des gouvernements locaux, appelés les gouvernements populaires (人民政府).

¹⁰⁹⁰ *Loi sur la législation*, art. 73, al. 2 (à l'exception des domaines de l'article 8 de la même loi). En outre, si une loi ou un règlement administratif central est adopté après une règle locale et que celle-ci contredit les premiers, l'organe auteur de la règle locale doit veiller à la modifier ou à l'abolir. Peter H. Corne, préc., p. 389 : l'auteur distingue ainsi les trois types de réglementations locales : celles issues pour appliquer le droit central, celle produites pour suppléer des règles centrales trop vagues et enfin celles qui ne s'occupent strictement que des affaires locales non traitées par la législation nationale.

¹⁰⁹¹ V. « Comment superviser le pouvoir législatif local » (« 如何监督地方立法权 »), disponible à l'adresse : http://www.legaldaily.com.cn/jdwt/content/2010-01/27/content_2038030.htm?node=5960 [dernière consultation le 4 novembre 2017]. L'article remet en cause cette fonction officielle en raison de la montée en puissance des « règles et lois expérimentales » dont la nature n'est pas toujours très claire.

¹⁰⁹² *Constitution chinoise*, art. 99.

161. Les gouvernements populaires. En vertu du nouvel article 82 de la *Loi sur la législation*, les gouvernements populaires situés dans le premier niveau territorial sont compétents pour établir des arrêtés (规章). Placés sous la direction des assemblées populaires, ces organes d'État ont un double statut à l'instar du gouvernement central : ils sont à la fois des organes exécutifs rattachés aux assemblées populaires locales et des organes administratifs dépendant de l'administration de l'échelon hiérarchiquement supérieur. Cette double fonction attribuée aux gouvernements locaux exclut d'analyser leur compétence en fonction de la nature des normes produites, d'autant plus que la *Loi sur la législation* ne consacre que les arrêtés (规章). Comme l'explique Zhou Wangsheng : « adaptés aux conditions locales, les règlements locaux sont autonomes ; mais en tant que normes d'application, ils sont dépendants¹⁰⁹³ ».

Les gouvernements locaux au-dessus du niveau de sous-préfecture sont en charge des domaines allant de l'économie à l'éducation en passant par l'administration judiciaire¹⁰⁹⁴. Depuis 2015, les arrêtés, aussi bien locaux que ministériels, ne peuvent pas diminuer les droits des citoyens ou accroître leur devoir sans fondement législatif¹⁰⁹⁵. Quant aux gouvernements locaux situés dans les villes divisées en district, leur compétence réglementaire est limitée aux mêmes domaines que pour les assemblées locales appartenant à cet échelon territorial¹⁰⁹⁶. Ils peuvent également adopter des règlements dans les matières relevant des assemblées locales afin de satisfaire aux besoins urgents de la gestion administrative¹⁰⁹⁷. Les gouvernements des niveaux inférieurs produisent quant à eux des « résolutions » (决议), des « décisions » (决定), ou encore des « méthodes » (办法) qui servent à concrétiser les réglementations locales supérieures. Si certains auteurs les considèrent

¹⁰⁹³ Zhou Wangsheng, « Les sources du droit local en Chine contemporaine », In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine, op.cit.*, p. 108.

¹⁰⁹⁴ *Constitution chinoise*, art. 107. La liste des domaines comprend : l'économie, l'éducation, la science, la culture, la santé publique, la culture physique, le développement rural et urbain, les finances, les affaires civiles, la sécurité publique, les affaires nationales, l'administration judiciaire et le planning familial. À ce titre, ils produisent des ordres et des décisions, nomment ou révoquent les fonctionnaires, les forment, évaluent leur performance et les récompensent ou les sanctionnent à ce titre. La réforme constitutionnelle de 2018 a transféré la compétence de supervision de l'administration initialement attribuée au CAE au comité de supervision.

¹⁰⁹⁵ *Loi sur la législation*, art. 80, al. 2 (pour les arrêtés ministériels) art. 82, al. 6 (pour les arrêtés locaux).

¹⁰⁹⁶ *Loi sur la législation*, art. 82, al. 3 (cette restriction s'applique aussi pour les gouvernements locaux situés dans les préfectures autonomes).

¹⁰⁹⁷ *Loi sur la législation*, art. 82, al. 5.

comme de la « quasi-législation¹⁰⁹⁸ » le doute est permis quant à leur force coercitive, puisqu'elles ne peuvent être citées comme référence dans un jugement rendu par un tribunal¹⁰⁹⁹.

Cette présentation formelle des organes locaux titulaires du pouvoir normatif est le résultat du phénomène de décentralisation initié depuis 1979 (date de création des assemblées locales). Pour Yin Zhongqing, la répartition horizontale et verticale des compétences normatives incarne une *coordination* de la répartition du travail (分工协作) entre les organes étatiques dans le domaine législatif¹¹⁰⁰. Or, la cohérence du système juridique chinois, dont dépend sa viabilité, reposerait sur des exigences *a priori* contradictoires : l'unité et le respect des diversités locales. À ce titre, les compétences législatives locales ne sont pas énumérées dans la Constitution¹¹⁰¹, car étant déléguées par le centre, elles lui sont subordonnées et appliquent, en théorie, le principe de « non contradiction à la règle supérieure ». Ainsi, en lieu et place d'une séparation des pouvoirs centraux et locaux, il s'agit d'un *continuum*¹¹⁰². La question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure cette continuité du pouvoir normatif peut assurer, d'un côté, l'unité du système juridique, entendu comme la mise en place d'un cadre légal général et applicable sur l'ensemble du territoire chinois et, d'un autre côté, la prise en compte des réalités sociales du pays, caractérisées par la diversité des cultures et l'inégalité des richesses entre les zones urbaines et rurales.

¹⁰⁹⁸ Peter H. Corne, préc., pp. 390-395, p. 392 : l'auteur cite comme exemple les « Nombreuses opinions concernant la promotion de l'ouverture aux pays étrangers et l'accroissement de l'usage des investissements étrangers » produites par l'administration du commerce et de l'industrie de Shanghai le 1^{er} nov. 1997 ou encore les « Règles d'opération pour l'approbation et l'enregistrement des entreprises à capitaux mixtes sino-étrangères sans personnalité juridique » produites par le Comité de travail sur l'investissement étranger de Shanghai et l'administration du commerce et de l'industrie de Shanghai le 29 avril 1999.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ Yin Zhongqing (尹中卿), « Les caractéristiques fondamentales du système législatif chinois » (« 我国现行立法体制的基本特征 »), *Jilin Renda* (吉林人大), vol. 132, n°11, 2001, p. 37.

¹¹⁰¹ Deng Rong, préc., p. 38 : en comparant le système chinois à celui de l'ex-URSS, l'auteur explique que dans cet État « le pouvoir législatif local étant le résultat d'une séparation du pouvoir législatif central, la Constitution est supposée détailler la liste des compétences de chacun ; en Chine, régime unitaire, le pouvoir local provient de la souveraineté étatique, c'est le centre qui lui confère. En conséquence, la Constitution n'énumère pas les affaires législatives de chaque échelon et le pouvoir législatif local applique le principe de "supériorité du centre" (中央优越原则) ».

¹¹⁰² Zhang Chunsheng, préc., pp. 46-47 : « 我国又是一个单一制国家，国家的重要权力由中央政权统一行使，地方的权力来自于中央授权，而不是中央与地方分权 》. Les Régions Autonomes et les zones dites « ordinaires » obéissent toutes deux au principe de délégation de compétence ; en revanche, les Zones Économiques Spéciales auraient une compétence dite « secondaire », dérivée de celle du centre.

B. L'unité du système juridique chinois à l'épreuve de son adaptabilité.

162. La décentralisation du pouvoir normatif à l'épreuve de la cohérence du système juridique. Les critiques adressées à l'égard du pouvoir normatif des localités peuvent être regroupées en trois catégories. La première réside dans l'inflation des actes normatifs locaux et dans le problème de la qualité de la norme¹¹⁰³. Sur la scène juridique chinoise, pas moins de 300 acteurs entrent en jeu¹¹⁰⁴ ; leur mission est d'autant plus difficile que la majorité est chargée d'élaborer des règles dans un cadre planifié¹¹⁰⁵, en étant soumises à des objectifs. Il en résulte une inflation normative, qui, malgré une hiérarchie établie *a priori*, ne permet pas toujours la cohérence optimale du système juridique¹¹⁰⁶. Un des phénomènes effectivement constaté en Chine concerne l'inflation de textes de lois dépourvus d'exécution : certaines localités n'obtiennent que 20% de règles vraiment exécutées, ce pourcentage pouvant descendre à 10% voire à 3% dans certains endroits¹¹⁰⁷.

Ensuite, la liberté accordée dans l'élaboration des normes locales, encadrée par l'exigence de prise en compte des réalités locales¹¹⁰⁸ et par l'objectif de placer l'économie au cœur de l'élaboration du système juridique¹¹⁰⁹ n'a pas suffi à faire disparaître la pratique d'un certain protectionnisme local¹¹¹⁰, qu'il s'agisse de favoriser une marque locale¹¹¹¹ ou d'attirer les investissements étrangers par des

¹¹⁰³ *Loi sur la législation*, nouvel art. 6, al. 2. L'amélioration de ce dernier point était d'ailleurs érigée en objectif de réforme de la *loi sur la législation* énoncée en 2015.

¹¹⁰⁴ Tian Xiangbo, préc. [en ligne]. Selon la Constitution, les lois organiques et autres règles de droit, il y a plus de trois cents sujets légiférant en Chine, y compris ceux ayant reçu le pouvoir législatif de manière plus ou moins claire.

¹¹⁰⁵ Les objectifs sont formulés par exemple dans les plans quinquennaux des Comité centraux du PCC ou dans les plans de travail législatif. La *Loi sur la législation* dispose en son nouvel article 6 l'objectif pour les législations à venir d'être conformes aux exigences de réforme et de développement économiques.

¹¹⁰⁶ D'autant plus que les trois quarts des textes légaux sont représentés par des arrêtés : Liu Han « L'importance de la place et du rôle des arrêtés », *In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), Les sources du droit et la réforme juridique en Chine, op.cit.*, p. 92.

¹¹⁰⁷ Tian Xiangbo, préc. [en ligne], Partie 2, « Quand le droit sort par des portes multiples : désordre et dispersion du pouvoir législatif » (二、法出多门”：立法权的分散及混乱).

¹¹⁰⁸ *Loi sur la législation*, art. 6 ; cet article a par ailleurs été modifié en 2015 pour inclure dans les qualités de la loi en général celle « d'être conforme aux exigences du programme de réforme et du développement économique et social ».

¹¹⁰⁹ *Loi sur la législation*, art. 3.

¹¹¹⁰ Ce phénomène ne concerne pas seulement les autorités disposant du pouvoir normatif mais aussi les juridictions : V. Daniel C. Chow, *op.cit.*, pp. 224-225.

¹¹¹¹ Li Yahong, préc., p. 18 : en 1999, un « combat » de localités eu lieu entre Shanghai et la province du Hebei, incitant les consommateurs, « à coup de règlement local », à acheter les marques de voitures produites au sein de leur localité. Affaire connue sous le nom de « La guerre des voitures » (汽车大战).

avantages fiscaux¹¹¹². Enfin, et c'est sans doute la critique la plus importante, l'absence de démarcation claire des compétences normatives entre les différents organes légiférants conduit à des difficultés d'harmonisation entre les règles centrales et les règles locales. Pour Zhou Keyuan, cette confusion des compétences se retrouve à trois niveaux : entre l'APN et son Comité Permanent et les assemblées et leurs comités permanents locaux ; entre les assemblées populaires et les gouvernements populaires¹¹¹³ ; enfin, entre deux organes législatifs situés dans la même juridiction c'est-à-dire entre les pouvoirs des capitales provinciales et des « grandes villes¹¹¹⁴ ». La seconde critique tirée de la confusion des compétences entre les organes législatif et exécutif locaux se comprend à la lecture des nouveaux articles 73 et 82 de la *Loi sur la législation*. Le premier précise que les assemblées locales peuvent légiférer dans les domaines qui nécessitent des règles concrètes pour exécuter (执行) les lois et règles administratives ou encore dans les domaines (non définis) appartenant aux « affaires de la localité » (地方事务). Le second, relatif au pouvoir exécutif local, précise que celui-ci s'exerce dans les domaines qui nécessitent l'adoption d'un arrêté pour exécuter la loi, les règlements administratifs ou la législation locale, ou encore dans les domaines appartenant à la gestion administrative concrète (具体行政管理事项) de la localité administrative. En outre, les deux organes peuvent formuler des règles dans des matières encore non réglementées¹¹¹⁵, à la seule exception de celles listées à l'article 8 de la *Loi sur la législation*¹¹¹⁶. Ces formulations relativement vagues à propos des compétences de chacun peuvent conduire, facilement, à leur chevauchement¹¹¹⁷. Quant à l'absence de démarcation dans l'exercice du pouvoir

¹¹¹² Zou Keyuan, *op.cit.*, p. 95 : l'auteur donne comme exemple la province du Fujian, qui a dû annuler en 2001 quarante-quatre règlements locaux considérés protectionnistes (d'autant plus que le domaine des taxations ressort des compétences centrales et non locales). V. également l'essai du Professeur Zhu Yansheng de l'Université de Xiamen, « China's Taxation Legislation : Legalism or Functionalism ? » [document personnel] : si le domaine de la fiscalité appartient à l'APN et son Comité Permanent, c'est par le mécanisme de délégation (au CAE et aux ZES) que certaines localités peuvent légiférer en la matière.

¹¹¹³ La confusion apparaît lorsqu'une assemblée locale formule une loi locale afin d'appliquer une loi centrale alors que ce pouvoir appartient, par nature, à l'organe exécutif de la localité. V. Zou Keyuan, *op.cit.*, p. 96 ; l'auteur cite en exemple un problème d'application locale de la loi centrale sur la planification urbaine ; nous ne retiendrons cet exemple qu'afin d'avoir une idée plus précise de ce genre de conflit, ce cas datant de 1996.

¹¹¹⁴ Zou Keyuan, *op.cit.*, p. 94.

¹¹¹⁵ *Comp. Loi sur la législation*, nouveaux art. 82, al. 5 (arrêtés) et 73, al. 2 (législation locale).

¹¹¹⁶ Compétence exclusive de l'APN.

¹¹¹⁷ Peter. H. Corne, *préc.*, p. 390 : une raison de ce conflit réside dans les domaines attribués au pouvoir réglementaire local en matière de règlement local (地方规章) ; cette compétence est inhérente aux gouvernements et son champ d'intervention peut, par conséquent, empiéter sur un domaine

législatif local entre les assemblées situées dans une même zone administrative, la réforme de la *Loi sur la législation* de 2015 a apporté des éclaircissements en substituant à la qualification de « grande ville » celle de « ville divisée en district » et, surtout, en attribuant à cette entité un domaine de compétence précis¹¹¹⁸, bien que non exhaustif¹¹¹⁹.

Face à la frontière relativement poreuse entre les compétences des assemblées et celles des gouvernements locaux, le législateur chinois a institué des règles de validité des actes normatifs afin d'assurer l'uniformisation du système juridique par le centre.

163. Le renforcement des procédures de contrôle de conformité des normes.

La *Loi sur la législation* prévoit dans ses articles 87 et 88 deux principes permettant de contrôler la conformité des normes suivant leur place dans la hiérarchie normative : le principe de supériorité et le principe de spécificité¹¹²⁰. Le premier impose, logiquement, que les règles soient conformes à celles leur étant hiérarchiquement supérieures : suivant la hiérarchie des normes établies en Chine¹¹²¹, caractérisée par la supériorité théorique du pouvoir législatif¹¹²², les lois et règlements locaux issus des assemblées (地方性法规) sont supérieurs aux arrêtés du gouvernement du même échelon (地方性规章) et de l'échelon inférieur. Les arrêtés des gouvernements populaires des provinces et des Régions Autonomes sont, quant à eux, supérieurs aux arrêtés établis par les gouvernements populaires des villes divisées en district de la même zone administrative¹¹²³. Entre deux arrêtés, ceux dits ministériels et ceux locaux ont la même force normative et s'appliquent chacun dans leur domaine de compétence¹¹²⁴. Le principe de « supériorité » trouve écho dans le principe de « non contradiction » affirmé dans la plupart des articles qui traitent de la législation

délégué aux règles locales (地方性法规). Les matières sujettes à contentieux sont les suivantes : éducation, économie, science, culture, santé, sport, développement de la ville/village, finance, administration civile, sécurité publique, minorité, administration judiciaire, supervision du planning familial. Dans ce cas, l'assemblée populaire peut déclarer nulle l'arrêté (*guizhang*).

¹¹¹⁸ *Loi sur la législation*, nouvel art. 73.

¹¹¹⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 72, al. 2.

¹¹²⁰ *Loi sur la législation*, articles 87 et 88.

¹¹²¹ *Loi sur la législation*, article 87 à 89. Par ordre croissant : la Constitution, les lois, les règlements administratifs (explicitement dénommé législation administrative, 行政法规), la législation locale (地方性法规), les règlements autonomes (自治条例) et les règlements individuels (单行条例), et les arrêtés (规章).

¹¹²² Zou Keyuan, *op.cit.*, p. 95. Pour l'auteur, toutefois, la supériorité du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif est fortement nuancée dans certains domaines comme la finance, la taxation, les douanes ou encore le commerce étranger, où ce sont les règlements administratifs qui prévalent.

¹¹²³ *Loi sur la législation*, nouvel art. 89.

¹¹²⁴ *Loi sur la législation*, nouvel art. 91.

locale¹¹²⁵, à l'exception, notable, des articles règlementant les arrêtés¹¹²⁶. Le principe de non contradiction peut être entendu largement¹¹²⁷ ou strictement et faire référence, dans ce cas, à l'absence de conflit avec les législations centrale. Toutefois, en cas de violation d'une norme supérieure, la procédure de modification ou d'abolition de la règle litigieuse est relativement complexe¹¹²⁸.

Le principe de spécificité s'applique quant à lui aux normes produites par un même organe : la règle particulière l'emporte sur la règle générale et, en cas de conflit entre une règle ancienne et une nouvellement établie, c'est la nouvelle règle qui prévaut¹¹²⁹. Si le principe semble simple à appliquer, la détermination de l'organe compétent pour décider de l'issue d'un conflit de normes l'est beaucoup moins¹¹³⁰.

Le respect de ces deux règles de cohérence est assuré en principe par la procédure d'enregistrement¹¹³¹ des actes locaux, qui a d'ailleurs été renforcée en 2015

¹¹²⁵ Par exemple, V. *Loi sur la législation*, nouvel art. 72.

¹¹²⁶ On ne trouve en effet aucune référence au principe de non contradiction des arrêtés aux règles qui leur sont supérieures dans le chapitre qui leur est consacré (nouveaux art. 80-86).

¹¹²⁷ Zou Keyuan, *op.cit.*, pp. 98-99. Ce principe peut signifier que « rien dans la législation locale ne doit contredire ou être en conflit avec la Constitution, les lois et réglementations administratives centrales » (cette phrase étant la plus souvent énoncé dans les articles sur la législation locale) ; que « rien dans la législation locale n'excède les limites du pouvoir législatif tel que prescrit par les normes centrales, notamment en matière de peine administrative, de collecte de taxe et de permission » ou encore que « rien dans la législation locale n'incite au protectionnisme » et que « rien dans la législation locale ne réglemente les fondements des systèmes judiciaire, économique ou politique de l'État ».

¹¹²⁸ La procédure est instituée aux nouveaux articles 96 et 97 de la *Loi sur la législation*. Elle concerne les excès de compétence, la violation par une règle inférieure d'une règle supérieure, l'existence de deux arrêtés contradictoires ayant le même objet ou encore la violation de règle de procédure législative. L'entité étatique compétente pour modifier ou abolir la règle litigieuse dépend ensuite de la place et de la nature de l'organe auteur de la règle litigieuse et de la nature de ladite règle.

¹¹²⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 92 (特别规定与一般规定不一致的, 适用特别规定; 新的规定与旧的规定不一致的, 适用新的规定).

¹¹³⁰ *Loi sur la législation*, nouvel art. 94 : (conflit de lois et de règlement au niveau central) : le Comité Permanent de l'APN est compétent pour trancher un conflit entre deux lois et le CAE pour trancher un conflit entre règles administratives ; nouvel art. 95 : (conflit entre règles locales, entre règle locale et ministérielle, entre arrêtés) :

(1) en cas d'incohérence entre deux règles locales, l'une nouvelle et générale et l'autre ancienne et spéciale, issue chacune par le même organe, ce dernier décide laquelle doit s'appliquer ;

(2) en cas d'incohérence entre une loi ou règlement local (地方性法规) et un arrêté du centre (部门规章) sur le même sujet et qu'il n'est pas possible de déterminer laquelle appliquer, le CAE doit produire une opinion (意见). S'il estime que la loi locale s'applique, alors la loi locale doit s'appliquer ; s'il estime que la règle administrative est applicable, le CAE doit demander au Comité Permanent de l'APN de rendre une décision ;

(3) en cas de conflit entre deux arrêtés ministériels ou entre un arrêté du gouvernement local et un arrêté ministériel, le CAE tranche.

¹¹³¹ *Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux*, art. 7 (législation locale) ; art. 60 (arrêté) ; *Loi sur la législation*, art. 98 ; « Règlement (tiaoli) sur l'enregistrement des règles et arrêtés », (法规规章备案条例), n°337, adoptée par le CAE le 14 décembre 2001, entrée en vigueur le premier janvier 2002.

à l'égard de certains types de localité¹¹³². Avec cette procédure, la législation locale ordinaire est soumise à enregistrement auprès du Comité Permanent de l'APN¹¹³³ et du CAE dans les trente jours suivant sa promulgation ; quant aux arrêtés locaux des échelons du niveau primaire, ils doivent être déférés au CAE et au comité permanent de l'assemblée locale de son échelon. Toutefois, à l'exception des règles issues des échelons des villes divisées en district, rien ne permet d'affirmer que la procédure d'enregistrement (备案) implique un contrôle systématique *a priori* de légalité¹¹³⁴. Il n'est donc pas surprenant de retrouver, aux articles 99 et suivants de la *Loi sur la législation*, la possibilité de saisir le Comité Permanent de l'assemblée centrale pour demander un contrôle de légalité voire de constitutionnalité¹¹³⁵ *a posteriori*. Et, depuis 2015, les organes en charge du contrôle de l'acte litigieux doivent rendre publics les résultats de leurs examens¹¹³⁶.

164. Entre un pouvoir législatif local qui a tendance à aller au-delà de ses compétences et des procédures formelles destinées à uniformiser le cadre juridique mais dont l'efficacité est souvent remise en cause, la réglementation du pouvoir législatif et, plus généralement, normatif, tend à être améliorée. L'enjeu financier et économique associé aux aspirations plus démocratiques venant directement de la population incite les autorités, centrales et locales, à initier des mesures concrètes. Ainsi, le gouvernement central a manifesté la volonté de renforcer le contrôle de la procédure d'élaboration des règles, par leur publication en ligne et par l'incitation à la

¹¹³² *Loi sur la législation*, art. 98 : notamment les ZES, les villes divisées en district et les zones autonomes.

¹¹³³ L'APN a cependant été très critiquée en raison de sa passivité au moment de contrôler les normes issues des anciennes grandes villes, car elle n'effectuait pas de contrôle à moins qu'il n'y ait plainte. V. not. « Discussion sur les frontières de compétence dans la procédure d'approbation de la législation locale » (« 论地方立法批准程序的权利边界 »), disponible sur le site de bureau de travail législatif du CAE à l'adresse <http://www.chinalaw.gov.cn/article/dfxx/dfzxx/hn/201402/20140200394909.shtml> [mis en ligne le 14 fév. 2014, consulté le 1^{er} nov. 2014].

¹¹³⁴ *Ibid.* Quant à savoir la nature exacte de ce contrôle ici examiné sur les actes issus des anciennes grandes villes, la doctrine est divisée en Chine entre ceux qui considèrent que la ratification (approbation, 批准) est une décision (批准就是决定) : dans ce cas, non seulement elle peut compléter ou restreindre l'acte ratifié, mais décider de sa validité ou de ses effets de droit. Dès lors, son contrôle porte aussi sur la légitimité (正当性) de l'acte et constitue un véritable pouvoir d'amendement (因此其不仅有“批与不批”的权力, 而且还有“改与不改”的权力). La seconde opinion considère l'acte de ratification comme un acte relevant strictement de la procédure, il ne peut restreindre ou modifier le contenu de l'acte.

¹¹³⁵ *Loi sur la législation*, art. 99, al. 1 (initiative du contrôle par le CAE, la Commission militaire centrale, la CPS, le PPS...); art. 99, al. 2 (suggestion de contrôle offerte aux entités sociales, aux entreprises, institutions ou citoyens).

¹¹³⁶ *Loi sur la législation*, nouvel art. 101. (全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当按照规定要求, 将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈, 并可以向社会公开)

participation populaire¹¹³⁷. Cette politique expérimentale « d'ouverture de la loi » (开门立法), mise en place dès 1999 dans la province du Guangdong (qui a instauré en premier les audiences législatives) a pour but de faire participer les citoyens dans la création des projets législatifs en recueillant leurs opinions. En février 2002, le comité permanent de la province du Fujian a publié un bulletin autorisant tout individu ou unité de travail à proposer un projet de législation locale. L'année suivante, la ville de Xining (province de Qinghai) prend des mesures sur les audiences législatives¹¹³⁸ et, en novembre 2005, la province du Zhejiang établit pour la première fois la possibilité pour les citoyens de « soumettre leurs opinions législatives » aux comités juridiques provinciaux¹¹³⁹. En outre, afin d'améliorer la qualité des normes, les autorités centrales ont préconisé l'établissement d'une liste de compétences administratives des départements gouvernementaux de chaque échelon qui doit, de plus, être publiée¹¹⁴⁰.

Les modifications apportées en 2015 à la *Loi sur la législation*, tiennent compte de ces évolutions. Les nouveaux articles 37 et 67 imposent que les projets de loi (ainsi que les amendements) et les projets de règles administratives de niveau central soient publiés pour une durée d'au moins trente jours afin de solliciter l'opinion publique¹¹⁴¹. Les mesures de publicité des lois sont également renforcées¹¹⁴² et la qualité des lois techniques, au moins au niveau national, est assurée par le recours, consacré, aux experts¹¹⁴³. Plus important encore, les arrêtés ne peuvent plus empiéter sur les droits des citoyens sans référence à une loi ni augmenter les compétences de l'organe émetteur ou décroître sa responsabilité (nouvel art. 80, al. 2). Pourtant, en dépit de ces efforts, la répartition du pouvoir normatif chinois est encore sujette à de nombreuses critiques.

¹¹³⁷ V. not. CAE, « Opinion en lien avec le renforcement de la gouvernance par le droit » (国务院关于加强法治政府建设的意见), publiées le 10 octobre 2010, n°33.

¹¹³⁸ Zou Keyuan, *op.cit.*, p. 103.

¹¹³⁹ « "L'ouverture de la loi" doit être institutionnalisée » (« “开门立法” 需要制度化 »), *Dongfang Zaobao (Journal du matin de l'Orient)*, publié le 27 octobre 2005.

¹¹⁴⁰ V. L'article paru le site « chinanews.com » en date du 9 juin 2014 « La question du chevauchement des compétences résolue par le système de liste des pouvoirs du gouvernement » (« 政府权力清单制度迎难而上 需解决职权交叉等问题 »), disponible à l'adresse : <http://www.chinanews.com/gn/2014/06-09/6256234.shtml> [dernière consultation le 30/12/2017]. En août 2011, la province du Hubei a pris l'initiative de réorganiser les compétences de ses départements ; c'est ensuite le gouvernement de Guangzhou (Canton) qui publie un « catalogue de sujets devant être examinés par chaque département de l'administration ».

¹¹⁴¹ À l'exception des cas où le Comité Permanent de l'APN ou le CAE refusent de rendre public ledit projet.

¹¹⁴² *Loi sur la législation*, nouvel art. 5 (qui pose le principe de la publicité des lois, 立法公开) ; art. 86 (pour les arrêtés), 79 (pour les lois et règlements locaux) et 58.

¹¹⁴³ *Loi sur la législation*, nouvel art. 36. (sous forme de procédure d'audition, 听证).

165. Chevauchement, absence de démarcation, confusion ou encore dépassement de compétence : l'ensemble des commentaires recensés jusqu'à présent témoigne d'un véritable problème structurel dans l'agencement des foyers normatifs chinois. Le fait que certaines de ces observations proviennent d'intellectuels chinois et non seulement étrangers prouve également que le problème ne réside pas exclusivement dans l'utilisation de référents incompatibles avec la culture juridique chinoise. Pourtant, nous ne pensons pas que les catégories usuelles soient totalement adaptées pour décrire et comprendre la situation chinoise ; l'expression, par exemple, de pouvoir « administratif législatif » n'est-elle pas maladroite en soi ? Si, jusqu'à présent, le système chinois a été présenté au regard de ses propres fondements intellectuels – à savoir, le principe du centralisme démocratique – comment se traduit-il à l'aune des critères français ? Cette tentative de qualification du système chinois sera également l'occasion de porter un regard critique sur l'agencement des foyers normatifs français.

§ 2. La traduction française du centralisme démocratique : le régime d'assemblée.

166. Une tentative de qualification, au travers de catégories plus familières pour un juriste français, conduirait à qualifier la structure normative chinoise de régime d'assemblée (A). Toutefois, en Chine comme en France, un écart plus ou moins grand entre la pratique et la réalité est constaté. Aussi, si l'on admet que le centralisme démocratique, tout comme le régime d'assemblée, sont insuffisants à rendre compte de la localisation réelle des pouvoirs normatifs chinois, la pertinence du critère de la séparation des pouvoirs doit également être discutée au regard des tendances évolutives des foyers normatifs français (B).

A. La qualification du système étatique chinois au regard de la séparation des pouvoirs.

167. Au début de ce chapitre, la question de la nature du régime chinois a été rapidement effleurée en se bornant à lui relever quelques possibles caractéristiques propres au régime présidentiel, au régime parlementaire et au régime d'assemblée.

Après avoir décrit la répartition des pouvoirs normatifs et le fonctionnement des principales institutions étatiques chinoises, une tentative de qualification de ce régime ne pouvait donc être évitée. Des développements précédents, l'agencement des pouvoirs chinois fondé sur le centralisme démocratique peut se résumer comme suit : l'Assemblée Populaire Nationale accompagnée de son Comité Permanent est l'organe qui dispose de l'ensemble de la souveraineté en raison de son statut élu. L'APN en session plénière pourrait ainsi réformer la Constitution, voter les lois organiques, examiner et approuver les décisions gouvernementales, nommer le Président de la République ou encore les présidents des instances judiciaires centrales¹¹⁴⁴. Le gouvernement central et les deux institutions judiciaires suprêmes lui sont subordonnés ; enfin, pour assurer la légitimité et l'unité du système juridique, le pouvoir législatif est décentralisé, au même titre que le pouvoir exécutif pour assurer l'adaptation des normes aux réalités des localités. Du point de vue des relations entretenues entre l'institution législative et l'institution exécutive (la Chine ne reconnaissant pas officiellement un pouvoir normatif à ses tribunaux, on se bornera à souligner, pour le moment, l'absence d'indépendance de l'autorité judiciaire), le gouvernement est nommé et responsable devant les représentants et ce schéma est réitéré au niveau des échelons locaux.

168. Répartition des compétences ou répartition organique ? Ce qui distingue la Constitution chinoise de la Constitution française dans l'agencement des pouvoirs d'État, c'est une corrélation beaucoup moins marquée entre organes étatiques et compétences normatives. De manière générale, la France tend à relier « une séparation des fonctions de l'État et une séparation des organes qui sont chargés de les assurer, [qui] a incontestablement été à la base de l'organisation des États modernes¹¹⁴⁵ ». En matière de pouvoir législatif, la loi française se définit moins par son domaine d'intervention (critère matériel) que par sa procédure d'adoption (critère formel et organique) : « la loi est l'acte élaboré par le Parlement¹¹⁴⁶ ». Le fait que l'organisation étatique chinoise prévoit une distinction des compétences qui ne corresponde pas nécessairement à l'agencement institutionnel la différencie dès lors

¹¹⁴⁴ Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, p. 311.

¹¹⁴⁵ Alain Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 85.

¹¹⁴⁶ Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *op.cit.*, p. 537.

de la plupart des systèmes juridiques étrangers¹¹⁴⁷.

L'article 62 de la Constitution chinoise reconnaît que le pouvoir législatif est une des fonctions de l'APN, sans en être la seule¹¹⁴⁸. Aussi, pour une comparaison non biaisée, cet article doit être rapproché, non pas de l'article 34 de la Constitution française, mais de l'article 24 qui énonce, dans son premier alinéa, que « le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques ». Cette nouvelle perspective met en valeur la prédominance institutionnelle de l'APN en Chine, à qui sont attribuées pas moins de quinze fonctions différentes, contre trois seulement pour le Parlement français.

De la même manière, en matière exécutive, l'article 89 de la Constitution chinoise énumère les fonctions du CAE, au nombre de dix-huit¹¹⁴⁹. En plus du

¹¹⁴⁷ Randall Reerenboom, « Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People's Republic of China », *19 Berkeley Journal of International Law*, 2001, p. 198 : « [...] While there is separation of functions in China, there is no separation of powers in the sense of three Constitutionally independent and equal branches ».

¹¹⁴⁸ Constitution chinoise, art. 62 : « Les fonctions et pouvoirs exercés par l'APN sont les suivants : amender la Constitution, superviser l'application de la Constitution ; émettre et amender les lois fondamentales concernant les infractions criminelles, les affaires civiles, les organes d'État et autres matières ; élire le Président et le vice-président de la République Populaire de Chine ; [...] ».

¹¹⁴⁹ Constitution chinoise, art. 89 : « Les pouvoirs et fonctions du Conseil des affaires d'État sont les suivants :

- (1) conformément à la Constitution et à la législation, fixer des mesures administratives, élaborer des règlements administratifs et émettre des décisions et des ordonnances ;
- (2) présenter des projets de loi à l'Assemblée nationale populaire ou à son Comité Permanent ;
- (3) déterminer les tâches et responsabilités de chaque ministère et commission d'État, diriger de façon unifiée les travaux des ministères et commissions d'État, et diriger le travail administratif qui ne dépend ni d'un ministère, ni d'une commission d'État ;
- (4) diriger de façon unifiée et dans tout le pays le travail des organes administratifs locaux de tous les échelons, délimiter concrètement les fonctions et pouvoirs qui se répartissent entre les organes administratifs centraux, les provinces, les régions autonomes et les municipalités relevant directement du pouvoir central ;
- (5) élaborer et exécuter le plan national de développement économique et social et le budget de l'État ;
- (6) diriger et administrer le travail économique et les constructions urbaine et rurale ;
- (7) diriger et administrer le travail dans les domaines de l'éducation, des sciences, de la culture, de la santé, des sports et du planning familial ;
- (8) diriger et administrer le travail dans les domaines des affaires civiles, de la sécurité publique, de l'administration judiciaire, des parquets ;
- (9) administrer les affaires extérieures, conclure des traités et accords avec les pays étrangers ;
- (10) diriger et administrer l'édification de la défense nationale ;
- (11) diriger et administrer les affaires ethniques, protéger l'égalité des droits des ethnies minoritaires et le droit à l'autonomie des régions d'autonomie ethnique ;
- (12) garantir les droits et intérêts légitimes des Chinois d'outre-mer, protéger les droits et intérêts légitimes des membres de leur famille et de ceux d'entre eux revenus résider en Chine ;
- (13) modifier ou annuler les ordonnances, instructions ou règlements non adéquats pris par les ministères ou les commissions d'État ;
- (14) modifier ou annuler les décisions ou ordonnances non adéquates prises par les organismes d'État de tous niveaux à l'échelon local ;
- (15) approuver les limites territoriales des provinces, régions autonomes et municipalités relevant directement du gouvernement central national, ainsi que la création et les délimitations territoriales des départements autonomes, districts, districts autonomes ;

pouvoir règlementaire « traditionnel » à rapprocher de l'article 37 de la Constitution française, du pouvoir d'initier les projets de lois¹¹⁵⁰ et les plans quinquennaux dont il assure également la mise en œuvre, il jouit de compétences définies relativement larges, et, surtout, il peut être investi « *de toute autres fonctions et pouvoirs que peut lui confier l'APN ou son Comité Permanent*¹¹⁵¹ ». Cette passerelle constitutionnelle participe au transfert du pouvoir de légiférer à l'organe administratif.

Ainsi, de manière générale, si la Constitution chinoise s'attache plus à une organisation des fonctions qu'à une délimitation des domaines de compétences matérielles, c'est dans la loi que ces derniers doivent être recherchés. En effet, la dernière particularité chinoise de l'agencement du pouvoir normatif réside dans ce que la Chine a, contrairement à la France, opté pour une définition législative et non constitutionnelle des domaines législatif et règlementaire¹¹⁵², d'où l'importance accordée à la répartition des compétences normatives prévue par la *Loi sur la législation*.

169. Le système chinois, un régime d'assemblée ? En raison de la prédominance institutionnellement consacrée du législateur chinois, certains auteurs ont rapproché le système étatique chinois du régime parlementaire de la IV^{ème} République française¹¹⁵³. Or, un régime de cette nature se conçoit dans une logique de séparation des pouvoirs, qui implique des mécanismes de partage entre le législatif et l'exécutif. En France, la Constitution de 1958 prévoit ainsi la souveraineté du pouvoir législatif en raison de son mode de création (élu directement par le peuple) mais, pour éviter la concentration des pouvoirs dans les mains d'une seule autorité, des mécanismes de partage ont été mis en place sous la V^{ème} République¹¹⁵⁴ : si le

(16) décider de la proclamation de l'état d'urgence dans une partie d'une province, d'une région autonome ou d'une municipalité relevant directement du gouvernement central en respectant les lois et règlements ;

(17) examiner et déterminer la répartition et les effectifs du personnel des organes administratifs, et, conformément à la législation, nommer ou démettre, former, contrôler, récompenser et sanctionner le personnel administratif ;

(18) exercer les fonctions et pouvoirs à lui confiés par l'Assemblée nationale populaire et par son Comité Permanent ».

¹¹⁵⁰ Constitution chinoise, art. 89 (2) ; Comp. Constitution française, art. 39.

¹¹⁵¹ Constitution chinoise, art. 89 (18).

¹¹⁵² Jin Banggui, « La répartition des compétences normatives nationales en France et en Chine », *RIDC*, vol. 53, n°4, oct-déc 2001, p. 946.

¹¹⁵³ Jin Banggui, préc., p. 947 ; Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, p. 336 : « si le système politique chinois était démocratique, le président de la République aurait les mêmes attributions que le chef de l'État de la Quatrième République française ou celui de la Première République Italienne ».

¹¹⁵⁴ Pierre Avril, « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 », *In* Alain Pariente, *op.cit.*, p. 81 : l'interprétation par le Général de Gaulle du principe de séparation des pouvoirs,

Parlement vote les lois, le gouvernement quant à lui « détermine et conduit la politique de la Nation », et « dispose de l'administration et de la force armée¹¹⁵⁵ ». N'étant pas souverain, il est responsable devant le Parlement¹¹⁵⁶ ; à l'inverse, l'Assemblée Nationale peut être dissoute par le Président de la République¹¹⁵⁷. Par ailleurs, l'élection au suffrage universel du chef de l'État français a renforcé l'autorité du gouvernement qui devient responsable à la fois devant les parlementaires et devant le Président¹¹⁵⁸.

En Chine, la répartition organique du pouvoir ne permet pas au gouvernement un quelconque contrôle de l'organe législatif. Ce dernier est chargé de la nomination du Président et du Vice-Président et c'est à lui que revient le choix du premier ministre sur nomination du Président et des autres membres du corps exécutif après nomination faite par le premier ministre¹¹⁵⁹. Par corollaire, l'APN a le pouvoir, dans les textes, de destituer le Président et le Vice-Président, ainsi que toutes les personnes sur la nomination desquelles il dispose d'un droit de regard¹¹⁶⁰. Le législateur peut s'immiscer dans le travail administratif par l'intermédiaire du « droit de questionner » le CAE (Constitution chinoise, art. 73), ce dernier étant responsable devant l'organe législatif (Constitution chinoise, art. 92). Le pouvoir en Chine provient donc d'une source unique mais il convient de souligner l'impossibilité de cumul des mandats parlementaire et exécutif. Face à cette répartition, il ne s'agit plus tant d'un régime parlementaire que d'un régime d'assemblée, caractérisé, justement, par la concentration d'un pouvoir normatif redistribué aux organes étatiques¹¹⁶¹.

170. Or, Ainsi que l'a parfaitement expliqué le constitutionnaliste Arnaud Lepillouer, la création de la catégorie de régime d'assemblée a permis,

impliquait deux conditions : « [les pouvoirs] ne doivent pas avoir la même source. Le gouvernement ne doit donc pas procéder du Parlement mais du chef de l'État ; les pouvoirs doivent être séparés par leur composition ».

¹¹⁵⁵ Constitution française de 1958, art. 20, al. 1 et 2.

¹¹⁵⁶ Constitution française de 1958, art. 20, al. 3 (responsabilité du gouvernement devant le Parlement) ; article 24, alinéa 1 (contrôle de l'action du gouvernement par le Parlement).

¹¹⁵⁷ Constitution française de 1958, art. 12, al. 1^{er}.

¹¹⁵⁸ La responsabilité du 1^{er} ministre devant le chef de l'État est une convention non écrite mais pratiquée. Pierre Avril, « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 », *In* Alain Pariente, *op.cit.*, p. 83.

¹¹⁵⁹ *Constitution chinoise*, art. 62 (4), (5).

¹¹⁶⁰ *Constitution chinoise*, art. 63.

¹¹⁶¹ Bien qu'il n'y ait pas de critère définitivement établi permettant de caractériser le régime d'assemblée : Arnaud Le Pillouer, « La notion de "régime d'assemblée" et les origines de la classification des régimes politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n°58, p. 314.

historiquement, de légitimer l'existence du régime parlementaire¹¹⁶² en érigeant le régime d'assemblée en contre-modèle des régimes libéraux basés, quant à eux, sur une nécessaire séparation des pouvoirs. La peur suscitée par un régime d'assemblée¹¹⁶³ réside ainsi dans la concentration des pouvoirs dans les mains d'un organe prééminent : dans le cas de la Chine, l'Assemblée Populaire Nationale et son Comité permanent.

Pourtant, force est de constater que les principales critiques émises à l'égard du système institutionnel chinois font état de deux choses : la prépondérance du gouvernement contrôlé par le Parti communiste (qui contrôle également la couleur politique des représentants élus via le système d'élection mis en place¹¹⁶⁴) et, par ricochet, la faiblesse, voire l'inutilité¹¹⁶⁵, dans la pratique, des chambres représentantes¹¹⁶⁶. Ce n'est donc pas la nature de régime d'assemblée qui confère au régime chinois la qualité de régime autoritaire, mais bien les dérives en matière de transfert de compétences : les larges pouvoirs accordés au gouvernement sous le contrôle d'un parti politique conduiraient, *in fine*, à priver (ou en tout cas réduire) l'Assemblée Nationale chinoise et son Comité Permanent de leur propre compétence. Comment comprendre cet apparent paradoxe ? Cela signifie-t-il que si l'assemblée exerçait pleinement ses pouvoirs, le régime serait plus « satisfaisant » au regard des régimes proclamant la séparation des pouvoirs ? La question doit être posée de savoir si, dans le cas où le début de pluralisme amorcé en Chine conduirait un jour à un véritable pluralisme démocratique et/ou politique, la qualification des institutions chinoises ne ferait pas l'affront des critiques libérales occidentales. La question du parti unique relevant moins de l'ordre du juriste que du politologue, ce sont donc les relations entre assemblées et gouvernements qui doivent nous intéresser.

Le problème généralement constaté réside dans ce que l'Assemblée Populaire

¹¹⁶² *Idem*, p. 306 : « Qualifier un régime de "parlementaire" ou de "présidentiel" permet en fait de formuler des prescription implicites – en raison du réalisme ontologique propre au discours doctrinal – relativement aux réformes qu'ils convient (ou pas) d'y mener ».

¹¹⁶³ *Id.*, pp. 328-329 : « Il [le concept de régime d'assemblée] est en premier lieu destiné à effrayer, essentiellement parce qu'il est supposé confondre les pouvoirs entre les mains de l'assemblée législative. Mais même lorsqu'il n'est pas explicitement présenté comme tel, le "régime d'assemblée" reste en tout état de cause connoté péjorativement ».

¹¹⁶⁴ Le numéro trois du PCC est également à la tête du Comité Permanent de l'APN en Chine.

¹¹⁶⁵ Jean-Pierre Cabestan, *op.cit.*, p. 309 : « pour l'heure, aucun projet, ni aucune résolution ni aucune promotion soumis à l'APN n'a été invalidé. Se réunissant plus souvent, le Comité Permanent s'est à l'occasion, montré plus récalcitrant et a pu empêcher l'adoption de certaines lois. Cependant, sa fronde est en général le reflet d'une division au sein même de la direction du Parti ».

¹¹⁶⁶ *Idem*, p. 322 : Opacité des élections, inefficacité des mécanismes de recours en matière de contrôle de légalité des actes du gouvernement ...

Nationale, alors qu'elle détient les pouvoirs suprêmes, se contente d'enregistrer les projets de lois : elle ne serait rien d'autre qu'une chambre d'enregistrement. On pourrait supposer qu'un tel constat se justifie par la nature du régime politique – et non simplement étatique –, de la Chine. Or, ce qui est plus surprenant, c'est que la critique de l'affaiblissement du pouvoir législatif, qui consiste à souligner le rôle parfois superficiel du législateur face à la volonté d'un exécutif (tout) puissant, n'est pas propre à la Chine et se rencontre, également, en France¹¹⁶⁷. En effet, si l'on regarde du côté de la France, digne héritière philosophique de la séparation des pouvoirs, on trouve le même constat : si certains vont jusqu'à dénoncer un Parlement conçu en tant que simple chambre d'enregistrement, d'autres, plus nuancés mais non moins inquiets¹¹⁶⁸, constatent la fusion entre pouvoir législatif et gouvernemental. Comment expliquer que cette critique se retrouve en droit français et surtout, que devient la pertinence du critère de la séparation des pouvoirs pour évaluer les régimes étatiques non occidentaux ?

B. La pertinence du critère de séparation des pouvoirs au regard de la réalité des relations entre pouvoirs législatifs et exécutifs.

171. La Chine refuse la séparation des pouvoirs qu'elle considère, officiellement, comme la caractéristique des pays libéraux et capitalistes. La coloration idéologique du discours chinois ne doit pas être minimisée. Toutefois, en France, le soutien inconditionnel à la séparation des pouvoirs, devenu indissociable des notions d'État de droit et de démocratie¹¹⁶⁹ est-il neutre de toute dogmatique ?

¹¹⁶⁷ Arnaud Le Pillouer, préc., p. 333.

¹¹⁶⁸ Jean-Philip Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythe et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3, n°83, p. 492 : « La critique du “mythe de la séparation des pouvoirs” est à certains égards justifiée. La question reste de savoir si la “séparation des pouvoirs” garde encore un sens ou présente un quelconque intérêt. Les critiques du “mythe” constatent l'existence d'un “pouvoir gouvernemental”, en tout cas dans les régimes dits parlementaires. La plupart ne s'en inquiètent guère. Pourtant, les dangers de ce nouveau pouvoir ressortent de leurs analyses mêmes. [...] Lorsque, en 1934, René Capitant expose que la législation dans un État moderne est l'instrument même du gouvernement, que c'est à coups de lois qu'on dirige l'économie d'un pays, qu'on protège une industrie, qu'on élève ou qu'on abaisse les droits de douane, qu'on stimule ou impose des institutions de prévoyance ou d'assurance sociale, lorsqu'il conclut qu'au XX^{ème} siècle il n'appartient plus au parlement de légiférer, il est permis de s'inquiéter ».

¹¹⁶⁹ Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2018, p. 426, n°551.

172. En France et dans la période moderne¹¹⁷⁰, la séparation des pouvoirs a d'abord été considérée comme une « arme de guerre » contre l'omnipotence du pouvoir¹¹⁷¹ ; idéalement conçue dans « l'indépendance du pouvoir législatif à l'égard du gouvernement et dans l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard tant du pouvoir législatif que du gouvernement¹¹⁷² », cette forme d'agencement des pouvoirs accompagne les prémisses du libéralisme politique. L'idéal de Montesquieu était d'empêcher qu'un pouvoir prenne le dessus sur les autres ; la séparation devait s'entendre comme la *balance* des pouvoirs. Or, dès les années 1930, en France¹¹⁷³, ce modèle de séparation a été remis en cause par certains constitutionnalistes qui lui ont substitué celui de *collaboration* des pouvoirs, caractérisé par une « capacité de destruction réciproque » entre le législatif et l'exécutif¹¹⁷⁴. Ainsi, pour Carré de Malberg, le parlementarisme impliquait en réalité une fusion organique des deux pouvoirs précités¹¹⁷⁵ ; pour Léon Duguit, il incarnait « la négation même de la séparation des pouvoirs¹¹⁷⁶ ». Pourtant, la conception actuelle d'un tel système présentée dans les manuels français de droit constitutionnel est celle d'une séparation dite souple¹¹⁷⁷ (pour le distinguer du régime présidentiel exerçant une séparation rigide), quand bien même elle serait en complet décalage avec la réalité des institutions.

En effet, nul ne prétend plus à défendre une séparation stricte des pouvoirs législatif et exécutif. L'interventionnisme étatique, croissant au XX^{ème} siècle, a conduit à un transfert de compétence du parlement au gouvernement pour répondre à

¹¹⁷⁰ Au sens où il ne serait pas pertinent de revenir sur les formulations de séparation des pouvoirs chez les grecs ou les romains.

¹¹⁷¹ Jean Philippe Feldman, préc., p. 484.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ Apparatus au XVIII^{ème} siècle en Angleterre et au XIX^{ème} en France. René Capitant, « Régimes parlementaires », *In Mélanges R. Carré de Malberg*, Fac-sim. de l'édition de : Paris [1933], 1997, pp. 38-39 : le parlementarisme français est né en 1830, date à laquelle est mise en place la responsabilité politique des ministres devant l'assemblée.

¹¹⁷⁴ Louis Favoreu et al, *op.cit.*, p. 421, n°543.

¹¹⁷⁵ Cité dans Jean Philippe Feldman, préc., p. 485 ; René Capitant, « Régimes parlementaires », *In Mélanges R. Carré de Malberg, op.cit.*, p. 33 : l'auteur insiste plus sur l'aspect de subordination de l'exécutif au législatif développé par Carré de Malberg.

¹¹⁷⁶ Léon Duguit cité dans Armel Le Divellec, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 123.

¹¹⁷⁷ Cette conception marque donc le triomphe de l'analyse du parlementarisme comme étant une forme de l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs qui était un des deux courants constitutionnels français du début du XX^{ème} siècle. Henri Capitant, « Régimes parlementaires », *In Mélanges R. Carré de Malberg, op.cit.*, p. 33.

des exigences d'efficacité¹¹⁷⁸. À cela s'ajoute la montée du phénomène partisan et la création de partis politiques de plus en plus centralisés, conduisant à brouiller la distinction entre parti majoritaire dans le législatif et dans le gouvernement¹¹⁷⁹. Selon Slobodan Milacic¹¹⁸⁰, le néolibéralisme français a permis justement une reformulation de la théorie séparatiste (ce qui est ironique au regard des liens historiques entre séparation des pouvoirs et doctrine libérale), où il ne s'agit plus vraiment d'une opposition entre législatif et exécutif, mais d'une confrontation entre gouvernement et opposition, à la lumière de la démocratie pluraliste. Ce nouveau binôme entrainerait une reformulation des pouvoirs, dénommés « délibératif » et « gouvernemental » : le premier « implique un dialogue (conflictuel) entre la majorité et l'opposition ; mais aussi, le débat entre les partis, en tant que tels, sinon entre les parlementaires individuels¹¹⁸¹ ». Le second ferait plutôt référence à un organe de « gouvernance » dont les fonctions dépassent celles traditionnellement attribuées à l'exécutif ce qui permet de justifier, par la même occasion, la prééminence de la fonction gouvernementale¹¹⁸².

173. Les dynamiques françaises de la répartition des pouvoirs. Des trois pouvoirs cardinaux, les deux habilités à adopter des normes obligatoires sont chamboulés et ne correspondent plus à leur fonction primitive. Certains dénoncent ainsi le nouveau rôle du Parlement français, qui consiste moins à légiférer que d'assurer un contrôle démocratique ; quant à l'organe exécutif, son pouvoir s'exerce autant en aval de la loi qu'en amont, par le biais du pouvoir d'orientation politique¹¹⁸³. Ainsi, pendant la session parlementaire française 2016-2017, sur cinquante-cinq lois adoptées, trente-quatre sont issues de projets de lois et vingt-et-une sont issues de propositions de lois. Si ces chiffres semblent traduire un certain équilibre, en réalité, cette même année, trente-quatre projets de lois ont été déposés, contre deux-cent-trente-neuf propositions de lois. À l'échelle de la XIV^{ème}

¹¹⁷⁸ Jean Philippe Feldman, préc., p. 487. Le gouvernement serait ainsi « considéré comme mieux à même d'agir dans l'urgence et de remplir des tâches de plus en plus complexes tout en gardant une vue d'ensemble sur la politique générale à mener ».

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Slobodan Milacic, « De la séparation des pouvoirs à l'idée de contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », *In* Alain Pariente, *op.cit.*, pp. 31-47.

¹¹⁸¹ *Idem*, p. 39.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Mauro Barberis, « Le futur passé de la séparation des pouvoir », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, p. 13 ; Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, p. 240. L'encadrement par le pouvoir exécutif des travaux parlementaires conduit selon l'auteur à percevoir la loi « comme un moyen de traduction et de réalisation d'un programme gouvernemental » (à mettre en parallèle avec la loi chinoise, *Supra* n°137).

législature, les trois quarts des textes adoptés sont d'origine gouvernementale alors qu'ils ne représentent que 13% des textes déposés¹¹⁸⁴. D'un point de vue technique, les ingérences du pouvoir législatif dans le domaine exécutif ne sont pas contraires à la séparation des pouvoirs¹¹⁸⁵, et des mécanismes sont prévus, telle que la technique de la délégalisation (Constitution, art. 37, al. 2), pour éviter qu'une loi comportant des « cavaliers réglementaires » pourrait-on dire, soit sanctionnée devant le Conseil constitutionnel¹¹⁸⁶. En outre, on ne peut passer sous silence le recours, souvent excessif, au mécanisme prévu à l'article 38 de la Constitution française. Bien entendu, cette évolution générale du pouvoir n'est pas sans conséquence sur la qualité de la loi : ces dernières comportent de plus en plus d'objectifs à atteindre, « en confiant à l'administration le soin de préciser [ces objectifs] en termes de programmes d'action et en lui laissant toute latitude en ce qui concerne les conditions de leur réalisation¹¹⁸⁷ ». Or, ces objectifs – sans doute à rapprocher des plans quinquennaux chinois en tant que méthode de réforme – ne sont pas forcément compatibles avec l'exigence de normativité intrinsèque à la loi¹¹⁸⁸. De manière plus globale, face aux

¹¹⁸⁴ Statistique de l'activité parlementaire sous la XIV^{ème} législature, session 2016-2017 (1^{er} oct. 2016-20 juin 2017), disponible sur le site de l'assemblée nationale à l'adresse suivante : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire-sous-la-xive-legislature> [dernière consultation le 1er juin 2018].

¹¹⁸⁵ Analyse d'Agnès Roblot Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 90-91 ; Cons. const. n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, cons. 11 : « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi » ; plus récemment, décision C.C., n°2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, cons. 10.

¹¹⁸⁶ Pascale Deumier, « Qu'est-ce qu'une loi ? Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTD Civ.* 2005, p. 564 et s. (au sujet de la décision C.C. n°2005-512 DC du 21 avril 2005 Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école). Cette jurisprudence constitutionnelle qui constituait un revirement de la jurisprudence Blocage des prix, a de nouveau connu un infléchissement en 2012 au sujet du contrôle de la loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

¹¹⁸⁷ Jacques Chevallier, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et Société*, 79/2011, p. 624 : une vision réaliste implique de reconnaître que l'administration « dispose [...] bel et bien, sous couvert d'application des lois, d'un authentique pouvoir normatif. [...] l'extension des responsabilités de l'État a entraîné la modification du rapport de l'administration à la loi : les lois son devenues de plus en plus des textes-cadres fixant certains objectifs à atteindre, en confiant à l'administration le soin de les préciser en termes de programmes d'action et en lui laissant toute latitude en ce qui concerne les conditions de leur réalisation ; c'est l'administration qui est chargée, à partir des principes fixés par le législateur, de donner un contenu concret au dispositif » ; du même auteur, *L'État post-moderne, op.cit.*, pp. 130-131, qui décrit le phénomène d'instrumentalisation du droit dans les mains de l'État (occidental), où la règle de droit s'inscrit désormais dans des « programmes finalisés » afin de répondre à des objectifs d'efficacité.

¹¹⁸⁸ *Idem*, p. 132. L'auteur reprend les propos du vice-président du Conseil d'État (2001) pour qui la loi, auparavant « solennelle, brève et permanente », est devenue « bavarde, précaire et banalisée ».

limites factuelles du pouvoir du Parlement, certains proposent même qu'il soit reformulé en « grand surveillant » du pouvoir¹¹⁸⁹ lorsque d'autres dénoncent sa fonction de simple « chambre d'enregistrement ». En outre, les facteurs supranationaux (comme les intégrations régionales européennes) ou les facteurs extranationaux (comme la montée en puissance des entités privées) obligent à reconnaître que l'État n'est plus le seul foyer de droit¹¹⁹⁰. Dans ces conditions, l'émergence de nouveaux pouvoirs est indéniable : qu'il s'agisse des médias¹¹⁹¹ de la finance ou des groupes de lobbies, leur influence sur la régulation étatique ne doit plus pouvoir être déniée¹¹⁹² mais, au contraire, intégrée dans les réflexions constitutionnelles modernes¹¹⁹³.

Dès lors, quel intérêt y a-t-il encore à user de la séparation des pouvoirs comme critère d'évaluation ? Pour certains, la séparation des pouvoirs est dotée d'une fonction de vulgarisation explicative¹¹⁹⁴ ; pour d'autres, elle conserve une fonction symbolique, mais sa portée pratique doit être questionnée¹¹⁹⁵. Plus généralement, cette structure tripartite permet de classer les pays selon leur appartenance au modèle libéral ou non¹¹⁹⁶ et de rejeter tout modèle qui ne corresponde pas à cette répartition :

« Tout écart par rapport à cette théorie témoigne des faiblesses, voire des dangers, d'un régime, dès lors sujet au despotisme, ou pis, à partir des années 1910, au totalitarisme. C'est effectivement une antienne qu'il ne saurait exister de "séparation

¹¹⁸⁹ Éric Thiers, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, p. 61.

¹¹⁹⁰ Jacques Chevallier, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004/1, n°39, p. 110)

¹¹⁹¹ Armel Le Divillec, préc., p. 130.

¹¹⁹² Olivier Beaud, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, p. 54 (pouvoir financier) et p. 56 (pouvoirs territoriaux). L'auteur refuse toutefois d'intégrer le pouvoir des médias (p. 59).

¹¹⁹³ Ce qui n'est pourtant pas le cas, *a priori*, du projet de réforme des institutions annoncé par le gouvernement d'Édouard Philippe qui, tout en imposant comme ligne directrice de la révision constitutionnelle le slogan « représentativité, responsabilité, efficacité », propose, entre autres, de réduire le nombre de députés de 577 à 404 et de sénateurs de 326 à 244 (art. 1^{er} du Projet de loi organique pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, dans sa version enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2018) ainsi que les possibilités de déposer un amendement (art. 3 du Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, dans sa version enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018).

¹¹⁹⁴ Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 421 n°542 : *i.e.* « faciliter la compréhension des cadres contemporains d'aménagement du pouvoir ».

¹¹⁹⁵ Armel Le Divillec, préc., p. 124 : ce serait une sorte de « formule magique, inlassablement invoquée parce que considérée comme inhérente à tout régime de liberté politique, toute démocratie constitutionnelle » ; p. 131 : ce principe a une valeur symbolique « que l'on se doit d'afficher et que l'on peut d'autant plus facilement exposer dans les textes qu'il n'entraîne aucune conséquence juridique pratique et directe ».

¹¹⁹⁶ *Idem*, p. 131 : « principe général d'articulation de pouvoirs (organes et fonctions) qui est au fondement des régimes libéraux ».

des pouvoirs" dans un régime autoritaire, *a fortiori* totalitaire, et que les marxistes l'ont rejetée avec dédain¹¹⁹⁷ ».

Faut-il en conclure que la séparation des pouvoirs n'a qu'une vocation dogmatique ? Sonia Olga Balachowsky-Petit, dans son étude sur les normes dans les pays qui n'exercent pas la séparation des pouvoirs, constate qu'en dépit de l'absence de séparation organique, la distinction entre loi et ordonnance (pourrait-on dire, acte réglementaire) existe bel et bien¹¹⁹⁸. La raison d'être de cette articulation réside, semble-t-il, dans la nature même de la loi qui la distingue de tout autre acte adopté par l'État :

« La distinction entre la loi et l'ordonnance n'est pas celle de la séparation des pouvoirs [...] c'est notamment parce qu'une différence de nature existe entre la loi et l'ordonnance, qu'il y a lieu de se demander si on ne doit pas confier à des pouvoirs distincts le soin d'élaborer ces deux actes¹¹⁹⁹ ».

En Chine, la distinction *matérielle* de la loi des autres actes normatifs revêt une signification particulière. En effet, alors que la tradition juridique française a été marquée par une conception de la loi sacralisée puis par la reconnaissance d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs étatiques, en Chine, une des justifications avancées de la différence entre une loi et un acte réglementaire réside dans les *conditions de leur adoption*. Trahissant une approche du droit très empirique, certains représentants de l'APN ont ainsi proposé l'idée voulant qu'une loi soit établie quand les conditions le permettent (quand les conditions sont « mûres ») ; à défaut d'un contexte favorable à l'édiction d'une loi, des actes réglementaires peuvent l'anticiper¹²⁰⁰. Autrement dit, c'est par le retour à une conception matérielle de la loi, qui lui redonnerait par la même occasion un certain prestige, qu'une répartition des pouvoirs devrait être reformulée et respectée en Chine.

174. Conclusion du Chapitre 1. En Chine, l'agencement des foyers normatifs a été intentionnellement présenté en opposition à la séparation des pouvoirs, elle-même conçue comme l'archétype des modèles juridiques occidentaux. Les foyers normatifs

¹¹⁹⁷ Jean Philippe Feldman, préc., p. 484.

¹¹⁹⁸ Sonia Olga Balachowsky-Petit, *op.cit.*, p. 69 : la preuve en est que « même dans les monarchies absolues, la différence de nature entre la loi et l'ordonnance est reconnue par le souverain, puisqu'il juge indispensable d'instituer pour l'élaboration de la loi une procédure unique ».

¹¹⁹⁹ *Idem*, p. 2.

¹²⁰⁰ Jin Banggui, préc., p. 962. Les représentants en question étaient chargés de la direction du travail législatif du pays.

étatiques sont structurés selon le principe marxiste du centralisme démocratique, qui implique la concentration des pouvoirs politiques et normatifs dans les mains d'une seule autorité : l'Assemblée Populaire Nationale, accompagnée de son Comité Permanent. À l'instar de la France, la légitimité de ces autorités provient des élections (système représentatif). Toutefois, leur efficacité est remise en cause du fait du caractère indirect des élections des représentants nationaux et du contrôle des candidatures par le Parti Communiste Chinois. Ce dernier ne peut d'ailleurs être exclu de l'analyse des foyers normatifs : sa consécration dans le préambule de la Constitution chinoise, son institutionnalisation dans la vie étatique et l'érection de ses décisions en objectifs des réformes juridiques dénotent une relative instrumentalisation de l'appareil d'État (bien que ce constat ne soit pas propre à la Chine). Et, quand il ne s'agit pas de dénoncer l'implication du politique dans la vie juridique, c'est la distribution des compétences normatives par le pouvoir législatif aux autres organes de l'État qui soulève des questions. En effet, en lieu et place d'une stricte séparation des pouvoirs (entendus comme compétences), le système juridique chinois prévoit leur collaboration. Des dysfonctionnements de ce mécanisme, constatés en pratique, ont impulsé la réforme de la *Loi sur la législation* en 2015 axée sur la restriction du pouvoir réglementaire d'une part, et sur la clarification de la répartition des compétences normatives locales d'autre part. Cette dynamique de décentralisation chinoise poursuit un double objectif, *a priori* contradictoire : assurer l'unité du système juridique par l'imposition d'un cadre légal relativement uniforme et garantir son adaptation aux réalités locales. Ce pragmatisme d'État est manifestement incompatible avec une séparation des pouvoirs « à la Montesquieu », référent dont la pertinence doit être discutée au regard des dynamiques normatives contemporaines du droit français qui sont subordonnées, également, à une exigence d'efficacité.

Le constat d'ensemble conduit à s'interroger sur la place et sur la valeur accordée aux normes issues de ces foyers normatifs. En effet, au-delà de la dimension organique, la séparation des pouvoirs reflète avant tout les différences de nature des actes émanant des organes d'État.

Chapitre 2. L'agencement des sources de droit dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.

175. Dans la continuité du précédent chapitre, l'étude de l'agencement des sources de droit s'entend de l'étude des sources formelles de droit, c'est-à-dire des « modes de formation des règles générales¹²⁰¹ » et sera cantonnée au cadre étatique. En France, ces sources formelles du droit désignent traditionnellement la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine¹²⁰². En Chine, nul doute que la coutume soit une source de droit officielle, reconnue et intégrée dans l'ordre juridique. Quant à la doctrine chinoise, bien qu'elle diffère sensiblement de la doctrine française, son autorité n'est plus à démontrer : non seulement le corps scientifique participe directement à la production normative mais, en plus, il bénéficie d'une influence politique¹²⁰³. Ce chapitre ne sera pourtant pas consacré à ces deux sources de droit. De la même manière, les règles issues du pouvoir réglementaire ne seront pas étudiées, en dépit de leur importance quantitative en pratique. En effet, le choix a été fait de porter l'attention sur les actes issus du législateur et des tribunaux en ce qu'ils reflètent des particularités du régime chinois inexistantes en France. La loi en Chine revêt une position particulière : bien qu'elle soit considérée officiellement comme « l'enfant » de la norme fondamentale, sa supériorité de fait conduit à s'interroger sur l'existence d'une hiérarchie des normes en Chine (Section I). Plus précisément, la célèbre structure pyramidale semble ébranlée en Chine par l'interdiction faite au juge ordinaire de créer du droit : cela signifie qu'il ne peut, en principe, appliquer que la volonté du législateur incarnée dans la loi, sans marge de manœuvre quant à son interprétation. La pratique a démontré les limites de cette distinction, très tranchée en Chine, entre application et interprétation du droit. Toutefois, au lieu de reconnaître le pouvoir d'interprétation des juges exercé en pratique, des mécanismes d'interprétation ont été consacrés et ont conduit, par voie de conséquence, à renforcer l'autorité de la Cour Populaire Suprême (Section II).

¹²⁰¹ Jean-Louis Bergel, *op.cit.*, p. 60.

¹²⁰² *Idem*, p. 58.

¹²⁰³ Émilie Frenkiel, *op.cit.*, p. 134.

Section I. La « pyramide inversée » de la hiérarchie des normes en Chine.

176. Le concept de hiérarchie des normes renvoie sans aucun doute dans l'esprit des juristes français à la théorie autrichienne apparue au début du XX^{ème} siècle. Bien que ce système pyramidal moniste, qui a façonné le modèle normatif français moderne, soit remis en cause à l'heure de la multiplication des ordres normatifs¹²⁰⁴, il peut constituer un point de départ pour une lecture accessible des sources de droit chinoises, lecture adaptée nécessairement à leurs particularités. La place de la Constitution chinoise, officiellement suprême dans l'ordre juridique interne du fait de sa légitimité politique, doit être relativisée (§ 1) offrant ainsi à la loi la position de référence fondamentale (§ 2).

§1. La suprématie symbolique de la Constitution chinoise dans l'ordre juridique interne.

177. Principe d'organisation étatique, symbole démocratique, garantie des droits fondamentaux, la Constitution, souvent analysée par la doctrine occidentale dans une optique libérale, semble revêtir une fonction autre en Chine, en dépit de sa prépondérance affirmée dans l'ordre juridique (A). Cette Constitution est non seulement « souple » du fait du choix du régime politique adopté, mais également insusceptible d'être invoquée par les justiciables, ce qui lui confère, *de facto*, une portée plus symbolique que juridique (B).

A. La légitimité politique de la Constitution chinoise.

« La République Populaire de Chine exerce le gouvernement par la loi et établit un État de droit socialiste. L'État garantit l'uniformité et la dignité du système juridique socialiste. Aucune loi, règle administrative ou locale ne peut être en conflit avec la Constitution. L'ensemble des organes étatiques, des forces armées, des

¹²⁰⁴ Le modèle pyramidal est remplacé par un modèle en réseau : François Ost, Michel *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.* ; Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, pp. 132 et s. (sur la crise de la rationalité juridique et la « prolifération anarchique de règles ») ; Pascal Puig, « Hiérarchie des normes, du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749. L'auteur constate un essoufflement de cette théorie [en tant que système], insuffisante à rendre compte des nouvelles dynamiques modernes (comme le pluralisme juridique ou l'essor d'un droit mou).

partis politiques, des organisations publiques, des institutions et des entreprises doit obéir à la Constitution et autres lois. Tout acte violant la Constitution ou d'autres lois doit faire l'objet d'une enquête. Aucune organisation ou citoyen n'a le privilège d'être supérieur à la Constitution¹²⁰⁵ ».

« 中国只有宪法，没有宪政¹²⁰⁶ ».

« *La Chine n'a qu'une Constitution, point de constitutionnalisme* ».

178. La supériorité auto-proclamée de la Constitution. En France, le statut suprême de la Constitution n'est plus remis en cause dans la hiérarchie normative interne¹²⁰⁷. Les problématiques contemporaines de droit constitutionnel français font état de l'utilisation de la Question Prioritaire de Constitutionnalité¹²⁰⁸ ou encore des difficultés d'intégration de normes produites en dehors de l'ordre interne de l'État¹²⁰⁹. Si quelques auteurs discutent parfois de la légitimité théorique du Conseil Constitutionnel¹²¹⁰, il est rare, en revanche, de questionner le cadre institutionnel en son entier¹²¹¹. En Chine, le niveau de réflexion en matière constitutionnelle est tout autre : la doctrine fait état de problèmes structurels profonds et s'interroge autant sur la nature de la Constitution que sur les moyens possibles de sa mise en œuvre. La

¹²⁰⁵ *Constitution chinoise*, art. 5. (« 中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权 »).

¹²⁰⁶ Hu Zhengchang (胡正昌), *Le texte constitutionnel et sa réalisation : recherches sur des questions de mise en œuvre de la Constitution*, (宪法文本与实现：宪法实施问题研究), Université des sciences politiques et juridique chinoises, 2009, 1^{ère} éd., p. 131.

¹²⁰⁷ CE Ass. 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher* ; Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, Bull. ass. plén. n°4 ; plus récemment, CE Ass. 8 fév. 2007, *Scté Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110 ; Pascale Deumier, « Constitution et droit communautaire dérivé ; la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2742 : « En revanche, quand la rencontre est celle de la règle constitutionnelle et de la règle communautaire, le débat sur l'articulation des normes se double d'un débat sur la rencontre des systèmes en ce qu'ils ont de plus inconciliables et non négociables ».

¹²⁰⁸ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 portant modification des articles 61-1 et 62 de la Constitution française. Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

¹²⁰⁹ V. par exemple une des dernières décisions du Conseil Constitutionnel concernant l'articulation de la Constitution française et avec le droit communautaire : C.C. décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. n°7.

¹²¹⁰ Louis Favoreu, « La légitimité du Conseil Constitutionnel », *RIDC*, 1994-2, pp. 557-581 ; le problème de la légitimité du Conseil Constitutionnel est politique (les membres ne sont pas élus) plus que technique (aujourd'hui la quasi totalité des membres du Conseil a reçu une formation juridique) ; Alain Lancelot, « La légitimité du juge constitutionnel », Acte du colloque de Toulouse, 29 et 30 octobre 2003, *Presse Universitaire des Sciences Sociales de Toulouse I*, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel ; cette légitimité aurait été « testée » récemment en matière fiscale : « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », Interview de M. Collet, *Libération*, 21 mars 2013, consultable en ligne.

¹²¹¹ Mauro Cappelletti, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981-2, pp. 625-657, qui défend, ardemment, l'attribution de la justice constitutionnelle aux juridictions (nationales ou européennes, p. 647 et s.).

Constitution chinoise est-elle du droit¹²¹² ? La nature axiomatique de cette question peut surprendre plus d'un juriste français ; en Chine, cette nature reste, pour certains, à démontrer.

Depuis le 1^{er} octobre 1949, la Chine a connu quatre Constitutions différentes¹²¹³. La Constitution actuelle, adoptée le 4 décembre 1982, est celle qui aura duré le plus longtemps jusqu'à présent dans l'histoire de la RPC¹²¹⁴. Dotée d'un préambule inscrivant l'héritage idéologique de la Chine tout en affirmant les objectifs pour l'avenir, la Constitution chinoise contient 138 articles divisés en quatre chapitres, le deuxième étant réservé aux droits et devoirs des citoyens¹²¹⁵. Le traumatisme de la Révolution culturelle (1966-1976) avait poussé les membres chargés d'élaborer la nouvelle Constitution à affirmer « le respect strict de la dignité de la Constitution » ; les explications accompagnant l'amendement de 1982 affirmaient ainsi que « *les citoyens chinois et le Parti Communiste Chinois savent tous déjà que l'autorité de la Constitution est liée au destin du pays et à la stabilité des affaires politiques. On ne peut tolérer aucune atteinte au fondement constitutionnel*¹²¹⁶ ». En 2012, l'actuel secrétaire général Xi Jinping a réaffirmé la nécessité de respecter la Constitution¹²¹⁷, ce qui s'est traduit, symboliquement, par l'instauration en 2013 d'une journée nationale de la Constitution (宪法日) le 4

¹²¹² Zhao Juan (赵娟), « La Constitution est-elle du droit ? » (« 宪法是法律吗? »), *Sciences sociales de Nanjing*, n°7, 2014, pp. 77-83.

¹²¹³ Respectivement en 1954, 1975, 1978 et 1982. Le dernier amendement constitutionnel date de 2004. V. Chen Jianfu, « La dernière révision de la Constitution chinoise. Grand bond en avant ou simple geste symbolique ? », *Perspectives chinoises*, [en ligne], 82, mars-avril 2004, mis en ligne le 09 oct. 2006.

¹²¹⁴ Samson Yuen, « Le débat sur le constitutionnalisme en Chine : le rêve d'un tournant libéral ? », *Perspectives chinoises*, 2013/4, p. 74 pour un récapitulatif de l'histoire constitutionnelle moderne en Chine.

¹²¹⁵ *Constitution chinoise*, art. 33 à 56.

¹²¹⁶ Zhao Juan, « La Constitution est-elle du droit ? », préc., p. 80 ; Peng Zhen (彭真, 1902-1997), « Rapport sur le projet de modification constitutionnelle de la RPC » (关于中华人民共和国宪法修改草案的报告), *Quotidien du Peuple*, 6 fév. 1982.

¹²¹⁷ Discours de Xi Jinping prononcé le 14 décembre 2012 pour le 30^{ème} anniversaire de la Constitution dans lequel il réaffirme l'importance du dernier alinéa de l'article 5 de la Constitution (V. Samson Yuen, préc., p. 73 n°1) et que « *garantir l'autorité de la Constitution, c'est garantir l'autorité du Parti communiste et de la volonté commune des citoyens (人民共同意志). Défendre la dignité de la Constitution, c'est défendre la dignité du Parti communiste et de la volonté commune des citoyens. Protéger la mise en œuvre de la Constitution, c'est protéger la mise en œuvre des intérêts fondamentaux des citoyens* », « *mettre en œuvre de manière complète la Constitution, c'est le travail de base et le devoir de première importance [dans] la construction de l'État de droit socialiste* », Shangguan Piliang, (上官丕亮), « Les bases culturelles de l'application de la Constitution », (« 论宪法实施的文化基础 »), *Journal de l'Institut Technologique de Harbin (édition sciences sociales)*, vol 16, n°4, juil. 2014, pp. 66-71.

décembre¹²¹⁸. Que signifie cet appel au respect de la norme fondamentale du pays ? L'article 5 de la Constitution chinoise de 1982 affirme pourtant sa supériorité par rapport aux autres règles étatiques et son préambule indique qu'elle est la « *loi fondamentale de l'État* » (国家的根本法). Considérée ainsi comme le « *résultat de la lutte de la nation*¹²¹⁹ », la Constitution chinoise serait alors l'« *assise formelle du droit*¹²²⁰ ». Sa juridicité a de plus été renforcée par l'intégration, en 1999, de la référence à « l'État de droit » (ou au « gouvernement par la loi¹²²¹ ») qui implique de gouverner selon la Constitution¹²²².

La Constitution chinoise affirme donc dans son propre texte sa supériorité dans l'ordre juridique, contrairement à la Constitution française qui reste silencieuse sur ce sujet. Bien entendu, ce silence de la part de la Constitution française ne remet pas en cause sa supériorité dans l'ordre normatif interne. En outre, en France, l'articulation nécessaire de la norme fondamentale avec d'autres ordres normatifs, de type supra-étatique par exemple, peut rendre délicate l'insertion, dans la Constitution, d'une clause affirmant sa prédominance¹²²³. On constatera également qu'en Chine, si la Constitution de 1982 affirme sa supériorité dans l'ordre étatique, aucune disposition constitutionnelle ne traite de l'intégration des règles internationales dans l'ordre interne¹²²⁴.

¹²¹⁸ CPAPN, « Décision concernant l'instauration d'un jour national de la Constitution », adoptée le 1^{er} novembre 2014 (全国人民代表大会常务委员会关于设立国家宪法日的决定 (2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过) ; V. les réactions mitigées de la part des occidentaux : « For China, Constitution Day Comes without Constitutionalism », *The Diplomat*, 4/12/2014, ; « On First Annual Constitution Day, China's Most Censored Word Was « Constitution » », *Foreign Policy*, 5/12/2014.

¹²¹⁹ Zhao Juan, « La Constitution est-elle du droit ? », préc., p. 80. « 各族人民奋斗的成果 ».

¹²²⁰ *Ibid.* « 法律的形成基础 ».

¹²²¹ 依法治国.

¹²²² « Projet d'amendement constitutionnel du 15 mars 1999 délibéré au cours de la 2^{ème} session de la 9^{ème} Assemblée Populaire Nationale ». (1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过中华人民共和国宪法修正案). L'article 13 ajoute l'actuel article 5 de la *Constitution chinoise*.

¹²²³ Constitution française, art. 54 : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

¹²²⁴ Ni aucune disposition de la *loi sur la législation* qui pourtant a vocation à établir la hiérarchie des normes en Chine. Seul l'aspect procédural en matière de conclusion des accords internationaux est règlementé en Chine par la *Loi sur la procédure de conclusion des traités* entrée en vigueur le 28 décembre 1990. Sur la relation entre le droit international et le droit interne en Chine, Xue Hanqin, Jin Qian, « International Treaties in the Chinese Domestic Legal System », *Chinese Journal of International Law*, 8, 2009, p. 301 : la compétence de l'organe étatique en matière de conclusion d'un traité est déterminée par l'objet de ce dernier ; p. 303 : en général, en cas de conflit entre une règle interne et une disposition d'un traité auquel la Chine a adhéré, cette dernière prévaut, à moins que

179. La suprématie de la Constitution chinoise insuffisamment garantie. Il ne suffit pas d'affirmer la suprématie d'une norme pour qu'elle en acquière le statut. Selon son texte, la primauté de la Constitution dans l'ordre juridique est assurée par le Comité Permanent de l'APN qui détient la compétence exclusive en matière de contrôle de constitutionnalité¹²²⁵. Or, cette procédure n'a jamais été mise en œuvre depuis 1982 ; le seul « usage » officiellement recensé fut pour menacer le Conseil des Affaires d'État d'annuler une mesure dont l'inconstitutionnalité avait été révélée par les médias¹²²⁶. Le manque de temps, résultat d'un trop grand nombre de fonctions attribuées au Comité Permanent, serait une des justifications avancées de l'absence effective de contrôle de constitutionnalité¹²²⁷. En principe, la cohérence du système juridique chinois est assurée plus par des mécanismes d'approbation *a priori*, au cours de la période d'élaboration législative¹²²⁸, que par des contrôles *a posteriori* des normes en vigueur. Mais est-ce suffisant à assurer la suprématie de la Constitution dans l'ordonnement juridique ? Le doyen Favoreu a pu constater qu'en France, depuis la fin des années 1940 (correspondant à la fin de la IV^{ème} République) jusqu'au début des années 1990, l'objet de la Constitution française a triplé : originellement institutionnel, il s'agrandit pour toucher à la fois le domaine des sources de droit et celui des libertés fondamentales¹²²⁹. Or, si l'organisation étatique de la Chine est effectivement prévue par la Constitution chinoise, les deux autres domaines dégagés par le constitutionnaliste français sont plus problématiques. La Constitution chinoise peut-elle, par sa simple lettre, imposer la subordination des autres règles de droit du système juridique chinois ? Et, à défaut de garantir une hiérarchie stricte des normes, peut-elle être revendiquée comme garantie des libertés

l'État chinois se soit réservé, à cet égard, la possibilité de refuser. *Loi de procédure civile chinoise* (民事诉讼法), art. 238. *Comp.* Constitution française, art. 55, qui affirme la supériorité des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés aux lois nationales.

¹²²⁵ *Constitution chinoise*, art. 67 (7), (8). Il peut également interpréter la Constitution (art. 67 (1)), voire la modifier (art. 64) : « *les modifications de la Constitution doivent être faites à l'initiative soit du Comité Permanent de l'APN soit d'au moins un cinquième des députés. Les modifications doivent être adoptées par un nombre supérieur au deux tiers des représentants* ».

¹²²⁶ Samson Yuen, préc., p. 74.

¹²²⁷ Xue Tiande (薛天德), « Recherches sur plusieurs questions propres au système de contentieux constitutionnel chinois », (« 我国宪法诉讼制度若干问题研究 »), *Droit et Administration*, 2014-6, p. 91.

¹²²⁸ *Supra* n°150-152.

¹²²⁹ Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », [1990], *In La Constitution et son juge*, Économica, 2014, pp. 13-17

qu'elle institue¹²³⁰ ?

En France, la réponse apportée à la garantie de l'effectivité de la Constitution a été l'instauration du Conseil constitutionnel – bien que son rôle n'ait pas suscité l'unanimité au moment de sa création¹²³¹. Le doyen Favoreu a rappelé qu'avant 1958 dominait en France la doctrine du constitutionnalisme classique, étrangère au modèle européen de justice constitutionnelle inspiré de Kelsen et réticente au fameux « gouvernement des juges » supposé exister outre-Atlantique¹²³². Le faux débat de l'époque portait sur la crainte d'un « pouvoir politique diminué par le droit » en raison notamment de l'instauration d'un Conseil Constitutionnel, méprisé à l'origine¹²³³. Ce n'est que par la suite, avec l'ouverture de la saisine dudit Conseil aux groupes parlementaires, que cette instance fut considérée comme modératrice, voire même pacificatrice¹²³⁴. En Chine, du fait du parti unique et du principe de collaboration, le doute est permis quant à l'opportunité d'appeler à la création d'un tel Conseil, dont le pouvoir politique est décisif, pour contrôler une majorité dont la direction est de toute façon consacrée dans la Constitution¹²³⁵. La seule revendication d'une instance chargée de contrôler la conformité des lois à la Constitution est inutile puisque cette fonction revient déjà au Comité permanent. De manière plus générale, la Constitution de 1982 en affirmant, d'une part, la prédominance absolue de l'Assemblée Populaire Nationale et, d'autre part, le rôle directeur du parti communiste dans son préambule, pose les fondements institutionnels du cadre politique chinois qui, par essence, ne peuvent souffrir d'un quelconque contre-pouvoir sans altérer la portée idéologique de la norme suprême. Certains auteurs ont discuté de la possibilité de créer une « Académie Constitutionnelle », sorte d'institution confucéenne qui serait chargée d'exécuter la Constitution¹²³⁶. Ce projet quelque peu idéaliste impliquerait, semble-t-

¹²³⁰ *Constitution chinoise*, art. 33, al. 4 : « Tout citoyen chinois possède les droits conférés par la Constitution et par les lois. Il doit également exercer les devoirs imposés par la Constitution et par les lois ».

¹²³¹ Le Conseil constitutionnel était prévu avec la Constitution française adoptée par référendum le 28 septembre 1958. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu (*op.cit.*, p. 117) désignent ce moment de « rupture » avec la tradition française qui était défavorable au contrôle de constitutionnalité.

¹²³² Louis Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit » [1991], *In La Constitution et son juge, op.cit.*, pp. 8-11.

¹²³³ Louis Favoreu, « Le conseil constitutionnel, mythes et réalités » [1987], *In La Constitution et son juge, op.cit.*, pp. 133-145.

¹²³⁴ *Idem*, p. 133.

¹²³⁵ Ou alors il faut dans ce cas accepter l'idée d'une véritable opposition, un véritable pluralisme politique ce qui n'est pas à l'ordre du jour du PCC.

¹²³⁶ Ngoc Son Bui, « Beyond Judicial Review : the Proposal of the Constitutional Academy », *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 2, n°1, pp. 43-77 ; Robert J. Morris, « China's *Marbury* : Qi Yuling v. Chen Xiaoqi - The Once and Future Trial of Both Education and

il, une remise à plat de toute l'organisation institutionnelle chinoise, à commencer par le système de Congrès Populaire. En effet, en l'état actuel, l'APN et son Comité Permanent incarnent à eux seuls la souveraineté du peuple, ce qui implique un pouvoir de supervision à sens unique (de l'Assemblée Populaire Nationale et son Comité Permanent aux autres organes étatiques). Lors d'un contentieux constitutionnel, la décision établissant la constitutionnalité ou non d'un acte juridique s'apparente à un véritable pouvoir créateur de droit. Or, une telle décision ne peut être établie, selon le paradigme institutionnel chinois actuel, que sur la base d'une interprétation de la Constitution, qui est une compétence exclusive du Comité Permanent de l'APN¹²³⁷.

Pourtant, la Constitution chinoise ne se contente pas d'établir les fondements institutionnels : en affirmant l'existence et le contenu des droits et devoirs des citoyens¹²³⁸, elle pose également la question de leur mise en œuvre et de leur protection. À ce stade, le rejet de tout organe extérieur et indépendant du législateur et du gouvernement – c'est-à-dire le rejet d'une institution constitutionnelle inspirée du modèle européen – incite à se pencher sur la possibilité d'un contrôle constitutionnel par les organes judiciaires, qui restent subordonnés à l'APN¹²³⁹. La question de

Constitutionalization », *Tsinghua Law Review*, 2012, vol. 2, pp. 273-316 ; Albert Chen, « Is confucianism compatible with liberal constitutional democracy ? », *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 34, 2007, pp. 195-216. Cette Académie Constitutionnelle serait un modèle mixte d'application constitutionnelle, intégrant les modèles occidentaux de justice constitutionnelle dans un cadre confucianiste. Inspiré du modèle allemand, les auteurs prévoient un double contrôle des actes juridiques, de nullité et d'incompatibilité. Ce système aurait par ailleurs une fonction éducatrice sur les dirigeants en leur offrant des formations basées sur la vertu. V. aussi Michael C. Davis, « Constitutionalism and Political Culture : the Debate over Human Rights and Asian Values », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 11, 1998, pp. 109-147.

¹²³⁷ Xue Tiande, préc., p. 91 : cette argumentation a servi, originairement, à rejeter l'hypothèse de confier le contrôle de constitutionnalité à la Cour Populaire Suprême.

¹²³⁸ *Constitution chinoise*, art. 33-56. Ces droits et devoirs sont aussi remis en cause par certains auteurs : pour Zheng Aiying, la Constitution ne contient pas de disposition favorable aux droits des citoyens chinois (citée par Hélène Piquet, « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », *Conférence au Conseil constitutionnel*, 27 mai 2014, disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2014/le-debat-chinois-sur-le-constitutionnalisme-constats-et-perspectives.141695.html> [dernière consultation le 10 janvier 2018] ; la Constitution chinoise reposerait sur l'idée que « les droits et libertés qui y sont énoncés sont conférés par le gouvernement », témoignant d'une influence marxiste : « la liberté est une conquête liée aux transformations de la société ». Mme Piquet en conclut que « la Constitution chinoise met ainsi l'accent sur les responsabilités du citoyen vis-à-vis de l'État plutôt que sur les responsabilités de ce dernier envers les citoyens ». Pour l'auteur Zhang Qianfan (également cité par Hélène Piquet), la Constitution chinoise ne contiendrait aucune disposition « pouvant servir de fondement juridique à d'importants changements sociaux ». La nature des problématiques de ces auteurs est plus essentialiste que véritablement juridique : peut-on parler de constitutionnalisme dans un régime autoritaire ? Y a-t-il compatibilité ou non entre socialisme et constitutionnalisme ?

¹²³⁹ *Constitution chinoise*, art. 62 (7, 8) et 67 (11, 12).

« rendre vivante¹²⁴⁰ » la Constitution chinoise est en effet actuellement au cœur des débats en Chine et à l'étranger¹²⁴¹. Certains justifient culturellement son absence de mise en œuvre : le remède résiderait dans l'éducation des citoyens chinois afin qu'ils acquièrent une « conscience constitutionnelle¹²⁴² » et qu'ils sollicitent son application. D'autres s'appuient sur la différence structurelle entre la Constitution chinoise et la Constitution d'un pays de *common law* : la Constitution américaine est ainsi considérée comme source et développement du droit, alors que la Constitution chinoise n'est que la « référence » du droit¹²⁴³. D'autres encore proposent tout simplement que le droit civil se substitue à la Constitution pour accéder au statut de norme suprême¹²⁴⁴ ! Les différents objets de ces analyses témoignent d'une profonde ambiguïté entourant la Constitution, qu'il en soit de sa nature (est-elle un document politique ou une règle de droit ?), de sa position dans l'ordre juridique (en quoi est-elle supérieure aux autres normes juridiques ?) ou encore de son effectivité (en tant que simple référence, la Constitution chinoise n'est, en théorie, pas utilisable par le juge). L'absence de mécanisme de contrôle (judiciaire) de la Constitution reste la cause principale du manque d'effectivité de la norme suprême et conduit certains auteurs à affirmer que si la Chine « est bien dotée d'une Constitution, elle n'exerce

¹²⁴⁰ Shangguan Piliang, préc., pp. 69-70. Le concept de « 宪法生命素 » (litt. « qualité de vie de la Constitution ») a été initié en Chine par Yang Zhaolong (1904-1979) pour qui il importait plus de savoir appliquer des principes abstraits que d'être attaché à la perfection de la lettre, en prenant comme exemple l'Angleterre.

¹²⁴¹ Comme en témoignent le nombre impressionnant de colloques organisés sur le thème de la Constitution chinoise : Colloque international tenu en France organisé par Stéphanie Balme et Pasquale Pasquino les 12 et 13 décembre 2005 sur « L'évolution du constitutionnalisme et du pouvoir judiciaire dans la Chine d'aujourd'hui » ; Colloque tenu le 18 février 2013 « Dialogue Franco-Chinois sur l'État de droit 2013 : sécurité juridique et constitutionnalisme », organisé par Stéphanie Balme ; Colloque tenu le 27 mai 2014, « Le constitutionnalisme en Chine » organisé au Conseil constitutionnel ; Colloque tenu les 2 et 3 octobre 2014 « La constitutionnalisation du droit en Chine et en France », avec not. la participation de Zheng Aiqing et Han Dayuan ; le Conseil Constitutionnel français s'est lui-même penché sur cette question de droit comparé en publiant sur son site officiel un compte rendu de la situation actuelle : Hélène Piquet, « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », préc. [en ligne] ; V. également du même auteur, « Le "rêve chinois" en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », préc., pp. 389-411 ; Wang Wei, *Le contrôle de constitutionnalité en Chine au regard de l'expérience française*, thèse soutenue à Aix-en-Provence le 7 février 2013 ; article du même auteur « La mise en œuvre d'un contrôle efficace de constitutionnalité en Chine », *RFDC*, n°98, vol. 2, 2014, pp. 413-444.

¹²⁴² Shangguan Piliang, préc., pp. 70-71 : Argument quelque peu tautologique puisque pour cet auteur il faut, d'un côté, créer une culture constitutionnelle en misant sur l'éducation : « avec un soutien de la culture constitutionnelle, non seulement la Constitution pourra être pleinement exécutée (litt. "réalisée"), mais en plus, les imperfections du texte pourront être comblés par des interprétations supplétives » (p. 70) et d'un autre côté, il conclut par le fait qu'« à un certain niveau, la réalisation de la Constitution est la meilleure voie d'éducation de la culture constitutionnelle » (p. 71).

¹²⁴³ Zhao Juan, « La Constitution est-elle du droit ? », préc., p. 77.

¹²⁴⁴ Zhang Yongli (张永丽) « Les relations entre le droit civil et la Constitution, « droit mère » et droit référentiel » (« 从根本法，母法谈宪法与民法的关系 »), *Journal de recherche de l'université des sciences politiques et économiques de Zhongnan*, avril 2008, pp. 113-118.

pas le constitutionnalisme¹²⁴⁵ ». Pour y remédier, beaucoup de chercheurs chinois s'imprègnent des idées occidentales en matière de constitutionnalisme¹²⁴⁶. L'idée d'une judiciarisation de la Constitution (宪法司法化) défendue par les théoriciens libéraux¹²⁴⁷ est de plus en plus avancée.

B. L'absence d'invocabilité de la Constitution chinoise.

180. L'amorce d'un contrôle judiciaire du respect de la Constitution. En Occident¹²⁴⁸, le rôle de veiller à l'application de la Constitution a été confié au pouvoir judiciaire, incarné par une cour indépendante (modèle européen) ou par des juridictions ordinaires (modèle américain). Il serait impensable, pour la majorité des auteurs occidentaux, de concevoir une justice constitutionnelle, associée à l'idée d'État de droit, sans instance judiciaire chargée de la faire respecter¹²⁴⁹. La Chine se trouve à la croisée des chemins : pressé par les sinologues étrangers d'aménager ses institutions pour convenir aux standards occidentaux¹²⁵⁰, le Parti communiste n'entend pas céder aux aspirations de gouvernement constitutionnel, comme en

¹²⁴⁵ Zhang Qianfan (张千帆), « Limite et voie du constitutionnalisme chinois » (« 中国宪政的路径与局限 »), *Science du droit*, 2011-1, p. 70.

¹²⁴⁶ Le mot « constitutionnalisme », en chinois 宪政 (*xianzheng*), est loin d'être neutre en Chine : certains avancent l'idée d'un « complot de la part des États-Unis » qui chercheraient à imposer cette doctrine en terre du milieu alors que les valeurs qu'elle incarne sont incompatibles avec le modèle actuel. V. Samson Yuen, préc., p. 76.

¹²⁴⁷ Nous ne reprendrons pas l'historique intellectuel en Chine ayant abouti à la montée en puissance de juristes qualifiés de libéraux, par opposition aux conservateurs, et les péripéties qu'a connu ce mouvement doctrinal en raison du contrôle et de la censure de l'État chinois. Sur ce point, Samson Yuen, préc., pp. 77-78.

¹²⁴⁸ Même l'Angleterre s'est dotée récemment d'une Cour Suprême : le *Constitutional Reform Act* adopté en 2005 a créé cette cour, effective depuis 2009. Ses fonctions sont cependant limitées puisqu'elle ne peut annuler une loi contraire aux régimes de droits fondamentaux existants en Angleterre et reste subordonnée au Parlement. V. Olivier Deparis, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°32, (dossier : Royaume-Uni), juillet 2011.

¹²⁴⁹ Voir not. les propos de Mireille Delmas Marty, « La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will, *op.cit.*, pp. 551-576, pour qui l'État de droit occidental repose sur deux piliers que sont le principe de légalité (pp. 554- 557, synonyme d'élaboration démocratique et exigeant une loi de qualité) et la garantie judiciaire (pp. 557-560, centrée ici sur les professions judiciaires et les droits de la défense en matière pénale).

¹²⁵⁰ « Seul un gouvernement constitutionnel, qui divise et limite le pouvoir, permettra à chacun de vivre librement en fonction de ses convictions personnelles et aux citoyens de critiquer publiquement le pouvoir [...] réaliser des rêves implique naturellement d'assimiler les expériences étrangères comme la démocratie grecque et le constitutionnalisme anglo-américain, de même que le développement des sciences et technologies modernes, et celui de la civilisation. À cette fin il s'agit de devenir le meilleur élève dans l'étude de la civilisation occidentale ». Hélène Piquet, « Le "rêve chinois" en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », préc., p. 396.

témoigne les conséquences de l'affaire Qi Yuling (齐玉苓)¹²⁵¹. En l'espèce, la demanderesse, Mme Qi, a saisi les tribunaux de la province du Shandong en raison de l'usurpation de son identité par la partie défenderesse pour être admise à l'Université. La demande faisait état de deux violations : la violation du droit au nom, protégé par les *Principes Généraux de Droit Civil* de 1986 et la violation du droit à l'éducation, garanti dans la Constitution mais non reconnu comme tel par les lois en vigueur. Bien que le tribunal ait fait droit à sa demande en première instance, la demanderesse a fait appel de cette décision devant la Cour supérieure du Shandong, estimant le jugement erroné en ce qu'il ne reconnaissait pas l'ensemble des dommages causés par la violation de son droit à l'éducation¹²⁵². En parallèle, l'école d'enseignement supérieur fait état, en sa qualité d'appelée en cause, d'une atteinte à sa réputation due aux manœuvres frauduleuses de la défenderesse. Cela a suffi pour que la Cour Supérieure du Shandong juge nécessaire de faire remonter l'affaire devant la Cour Populaire Suprême¹²⁵³ dont la réponse, historique¹²⁵⁴, contenait une référence directe à l'article 42 de la Constitution chinoise qui consacre le droit à l'éducation.

De l'engouement suscité par cette jurisprudence novatrice¹²⁵⁵ – même si en

¹²⁵¹ Réponse de la Cour Populaire Suprême, 24 juillet 2001, *Qi Yuling v. Chen et al.* ; la Décision de la Cour Populaire Suprême concernant l'abolition des interprétations judiciaires publiées avant 2007, Interprétation [2008] n°15, (最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释 (第七批) 的决定, 法释 (2008) 15 号), entrée en vigueur le 24 décembre 2008, est venue annuler la Réponse de 2001. Pour un exposé détaillé de l'affaire, Robert J. Morris, préc., pp. 273-316 ; cette réponse a été produite par une des juges de la CPS à l'époque, Huang Songyou, qui depuis, a été condamnée à un emprisonnement à perpétuité pour faits de corruption et à la déchéance à vie de ses droits politiques : article du *Quotidien du Peuple*, « Chinese Supreme Court judge gets life term », 20/01/2010 disponible en ligne ; V. aussi sur la Décision d'annulation de la Réponse de 2001, Thomas E. Kellogg, « Constitutionalism with Chinese Characteristics ? : Constitutional Development and Civil Litigation in China », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 2, 1^{er} avril 2009, pp. 215-246 ; pour une vue d'ensemble de la situation constitutionnelle en Chine appuyée par les trois principales affaires, y compris l'affaire Qi Yuling : Cheng Xueyang, « Institutional Developments, Academic Debates and Legal Practices on the Constitutional Review in China : 2000-2013 », *Frontiers of Law in China*, vol. 9, n°4, déc. 2014, pp. 636-656.

¹²⁵² Robert J. Morris, préc., p. 282.

¹²⁵³ *Loi organique sur les tribunaux populaires*, art. 32.

¹²⁵⁴ Zhang Qianfan, préc., pp. 72-73. Cette affaire est considérée par certains comme le premier cas historique d'application constitutionnelle par les tribunaux judiciaires en Chine. Son « avortement forcé » serait la *manifestation* de l'absence de régime constitutionnel et non sa *cause*.

¹²⁵⁵ Zhang Qianfan cité par Hélène Piquet, « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », préc. [en ligne]; Cai Dingjian, « The development of constitutionalism in the transition of Chinese society », *Columbia journal of Asian Law*, n°1, vol 19, 2005, p. 13 : cette affaire aurait enfin donné vie à la Constitution. Pour le juge Huang Songyou, auteur de la Réponse de 2001, « *ce que l'on appelle judiciarisation de la Constitution désigne simplement l'entrée de la Constitution dans la procédure judiciaire, comme les autres règles de droit [...] elle est appliquée comme référence dans le texte du jugement* », cité par Qiu Chuanying, (丘川颖), « Le choix de la voie et la déduction du domaine de mise en œuvre de la Constitution » (« 宪法实施的范畴演绎及路径选择 »), *Journal de l'Institut de juridique et administratif de la province du Shanxi*, vol 27, n°2, juin 2014, p. 2 ; V.

réalité, la Constitution avait déjà été citée dans des décisions judiciaires auparavant¹²⁵⁶ – est né un flot d’analyses prédisant l’instauration d’une justice constitutionnelle en Chine. Par un effet domino, d’autres affaires judiciaires similaires se sont succédées¹²⁵⁷. Les prévisions de la doctrine en cette matière révèlent une certaine impatience chez les auteurs constitutionnalistes et témoignent de leurs prouesses intellectuelles pour faciliter l’instauration d’une justice constitutionnelle, qui ne semble pas avoir évolué depuis l’affaire Qi. « *Est-ce que la réalisation des droits civils repose sur une réforme politique radicale, ou est-il possible de réaliser graduellement ces droits à travers les efforts des citoyens via la Constitution et la structure juridique actuelles ?*¹²⁵⁸ ». Les chercheurs défendant la seconde option ont élaboré la théorie du constitutionnalisme populaire¹²⁵⁹ : ce mouvement prendrait racine dans les tribunaux populaires ruraux du plus bas échelon, réputés plus enclins à protéger les droits des citoyens. La prise de conscience par ces derniers de leurs droits et des procédures protectrices de leurs intérêts en est aussi le point de départ¹²⁶⁰. Le constitutionnaliste Zhang Qianfan rejoint cette idée en défendant une véritable acculturation constitutionnelle par la population, dont le sentiment populaire

également l’excellente analyse sur la possibilité d’utiliser la norme constitutionnelle dans une décision de justice chinoise : Zhang Hong (张红) « L’application de la Constitution dans les jugements civils – réflexion à partir de la jurisprudence, du sens du droit et de la situation de la politique juridique » (« 民事裁判中的宪法适用 – 从裁判法理, 法释义学和发政策角度考证 »), *Recherches de droit comparé*, 2009-4, pp. 35-51.

¹²⁵⁶ Zhang Hong, préc., pp. 44-45 : L’auteur note que de 1987 à 2002, les tribunaux ont cité la Constitution chinoise dans 33 affaires.

¹²⁵⁷ Cai Dingjian, préc., p. 14 : en août 2001, trois bacheliers ont intenté un recours contre le Ministre de l’éducation sur la base d’une violation de leur droit à l’éducation en raison des critères de recrutement des Universités (pour l’auteur, ce cas était plus une tentative de la part des juristes pour forcer à un contrôle de constitutionnalité que de faire appliquer la Constitution par les tribunaux) ; en 2003, Cai Dingjian rapporte aussi « le cas des porteurs de l’hépatite B » où 1161 citoyens ont signé une pétition exigeant le contrôle constitutionnel d’une réglementation discriminatoire à l’égard des individus porteurs de la maladie.

¹²⁵⁸ *Idem*, p. 25. L’auteur est très optimiste quant à l’avenir de la justice constitutionnelle en Chine.

¹²⁵⁹ V. Les travaux de Stéphanie Balme sur les tribunaux populaires de base dans la province du Shanxi, citée par Hélène Piquet, « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », préc. [en ligne].

¹²⁶⁰ *Ibid.* Le constitutionnalisme populaire peut être défini comme : « une forme de constitutionnalisme qui se trouve moins dans les documents et textes formels que dans un sens individuel de la justice » (traduction de Stéphanie Balme reprise par Hélène Piquet) : « Dans le contexte décrit par Balme, les juges rendent leurs décisions en fonction de valeurs constitutionnelles en invoquant l’esprit de la loi, ici, la Constitution (Balme 2009 :189). Les juges raisonnent ainsi : ils invoquent le standard de ce que ferait une personne honnête appelée à trancher l’affaire qui leur est soumise. Ce standard est assimilé à l’esprit de la loi. Les juges rendent une décision de justice en tenant compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les parties (Balme, 2009 : 196). La vision qu’ils ont de leur rôle et des exigences de la professionnalisation attendue d’eux repose sur une empathie avec les parties les plus faibles et une sensibilité par rapport aux abus de droit dont elles sont victimes (Balme, 2009 : 195). Les juges se livrent alors à une forme d’activisme judiciaire, lequel illustre l’émergence, en milieu rural, de la conscience des droits énoncés dans la Constitution (Balme, 2009 : 180) ».

d'injustice nait, malheureusement, de tragédies¹²⁶¹. Le rôle des médias est aussi prépondérant dans la reconnaissance effective des droits protégés constitutionnellement. En révélant les injustices sociales du pays, ils exercent une pression sur le gouvernement comme en témoigne une des dernières affaires d'immolation datant de 2009 et qui, rendue publique à l'échelle nationale, a incité le gouvernement central à revoir sa réglementation en matière d'expropriation¹²⁶². À l'inverse, certains estiment qu'il serait bénéfique de moins médiatiser les décisions se référant à la Constitution pour éviter toute interférence de la part des autorités dans le fonctionnement de la justice¹²⁶³. Enfin, le système de pétition, mis en œuvre à la suite de l'affaire Sun Zhigang et de la série des « porteurs de l'hépatite B¹²⁶⁴ » est un autre moyen de revendication populaire.

181. La tentative avortée de mise en place d'une justice constitutionnelle.

En 2008, la Cour Populaire Suprême a rendu une décision annulant les effets de la Réponse donnée en 2001 par cette même juridiction dans l'affaire Qi Yuling, aux motifs, déconcertants de simplicité, que la Réponse « *n'était plus d'application*¹²⁶⁵ ». Cette décision témoigne-t-elle de la mort anticipée d'un phénomène à peine émergé en Chine ? C'est bien ce que semble croire l'auteur Zhang Qianfan, pour qui cette chute prématurée s'expliquerait par la réforme judiciaire engagée depuis 1999 en

¹²⁶¹ Zhang Qianfan, préc., pp. 74-77 : « L'intérêt du cas Sun Zhigang et du constitutionnalisme populaire ». Cet auteur établit un modèle dit « Sun Zhigang » (venant du nom de l'étudiant décédé en cours de détention en 2003 à Canton) qu'il reprend avec le cas d'immolation en août 2009. Il recense trois étapes : la tragédie reportée dans les médias, leur rassemblement à la contestation sociale et la transmission du mécontentement social aux autorités centrales » (p. 74) : « *On peut dire sans exagération que les fondements de la cause protectionniste des droits en Chine (中国维权事业) se sont développés après 2003 sous le modèle Sun Zhigang et, tant que l'organisation des droits fondamentaux et le système d'exercice politique dans la société chinoise n'évolueront pas, alors la "protection des droits à la chinoise" ne sortira pas du modèle en question* ». À l'inverse, Chen Jianfu reste très pessimiste sur l'avenir d'un mouvement constitutionnaliste en Chine qui plus est provenant des masses. (Chen Jianfu cité par Hélène Piquet, « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », préc. [en ligne]).

¹²⁶² Zhang Qianfan, préc., p. 74.

¹²⁶³ Ernest Caldwell, « Horizontal Rights and Chinese Constitutionalism : Judicialization through Labor Disputes », 88 *Chi.-Kent. L. Rev.* 63, 2012, p. 78.

¹²⁶⁴ Cai Dingjian, préc., p. 14. Ainsi, des dizaines de milliers de porteurs de l'hépatite B ont demandé au CAE de contrôler la constitutionnalité des « statuts provisoires des fonctionnaires » concernant l'examen médical. Le gouvernement a finalement décidé d'abolir cette mesure, une première dans l'histoire juridique de la Chine. Le but à l'origine était d'activer le mécanisme de contrôle constitutionnel ; cet objectif initial est donc inachevé puisque c'est le Gouvernement et non le Comité Permanent, qui a annulé la mesure en question. Dans d'autres affaires, ce sont des femmes qui ont demandé un contrôle de constitutionnalité portant sur le statut imposant l'âge de la retraite dans la fonction publique basé sur des « disparités de genres » ; des milliers de citoyens ont appelé le Comité Permanent à se pencher sur la constitutionnalité d'une mesure administrative adoptée par le Conseil des Affaires d'État concernant les destructions de bâtiment.

¹²⁶⁵ Interprétation [2008] n°15, « 已停止适用 ».

Chine : le souci de professionnalisation des juges a prédominé mais, « *s'ils sont passés du port de l'uniforme et de l'épaulette à la tenue de la robe et du marteau, leur réflexion et leur compétence n'ont pas évolué*¹²⁶⁶ ». Pourtant, une partie de la doctrine chinoise défend une mise en place progressive du constitutionnalisme en Chine. Il semble en effet que le premier obstacle à l'effectivité de la norme fondamentale réside dans la question de son applicabilité (宪法实施) dans les décisions de justice. Ainsi, c'est en commençant par résoudre ce problème que la judiciarisation (宪法的司法化) de la Constitution pourrait avoir lieu ce qui enclencherait, *in fine*, le double phénomène de privatisation constitutionnelle (宪法的私法化) et de mise en place du contrôle de constitutionnalité (违宪审查)¹²⁶⁷.

L'applicabilité de la Constitution en matière civile commanderait une première analyse textuelle de la Constitution : dispose-t-elle d'un domaine d'application suffisamment développé et *précis* en matière de revendication individuelle¹²⁶⁸ pour constituer un ensemble normatif et non un « *simple document politique*¹²⁶⁹ » ? Dans son article traitant de l'application de la Constitution dans les décisions de justice civile, l'auteur Zhang Hong indique qu'un simple article de droit (条法) se distingue de la règle de droit (法律规则) par l'insuffisance de son domaine d'application et par sa faiblesse normative : un article de droit peut n'avoir qu'un effet simplement déclaratif. Auquel cas, un tel article ne peut être utilisé comme l'unique référence de droit dans une décision judiciaire¹²⁷⁰. Il conviendrait ainsi de distinguer entre les articles complets et ceux incomplets *i.e.* dont l'application n'est possible qu'une fois articulés avec d'autres articles de droit¹²⁷¹. Ainsi pour cet auteur, si les articles 33¹²⁷²,

¹²⁶⁶ Zhang Qianfan, préc., p. 73 : « 自 1999 年以来, 雄心勃勃的司法改革原本是要将原先过渡政治化的法院职业化, 进而使中国的法官变成真正意义上的法官。现在看来, 司法改革确实改变了中国司法的政治化外观, 军服, 肩章, 大盖帽换成了法袍和法槌, 但是法官的思维似乎没有发生根本转变 » ; plus grave encore pour l'auteur, les pouvoirs de l'organe judiciaire n'ont pas évolué et sont restés soumis au contrôle du gouvernement. Rappelons que cet auteur est partisan de la voie dite de popularisation de la Constitution.

¹²⁶⁷ Qiu Chuanying, préc., p. 2.

¹²⁶⁸ Ce domaine d'application fait référence au chapitre 2 de la *Constitution chinoise* relatif aux droits et devoirs des citoyens chinois.

¹²⁶⁹ Zhao Juan, préc., p. 77.

¹²⁷⁰ Zhang Hong, préc. p. 37: « 并且, 一旦这些规则被运用于裁判, 其就成为裁判规范一法官裁判的依据和约束。此种意义上的法律法规须具备两大基本属性: 一是以有效性作为规范特质 [...]; 二是适用范围的一般性 ».

¹²⁷¹ *Idem*, pp. 37-38. Même au sein de la loi, certains articles de droit ne peuvent être cités seuls. Par exemple, l'article 98 des *Principes Fondamentaux de droit Civil* (1986) consacre le droit à la vie et ne peut être utilisé seul dans une décision de justice car il n'indique pas le comportement ou l'acte pouvant heurter le droit à la vie (absence des conditions et des conséquences juridiques). Pour être

35-40¹²⁷³, 42-43¹²⁷⁴, 46-49¹²⁷⁵ de la Constitution pourraient prétendre, en raison de leur objet, à une application judiciaire en matière civile¹²⁷⁶, ils gardent une valeur seulement « principielle » et ne peuvent constituer une référence juridique sur laquelle le juge peut fonder exclusivement sa décision. Pour être invocables, les articles constitutionnels doivent être nécessairement concrétisés dans une loi¹²⁷⁷. Cette explication (dont le bien-fondé ou non n'est pas discuté) est aussi curieuse qu'intéressante pour un juriste français en ce qu'elle met en valeur un élément culturel de la « culture » juridique chinoise, à savoir, l'absence des droits subjectifs¹²⁷⁸. En droit privé chinois, pour que le droit subjectif soit protégé, non seulement son existence et les conséquences de sa violation doivent pouvoir être déduites des seuls textes de lois mais, en plus, il doit être conçu dans une relation de droit/devoir entre deux individus¹²⁷⁹.

applicable, il faut le combiner aux articles 106, alinéa 2 des PGDC (1986) (responsabilité délictuelle) et 129 de la même loi (réparation du préjudice subi). Les deux derniers articles peuvent être utilisés seuls pour produire un effet de droit.

¹²⁷² *Constitution chinoise*, art. 33 : « Toute personne qui a la nationalité de la République Populaire de Chine est un citoyen de la République Populaire de Chine. Tous les citoyens de la RPC sont égaux devant la loi. L'État respecte et préserve les droits humains ».

¹²⁷³ *Constitution chinoise*, art. 35 : « Les citoyens de la RPC bénéficient des libertés d'expression, de la presse, de rassemblement, d'association, de participer à des cortèges et de manifester ». L'article 36 consacre la liberté de la croyance religieuse et l'interdiction des discriminations liées à la religion. L'alinéa 3 prévoit que l'État protège les activités religieuses « normales » et que personne ne peut user de la religion pour troubler l'ordre public, porter atteinte à la santé publique ou interférer avec le système d'éducation étatique. L'article 37 consacre l'inviolabilité de la liberté des citoyens chinois et l'interdiction de la détention arbitraire. L'article 38 consacre la dignité des citoyens qui inclut l'interdiction d'insulter, de diffamer ou de porter des fausses accusations. L'article 39 consacre l'inviolabilité du lieu de résidence et l'article 40 protège la liberté de correspondance privée.

¹²⁷⁴ L'article 42 de la *Constitution chinoise* consacre le droit et le devoir de travailler et l'article 43 le droit au repos des travailleurs.

¹²⁷⁵ L'article 46 de la *Constitution chinoise* consacre le droit à l'éducation ; l'article 47, la liberté de la recherche scientifique et notamment de la création artistique. L'article 48 consacre l'égalité des sexes et l'article 49 indique que l'État protège le mariage, la famille, la mère et l'enfant. Son alinéa 2 commande que l'époux et l'épouse ont le devoir de respecter le planning familial et son alinéa 3, le devoir des parents d'éduquer leurs enfants.

¹²⁷⁶ Zhang Hong, préc., p. 39.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 40.

¹²⁷⁸ Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, op.cit., p. 95 : bien qu'aujourd'hui la notion de droit subjectif soit associée en chinois au mot *quan* (权) via l'importation des doctrines étrangères, l'auteur rappelle que sous la période légiste, ce terme faisait référence aux deux manipules développées par Han Feizi qui désignent le pouvoir du Prince exercé par la loi.

¹²⁷⁹ C'est par ce raisonnement que Zhang Hong (préc., pp. 42-43) explique certains dysfonctionnements de l'affaire Qi. En l'espèce, le droit à l'éducation est consacré à l'article 46 de la *Constitution chinoise* et concrétisé à l'article 9 de la *Loi sur l'éducation* de 1995 (« les citoyens chinois ont le droit et le devoir de recevoir une éducation »). Mais, parce que le droit à l'éducation ne serait pas considéré comme un droit civil (民事权利), il serait impossible, entre deux particuliers, de défendre son droit à l'éducation. Certains soutiennent l'application de l'article 81 de la *Loi sur l'éducation* qui disposait, à l'époque, qu'en cas de dommage né de l'atteinte à la présente loi, il fallait appliquer le mécanisme de responsabilité civile. Pour Zhang Hong, cet article, en pratique, impose la violation d'une règle contenue dans la *Loi sur l'éducation* et pour engager la responsabilité civile du

En pratique, les conséquences de ce genre de lacune juridique freinent le phénomène de judiciarisation constitutionnelle, les juges ayant tendance à exclure les décisions de nature à soulever une question de nature constitutionnelle. L'absence d'invocabilité de la Constitution par les juges, ces derniers n'étant que de simples « exécuteurs du droit », se justifierait par leur fonction : ils n'ont pas vocation à trancher des questions morales, politiques ou encore sociales, qui relèvent du domaine de la Constitution¹²⁸⁰. Deux interprétations judiciaires rendues en 1955 et en 1986¹²⁸¹ vont dans le sens d'une incapacité du juge à s'appuyer sur la norme constitutionnelle pour rendre une décision de justice¹²⁸².

défendeur il faut que cette violation soit contenue dans une relation droit/obligation entre particuliers. Or aucune règle n'impose l'obligation aux citoyens d'offrir l'éducation à un autre citoyen ; en conséquence, il est difficile d'affirmer que le comportement du défendeur a effectivement violé la loi sur l'éducation. Zhang Hong explique qu'il faut donc être beaucoup plus habile et avoir recours au régime de responsabilité délictuelle (侵权机制) : pour la réparation des dommages subis, les comportements des défendeurs doivent correspondre aux conditions énumérées à l'article 106, alinéa 2 des PGDC (1986) (« *Les citoyens et personnes juridiques qui, par leurs actes, violent la propriété de l'État, la propriété collective ou celle d'autres personnes, doivent en supporter la responsabilité* »). Le raisonnement avancé serait donc le suivant : le devoir d'éducation relève de l'État ; avec le développement social, ce droit est devenu un moyen nécessaire pour obtenir un emploi (intérêt économique) et contribue à l'enrichissement personnel (intérêt moral) de l'individu qui en bénéficie ; dès lors, la violation du droit à l'éducation est un frein à la « propriété » d'autrui, et les intérêts matériels et moraux obtenus par l'exercice du droit à l'éducation deviennent des intérêts dotés d'une base légale (litt. « reconnu en droit » (法上之利益)).

¹²⁸⁰ Zhang Hong, préc., pp. 41-42. Ce statut tend à évoluer progressivement : Zhang Hong cite ainsi (p. 45) plusieurs jugements rendus entre 2002 et 2009 qui reconnaissent des droits fondamentaux civils prévus seulement par la *Constitution* (liberté de correspondance, droit à l'égalité, droit au nom etc.) sans toutefois citer la norme constitutionnelle.

¹²⁸¹ « Réponse de la Cour Populaire Suprême relative à l'utilisation inappropriée de la Constitution comme norme de référence dans les jugements pénaux pour établir la culpabilité » (1955) (关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函), disponible en chinois à l'adresse : <http://www.chinalawedu.com/falvfagui/fg23079/1360.shtml> [dernière consultation le 9 janvier 2018] : « *la Constitution chinoise de la République Populaire de Chine est le droit de référence (根本) de notre pays, c'est également la "mère juridique" (母法) de l'ensemble des lois. [...] Dans le domaine pénal, elle ne règlemente pas la question d'établissement de la culpabilité, [...] dans les jugements pénaux, la Constitution ne peut pas être utilisée comme référence pour établir la culpabilité* » ; V. aussi la « Réponse de la Cour Populaire Suprême relative à la manière d'utiliser les documents normatifs dans les écrits produits par les cours populaires » (1986). (关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件批复), disponible en chinois à l'adresse : http://china.findlaw.cn/fagui/p_1/134636.html [dernière consultation le 9 janvier 2018] ; Zhang Hong, préc., pp. 47-48 : concernant la Réponse de la CPS de 1986 : pour l'auteur, la question de savoir si l'on peut ou non citer les articles constitutionnels dans les jugements relève de la « politique de l'autruche » : la question de la référence des règles de droit applicables est de nature *publique*, puisqu'il est question de savoir quels sont les pouvoirs conférés au juge. Or, dans ce domaine, le principe applicable est le suivant : « pas de règle, pas de compétence » (法律无规定既无权) ; à l'inverse, la question de l'exercice des pouvoirs en droit privé obéit au principe de « *ce que le droit n'interdit pas est libre* » (法不禁止即自由). Ainsi, pour l'auteur, comme la Réponse de 1986 n'inclut pas comme fondement juridique invocable dans une décision de justice la Constitution, le juge n'a aucune possibilité de l'utiliser comme norme dans ses jugements.

¹²⁸² Ces réponses ont fait l'objet de plusieurs interprétations : ainsi la Réponse de 1955 en n'utilisant que le terme « inapproprié » (不宜), elle ne nierait pas directement la référence à la *Constitution* ; en

Toutefois, l'impossibilité de citer la Constitution n'est pas synonyme d'impossibilité à l'interpréter. Et, selon la métaphore maternelle de la relation entre lois et Constitution, si les lois puisent leur source dans la Constitution, le travail d'interprétation des juges¹²⁸³ nécessaire à leur application ne reviendrait-il pas à interpréter aussi, indirectement, la Constitution? :C'est ce que le juriste Zhang Hong dénomme l'interprétation indirecte (间接解释), qui ne serait pas censurée en Chine¹²⁸⁴. Elle suppose même d'user de la Constitution comme argument dans la motivation du jugement : dès lors, le problème d'invoquer ou non la Constitution devient uniquement formelle. Si les juges ne peuvent pas la citer dans la partie « décision » de leur jugement (判决, partie dans laquelle est citée la règle de droit applicable, équivalent à notre « dispositif »), ils peuvent néanmoins s'appuyer sur elle dans la partie « motif » (本院认为, litt : « considérant ») au soutien du choix de la loi applicable. L'affaire de Qi précédemment citée ou encore l'affaire Qian Yuan¹²⁸⁵ (钱缘) comporteraient donc des erreurs de *forme* justifiant la remise en cause de leur autorité.

182. Le préalable nécessaire de judiciarisation constitutionnelle. Si la première étape relative à l'effectivisation de la Constitution dans l'ordre juridique est insuffisante, comment passer à la deuxième qui suppose sa judiciarisation ? Cette situation n'est pas sans rappeler celle qu'a connue la France avant les années 1990 : une problématique quelque peu similaire en nature – comment passer d'une Constitution « symbolique » comme simple texte politique à une Constitution « normative », ensemble de règles de droit ? – avait amené le doyen Favoreu à énoncer trois étapes concourant à la normativité de la Constitution :

même temps, cette réponse ne concerne que le droit pénal. De la même manière, dans la Réponse 1986, il est simplement indiqué que les juges peuvent directement citer les documents normatifs, ce qui n'exclut pas totalement la l'hypothèse d'une référence à la *Constitution* ; pour Zhang Hong (préc., p. 47), le mot « inapproprié » utilisé dans la réponse de 1955 n'est *pas* contraire au sens de « ne pas devoir » (不得) : dans ces sortes de documents interprétatifs formels de nature judiciaire, le mot « 不宜 » réfère à une situation négative (否定) ; dans le système judiciaire chinois actuel, les juges des échelons inférieurs ne peuvent aller à l'encontre des lignes directrices de la CPS.

¹²⁸³ Toutefois, en cas de problème d'interprétation d'une règle de droit au cours d'une instance, c'est la Cour Suprême qui doit rendre une décision : *Loi organique sur les tribunaux populaires*, art. 32 ; des projets de lois sont en cours de discussion pour réformer en profondeur la loi organique sur les juridictions chinoises. Une version en anglais du projet mis en ligne pour discussion publique est disponible sur le site Chinalawtranslate.com (Organic Law of the People's Courts of the P.R.C (Draft Revisions), (V. art. 37) [dernière consultation le 8 janvier 2018] ;

¹²⁸⁴ Zhang Hong, préc., p. 46.

¹²⁸⁵ Cour Intermédiaire de Shanghai, chambre civile (1998), affaire n°2300. (1998 沪民二中字第 2300 号钱缘案). Dans son jugement, le tribunal de Shanghai cite l'article 38 de la *Constitution chinoise*.

« Ce que l'on peut appeler "normativité" de la Constitution est désormais reconnu ; [...] cela implique une triple conversion : [...] considérer que la Constitution contient des règles ; ensuite que ces règles sont directement applicables aux individus ; et enfin que la Constitution, ensemble de règles, doit être distinguée de la loi¹²⁸⁶ ».

Aujourd'hui en France, l'applicabilité des normes constitutionnelles par la Cour de cassation ou le Conseil d'État n'est plus, en principe, remise en cause¹²⁸⁷, à la condition que les règles invoquées soient suffisamment précises dans leur contenu¹²⁸⁸. Il convient donc d'adopter une approche plus modérée en Chine : avant de revendiquer la création d'un contrôle de constitutionnalité, il faut d'abord régler le problème de l'applicabilité de la Constitution par les tribunaux¹²⁸⁹, pour seulement ensuite envisager sa privatisation, voire son contrôle par les juridictions¹²⁹⁰. L'élargissement du domaine d'application judiciaire en matière constitutionnelle signifie alors que son objet, de nature publique, s'étende à la sphère privée (由公到私¹²⁹¹). Dans un pays qui n'a pas connu de *summa divisio* entre droit privé et droit public, la Constitution pourrait servir de passerelle entre les deux ordres normatifs. Une solution qui permettrait ainsi, à court terme, de rendre vivante la Constitution, serait d'élargir la saisine des juges administratifs en matière de contrôle de légalité pour englober les actes contraires à la Constitution qui leur sont hiérarchiquement supérieurs¹²⁹².

¹²⁸⁶ Louis Favoreu, « La Cour de cassation et la Constitution de la République » [1994], *In La Constitution et son juge, op.cit.*, p. 323.

¹²⁸⁷ *Ibid.* Ce principe s'oppose à la doctrine de la « non applicabilité directe des normes constitutionnelles et de leur nécessaire mise en œuvre par la loi » soutenue notamment par Georges Vedel et Pierre Dévolvé à la fin des années 1970.

¹²⁸⁸ Cette exigence concerne notamment les dispositions du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. V. CE, 10 décembre 1962, *Société indochinois de constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676 ; CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 607 ; pour l'invocabilité de la Charte de l'environnement de 2004, CE, 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, requête n° 282456.

¹²⁸⁹ Qiu Chuanying, préc., pp. 1-2.

¹²⁹⁰ Xue Tiande, préc., p. 89 : cet auteur distingue entre le « contentieux constitutionnel » (宪法诉讼, qui implique de pouvoir résoudre un conflit constitutionnel devant les tribunaux) et la supervision judiciaire de (la Constitution) (司法审查 : système dans lequel les organes juridictionnels usent de la Constitution pour décider de la constitutionnalité des pouvoirs législatif et exécutifs) ; ainsi qu'entre le contentieux constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité (违法审查) qui serait confié à un organe spécialisé pour apprécier la conformité des actes normatifs à la Constitution.

¹²⁹¹ Cai Dingjian, repris par Qiu Chuanying, préc., p. 2.

¹²⁹² Xue Tiande, préc. p. 93 ; *Contra*, Qiu Chuanying, préc. p. 3, pour qui il ne faut pas confondre les fonctions propres à l'organe judiciaire et à l'organe législatif. Liu Han (discussion) *In Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine* (dir.), *op.cit.*, p. 154 : le juge administratif est déjà compétent pour contrôler certains actes administratifs appelés « concrets » dont le taux d'annulation serait de 10% ; *Loi sur relative au contentieux administratif* du 4 avril 1989, art. 11 (liste des sept catégories d'actes susceptibles d'être

183. Si l'on écarte les arguments plus idéologiques que juridiques – Constitution ne signifie pas nécessairement constitutionnalisme –, il apparaît que les problèmes liés à la position de la Constitution en Chine sont essentialistes : peut-elle être considérée comme similaire aux autres règles de droit ? Une réponse négative conférerait à ce texte, alors dénué de tout aspect pratique, une pure valeur symbolique, remettant en cause le sommet de la pyramide des normes. Une réponse positive et honnête ne peut que constater l'invocabilité de son esprit et non de sa lettre. Quoi qu'il en soit, l'optimisme du constitutionnaliste Cai Dingjian est partagé, avec quelques nuances : ce n'est pas en forçant les autorités centrales à effectuer des contrôles de constitutionnalité ou en appelant les juges, au péril de leur carrière, à user de la Constitution dans leurs jugements, que celle-ci gagnera sa position de norme suprême. Des revendications trop violentes risqueraient une réaction tout aussi proportionnelle de la part des autorités centrales, comme le laissent suggérer les indications données par le parti communiste en matière de « constitutionnalisme » ou de « droits de l'homme¹²⁹³ ». Bien qu'une vingtaine d'années se soient écoulées depuis la tragédie de Tian'anmen, rappelons que l'incident avait eu lieu en réponse à des revendications estudiantines jugées trop « démocratiques ». Un développement progressif du régime constitutionnel en Chine est donc préférable, en passant par le renforcement de l'arsenal législatif mis à la disposition des citoyens.

§2. *La loi, le palliatif nécessaire de la faiblesse normative de la Constitution.*

184. Le manque d'effectivité de la Constitution conduit à mettre en avant un second type de norme, la loi. Celle-ci, considérée en Chine comme l'enfant direct de la Constitution, a une fonction structurelle et principielle au sein du système juridique chinois, rendue manifeste par la qualification accordée à certains types de lois dites

contrôlés par le juge administratif) ; Zhang Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, op.cit., pp. 162 et s. sur la conception chinoise de l'acte administratif concret, qui désigne (p.163) un « acte unilatéral, émanant d'une autorité administrative investie du pouvoir administratif pour régler un cas particulier et qui tend à produire directement des effets de droit sur les droits extrapatrimoniaux et patrimoniaux des administrés ».

¹²⁹³ Hélène Piquet, « Le "rêve chinois" en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », préc., pp. 398-399 ; 403-405.

« fondamentales » (A). Pourtant consacré officiellement et défendu par la doctrine, le statut de la loi fondamentale, du fait de son ambiguïté, ne permet pas de la distinguer des lois dites ordinaires, ce qui engendre, outre des problèmes d'agencements normatifs, de véritables questions quant à leur mise en œuvre (B).

A. La loi en Chine, concrétisation vivante des principes constitutionnels.

185. L'activité législative. Dès 1978¹²⁹⁴, le Parti Communiste Chinois déclarait que « *le système juridique socialiste chinois ne serait entièrement développé qu'une fois la vie étatique intégrée dans le droit*¹²⁹⁵ » ; vingt années plus tard, il annonçait la création définitive du « système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises » (中国特色社会主义法律体系) d'ici 2010. Ces annonces symboliques ne sont pas dénuées de portée pratique ; l'établissement d'un tel système, sous la direction, pour reprendre la métaphore officielle, du « commandant en chef » (« 统帅 » pour désigner la Constitution), suppose l'adoption de lois, qui forment ainsi le « tronc » (« 主干 ») du système juridique chinois¹²⁹⁶. Un système en réforme depuis une trentaine d'années et qui comptait, en 2011, deux cent quarante lois effectives, sept cent six règlements administratifs et pas moins de huit mille six cent lois et règlements locaux¹²⁹⁷. Les principales lois ont été promulguées, couvrant la quasi-

¹²⁹⁴ Au cours de la 3^{ème} session plénière du XI^{ème} Comité Central tenue les 12-18 décembre 1978.

¹²⁹⁵ Hu Zhengchang, *op.cit.*, p. 133.

¹²⁹⁶ V. l'article publié par l'Assemblée Populaire Nationale, « Le système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises » (« 中国特色社会主义法律体系 »), texte publié sur son site officiel, disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2011-10/28/content_1677848.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹²⁹⁷ *Ibid.* « 新中国成立以来特别是改革开放 30 多年来, 中国的立法工作取得了举世瞩目的成就。截至 2011 年 8 月底, 中国已制定现行宪法和有效法律共 240 部、行政法规 706 部、地方性法规 8 600 多部, 涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全, 各个法律部门中基本的、主要的法律已经制定, 相应的行政法规和地方性法规比较完备, 法律体系内部总体做到科学和谐统一, 中国特色社会主义法律体系已经形成 »。V. aussi, Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 30 : l'auteur dénombre un total de lois et règlements confondus s'élevant à 4 119 pour la période 1979-1983, à 37 775 pour la période 1996-2000 et à 94 288 pour la période 2001-2004. Parmi ces textes, seules 322 lois ont été votées et révisées entre 1978 et 2013 ; (p. 35) sur les domaines de l'activité législative depuis 1978 (en tête et par ordre décroissant, civil : 9%, agriculture : 8%, environnement : 8%, santé publique : 8%, domaine administratif : 7%, impôts et finances publiques : 6%. La fin du classement concerne le domaine pénal : 2%, l'administration de la justice : 2%, la défense : 3%, les sciences et éducation : 4%, la propriété intellectuelle : 4% ou encore le domaine constitutionnel : 5%); Yang Zixuan, « L'activité législative chinoise. Bilan et perspective », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, pp. 78-83, not. p. 78 : les données en matière de production normative sont différentes de celles communiquées sur le site de l'APN. Selon l'auteur, entre 1979 et 2002, 300 lois ont été adoptées, auxquelles s'ajoutent 100 décisions à valeur législative, 900 règlements administratifs émanant de l'autorité centrale et 9 000 règlements locaux.

totalité des relations sociales. Cette augmentation du nombre des textes de lois (qui n'égale pas, cependant, la frénésie législative française¹²⁹⁸) nécessite un certain contrôle de la cohérence du système légal : le Comité Permanent, depuis 2009, a ainsi annulé huit lois et décisions à valeur législative et en a amendé cinquante-neuf ; sept lois et règlements administratifs (行政法规) ont été abolis par le CAE et cent sept amendés ; enfin les assemblées populaires locales et leur comité permanent local ont annulé quatre cent cinquante-cinq règles locales et en ont amendé pas moins de mille quatre cent dix¹²⁹⁹. Cette pratique témoigne du souci d'harmoniser le système et ne peut se faire sans l'adoption au préalable d'un classement des règles de droit. Un classement où au sommet est placée, officiellement, la Constitution.

L'absence de justice constitutionnelle en Chine conduit à caractériser la Constitution chinoise comme un document à valeur de principe et politique, qui offre un cadre plus directeur qu'obligatoire. Ainsi, elle manque, dans une certaine mesure, d'un aspect principal résidant dans toute règle de droit : la normativité¹³⁰⁰. Or, une pyramide au sommet instable constitue-t-elle toujours une pyramide ? En dépit de l'esthétique apparente de la théorie kelsenienne, il ne faut pas oublier un aspect pratique et essentiel de sa démonstration : le contrôle de conformité des lois. Et, bien qu'en Chine, le contrôle de constitutionnalité en est encore à son stade embryonnaire, un mécanisme d'autocontrôle des règles de droit existe bel et bien¹³⁰¹, ce qui suppose une hiérarchie, au moins relative, des textes.

¹²⁹⁸ En Chine, en 2013, le Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale a délibéré sur 15 projets et modèles de lois, 21 lois ont été révisées et 2 lois créées. En comparaison, en France, depuis le début de la XIV^e législature en 2012, 218 lois ont été promulguées, dont 21 entre le 1^{er} octobre et le 31 décembre 2014. Statistiques de l'activité parlementaire sous la XIV^e législature, session 2016-2017 (1^{er} oct. 2016-20 juin 2017), disponible sur le site de l'Assemblée Nationale à l'adresse suivante : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire-sous-la-xive-legislature> [dernière consultation le 1^{er} juin 2018].

¹²⁹⁹ « Le système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises », article de l'APN, (préc. [en ligne]). Il est également possible de suivre l'activité législative annuelle via la publication des rapports de l'APN et de son Comité Permanent. V. Rapport de travail du Comité Permanent de l'APN de 2014 disponible en anglais à l'adresse http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Speeches/2014-03/18/content_1856663.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹³⁰⁰ Hu Zhengchang, *op.cit.* p. 131 : pour l'auteur, la vertu principielle de la *Constitution* résulte dans un manque de cadre, structure ; sa nature proclamatoire conduit à son manque d'autorité ; enfin sa particularité politique entraîne une relative instabilité.

¹³⁰¹ La possibilité octroyer au Comité Permanent de contrôler les règles de droit tend à s'élargir, comme en témoigne le projet d'amendement de 2014 de la *loi sur la législation*. Il prévoit l'auto-saisine du Comité Permanent et des Comités spécialisés de l'APN pour juger de la légitimité des règles administratives ; jusqu'à présent, ce contrôle n'est exercé que sur demande d'un organe intéressé. V. article de presse de l'agence *Xinhua*, « China revises law on legislative process », mis en ligne le 22 décembre 2014. http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-12/22/c_133870880.htm [dernière consultation le jour même].

186. Les difficultés de hiérarchisation des normes chinoises. Si Kelsen est connu en Chine comme étant l'auteur d'une théorie fondamentale de la science du droit occidental moderne¹³⁰², la critique chinoise qui lui est adressée – ou, en tout cas, adressée à ses interprètes – est de confondre la position de la règle de droit et ses effets, qu'il considère comme une caractéristique de la règle de droit relevant du domaine du « devoir-être »¹³⁰³. De façon plus surprenante, quand la doctrine chinoise fait référence à la pyramide de Kelsen (金字塔型), elle fait surtout référence à un système de rang des effets juridiques¹³⁰⁴ déterminé globalement par les critères suivants : l'auteur de l'acte (制定主体), le domaine d'application de la règle – général ou particulier – (适用范围) et le moment de la promulgation, (avec le principe de prédominance du droit nouveau sur le droit ancien¹³⁰⁵). Le premier critère n'est pas homogène et du point de vue majoritaire, il englobe à la fois la position de l'organe normatif et le degré de complexité de la procédure d'élaboration de la règle¹³⁰⁶. Pour d'autres, la place de l'organe auteur n'est qu'un critère de forme auquel il faudrait ajouter un critère substantiel, le pouvoir de contrôle¹³⁰⁷. Un autre point de vue consiste à comprendre la distinction entre hiérarchie des textes et hiérarchie des effets

¹³⁰² Zhang Yongli, préc., p. 114 ; Wang Wei (王伟), « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN - exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité » (« 全国人大常委会立法的法律位阶探析 — 以“涉外民事关系法律适用法”为例 »), *Journal de l'Université des Sciences Sociales du Nord Est* (东北大学学报 (社会科学版)), Vol 16, n°2, mars 2014, p. 183. [Remarque : « Kelsen » en chinois : 凯尔森].

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ Wei Qingyi (魏清沂), *Science du droit*, (法理学), Presse universitaire de Lanzhou, 2006, 584 000 caractères. pp. 61-72, Chapitre 7, « formation et effet de droit », p. 70. L'expression « 一个法的效力等级体系 » désigne littéralement un système de hiérarchie des effets de droit ; aussi appelé « échelon des effets juridiques » (法的效力等级) ou encore « position de l'effet de droit » (法的效力位阶). L'effet de droit, au sens large, englobe la force obligatoire (约束力) et la force coercitive (强制力) de la règle de droit, il concerne les effets des documents juridiques normatifs et ceux dit non normatif (décisions judiciaires, de médiation...) ; au sens strict, l'effet de droit ne fait référence qu'aux effets des documents juridiques normatifs établis et promulgués par l'État. Pour Zhang Yongli, à l'inverse, bien que la place du droit et l'effet du droit ne soient pas directement égaux ni dépendants l'un de l'autre, il rejette toute stratification des effets de droit et propose au contraire une hiérarchie des règles juridiques reposant uniquement sur les relations qu'entretiennent les règles de droit au sein d'un même système juridique. Zhang Yongli, préc., p. 114.

¹³⁰⁵ Wei Qingyi, *op.cit.*, p. 70. La doctrine chinoise reste divisée quant aux critères d'appréciation de la hiérarchie d'une règle de droit. V. Wang Wei, « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN, exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité », préc. p. 183.

¹³⁰⁶ Pour l'auteur Zhang Genda (张根大), plus la position de l'organe législatif est élevée, plus la procédure législative est complexe. Cité par Wang Wei, « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN, exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité », préc. p. 183.

¹³⁰⁷ *Ibid.* Pour Gu Jianya, (顾建亚), cité par Wang Wei : « Si l'organe supérieur a la compétence d'exercer un contrôle vis-à-vis de l'organe inférieur, alors s'établit une relation hiérarchique de haut en bas entre le droit établi par cet organe inférieur et le droit de l'organe supérieur ».

comme étant la différence entre des domaines et des intérêts (ceux des citoyens reflétés dans la loi¹³⁰⁸) hiérarchisés. En réalité, la seule analyse de la relation entre loi et Constitution suffit à refléter les difficultés d'appréhension de cette notion de hiérarchie normative, décriée comme simple illusion par certains¹³⁰⁹.

Si l'on retient le critère organique, l'Assemblée Populaire Nationale est seule compétente pour amender la Constitution chinoise, sur l'initiative de son Comité Permanent ou d'au moins un cinquième des députés du Congrès¹³¹⁰. Pour une loi, la saisine est étendue à l'ensemble des organes étatiques. La procédure de vote varie aussi selon qu'il s'agisse d'un amendement constitutionnel ou d'une loi¹³¹¹. En d'autres mots, selon la procédure suivie, les députés de l'APN endossent une double casquette : législateur ou constituant. Établir une démarcation stricte entre ces deux compétences alors que l'organe auteur est identique peu sembler superficiel, voire tout simplement symbolique en ce qu'elle relie la complexité procédurale à l'échelon hiérarchique de la norme. Et, si l'on se place du point de vue des effets juridiques produits par les textes, la Constitution ne peut être considérée comme la norme fondamentale puisqu'elle n'est pas invocable par les justiciables. Ces deux critères échouent donc à caractériser le lien de subordination défendu en théorie chinoise du droit entre la loi et la Constitution.

Dès lors, si la Constitution joue un rôle plus symbolique que réel, comment apprécier la conformité d'une norme ? Quelle référence utiliser pour juger de la validité d'une loi ? On admet, classiquement, que la validité d'une règle dépend de sa conformité avec celle qui lui est supérieure, qui elle-même, au final, tient son existence de la Constitution ; cette idée suppose donc la possibilité d'écarter une loi non conforme, ou, à tout le moins, de juger de sa conformité. Il semblerait qu'en Chine, la validité d'une loi (entendue comme sa conformité à la règle supérieure, ici

¹³⁰⁸ *Ibid.* Yang Zhongwen (杨忠文), Yang Beiyan (杨北岩), « Analyse de la hiérarchie des effets de droit » (« 法的效力等级辨析 »), *Seeking Truth* (求是学刊), vol. 30, n°6, nov. 2003, p. 77 : en partant du constat que « le droit reflète des intérêts populaires qui ne sont pas tous au même niveau et qui relèvent de différents domaines », les auteurs proposent de substituer au critère actuel de classification des normes juridiques (à savoir, le critère constitué du statut et de la nature de l'organe légiférant) un critère axé sur le domaine et le niveau de l'intérêt populaire incarné dans le texte normatif. Cela permettrait, par exemple, d'expliquer la différence d'effet entre une loi fondamentale et une loi constitutionnelle pourtant issues du même organe.

¹³⁰⁹ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, p. 38 et s.

¹³¹⁰ *Constitution chinoise*, art. 64. Mais selon l'article 67 de ladite norme, le Comité Permanent est compétent pour interpréter la Constitution et assurer son exécution.

¹³¹¹ *Constitution chinoise*, art. 64. Pour l'adoption d'un amendement constitutionnel, le vote est au deux-tiers des voix contre une simple majorité pour les lois nationales. La loi est ensuite promulguée par le Chef d'État mais rien n'est spécifié pour les amendements constitutionnels.

la Constitution) ne conditionne pas son effectivité, puisqu'au final, l'organe responsable de la Constitution détient également le monopole de l'activité législative. L'idée que les lois au sens strict en Chine (*i.e.* émanant du pouvoir législatif au niveau national) occupent dès lors une position de référence dans l'organisation du système juridique et se substituent – quasiment – à la Constitution est confirmée par certaines de ses particularités techniques qui la rapprochent parfois plus d'un principe général obligatoire que d'une règle détaillant les aspects normatifs de la vie sociale. L'exemple le plus révélateur est sans nul doute incarné dans les *Principes Généraux de Droit Civil* (en cours d'abrogation) adoptés en 1986 qui ne comportent que cent cinquante-six articles mais qui sont considérés comme une *loi fondamentale* (基本法律) de la République socialiste chinoise. Dans un pays où la loi est considérée avant tout comme « l'enfant » de la Constitution « mère »¹³¹², la concrétisation législative des principes constitutionnels permet donc de rendre vivante la norme fondamentale¹³¹³. Car, à défaut de pouvoir invoquer la Constitution, les lois, autant fondamentales qu'ordinaires, délimiteraient la sphère dans laquelle les citoyens chinois peuvent exercer leur droit.

B. La bipolarité de la loi chinoise, reflet d'une bataille de politique législative.

187. Le concept de législation en Chine a deux acceptions dont la principale s'entend au sens strict comme « *l'activité de l'organe étatique suprême et de son Comité Permanent, qui, selon les procédures et leurs compétences attribuées,*

¹³¹² Zhang Yongli, préc., pp. 113-118.

¹³¹³ *Ibid.* L'auteur analyse les liens entre le droit civil et la Constitution chinoise, s'interrogeant sur une possible substitution dans l'échelle des normes du premier sur la dernière. En France, le droit constitutionnel restreint au contrôle de conformité des lois relève du droit public ; en imposant les relations adéquates entre l'État et les administrés et en la considérant garante des droits fondamentaux, la Constitution française occupe la première place dans l'échelon interne de la hiérarchie des normes, étant directement invocable au sein d'un litige privé. La Constitution française relève à la fois de la sphère privée et de la sphère publique en fonction de sa finalité : contrôler une loi ou protéger un droit. En Chine, la catégorie de droit privé a été pleinement reconnue dans le système juridique assez tardivement ; la sphère privée n'avait pas vocation à être réglée par la Constitution, cette dernière ayant une visée institutionnelle avant tout. Dès lors, les propos du juriste Zhang Yongli qui analyse le droit civil comme fondement des autres droits – outrepassant la distinction droit public/ droit privé – prennent tout leur sens : si la Constitution chinoise est prédominante en ce qu'elle pose les institutions de l'État, elle n'est pas invocable directement par les administrés. Par conséquent, sa force suprême se transforme en ligne directrice, voire en ligne de conduite offerte au juge. Elle sert avant tout de *cadre* pour un droit vivant concrétisé dans les lois. Ce sont ces dernières qui, en pratique, deviennent des lois de référence des droits et devoirs des citoyens, puisqu'elles concrétisent et mettent en forme les bases constitutionnelles à simple valeur proclamatoire.

*élaborent la loi, cette sorte de document normatif spécifique*¹³¹⁴ ». Les lois chinoises ont ainsi cette particularité de pouvoir être élaborées soit par l'Assemblée Populaire Nationale, soit par son Comité Permanent. Cette définition soulève par elle-même certains doutes en postulant une différenciation organique de l'auteur de la loi et donc une de valeur légale différente : voici exposé, en quelques mots, un des débats doctrinaux les plus importants en Chine par son ampleur et, surtout, par sa durée¹³¹⁵. La question centrale est de nature théorique et suppose de s'interroger sur l'existence, propre à la Chine¹³¹⁶, d'une hiérarchie des règles *législatives*.

188. Faiblesse de la distinction. La distinction entre loi fondamentale et loi ordinaire reflèterait une distinction de compétence entre le Comité permanent – sorte de « parlement dans le parlement¹³¹⁷ » – et l'APN prévue dans les textes de la Constitution de 1982. Si l'article 58 énonce que l'APN et son Comité Permanent exercent tous deux la compétence législative, l'article 62, alinéa 3, dispose que « *l'Assemblée Populaire Nationale est compétente pour établir et amender les lois fondamentales régissant les infractions pénales, les matières civiles, les organes d'État et autres domaines* » alors que l'article 67, alinéa 2 de la Constitution énonce que le Comité Permanent peut « *établir et amender les lois à l'exception de celles devant être adoptées par l'Assemblée Populaire Nationale* ». En dehors de ces articles repris par la *Loi sur la législation*¹³¹⁸, aucun texte n'explicite la nature d'une loi fondamentale supposée relever de la compétence exclusive de l'APN ou d'une loi ordinaire qui appartiendrait au domaine de compétence du Comité Permanent.

¹³¹⁴ Wei Qingyi, *op.cit.*, pp. 257-128, chap. « La loi » (立法), p. 257 : « 国家的最高权力机关及其常设机关依照法定职权和程序, 制定法律这种特定的规范性文件的活动 ». Au sens large, elle englobe « *l'activité par laquelle les organes étatiques établissent l'ensemble des documents normatifs possédant des effets juridiques différents* » (« 有关国家机关依照法定职权和程序, 立法各种具有不同法律效力的规范性文件的活动 »).

¹³¹⁵ Distinction initiée dès 1983 par le juriste Wang Mincan (王珉灿) dans son ouvrage *Élément de droit administratif* qui distingue entre les lois fondamentales, « loi importantes de l'État placées juste en dessous de la Constitution » et les lois qui « sont placées en dessous des lois fondamentales », cité par Shen Shouwen, (沉寿文) « Analyse sur la distinction loi fondamentale et autre loi », (« “基本法律” 与 “基本法律以外的其他法律” 划分之反思 »), *Northern legal Science* (北方法学), 2013-3, pp. 133-145.

¹³¹⁶ Aucune comparaison avec les lois françaises n'est possible en raison de la différence de structure organique du pouvoir législatif des deux pays.

¹³¹⁷ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 51.

¹³¹⁸ *Loi sur la Législation*, nouvel art. 7 : « *L'APN et son Comité Permanent exercent le pouvoir législatif de l'État. L'APN établit et modifie les lois en matière pénale, civile, organique et les autres lois fondamentales. Le Comité Permanent établit et modifie les lois en dehors de celles qui relèvent de la compétence de l'APN ; quand l'APN n'est pas en session, le Comité Permanent peut compléter et modifier partiellement une loi créée par l'APN à condition que les modifications ne soient pas contraires aux principes fondamentaux de la loi modifiée* ».

En pratique, il est difficile de les distinguer l'une de l'autre. Par exemple, la *Loi sur la responsabilité délictuelle* promulguée fin 2009¹³¹⁹ ou encore la *Loi sur le droit international privé* en date de 2011¹³²⁰, toutes deux supposées fondamentales dans leur contenu, ont pourtant été élaborées par le Comité Permanent. La dernière est même accusée par certains d'être inconstitutionnelle¹³²¹, ironie du sort pour une loi dont le but est justement de résoudre les conflits de lois devant les tribunaux. Dans son article 51, il est en effet spécifié que « *lorsque les dispositions de la présente loi diffèrent de celles des articles 146 et 147 des Principes Généraux de Droit civil*¹³²² (PFDC, 1986) et de l'article 26 de la Loi sur les successions, la présente loi s'applique¹³²³ ». Les *Principes Généraux de Droit Civil* de 1986, ainsi que la *Loi sur les successions* de 1985¹³²⁴, ont tous deux été adoptés par l'APN et sont considérés comme des lois fondamentales. Pourtant, les articles de la *Loi de droit international privé* relèguent les règles établies à l'article 147 des PFDC (1986) à la dernière place dans le choix de la loi applicable. Il semble donc que la qualification de loi fondamentale n'implique pas nécessairement sa prédominance dans la hiérarchie des règles chinoises.

En outre, si le concept juridique de loi fondamentale est clairement mentionné dans la Constitution et dans la *Loi sur la législation* (article 7, al. 2), les

¹³¹⁹ *Loi sur la responsabilité délictuelle*, (中华人民共和国侵权责任法), adoptée le 26 décembre 2009 au cours de la 12^{ème} session du Comité Permanent de la 11^{ème} Assemblée Populaire Nationale, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

¹³²⁰ *Loi sur l'application du droit dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité* (Loi de droit international privé) (中华人民共和国涉外民事关系法律适用法), adoptée le 28 octobre 2010, au cours de la 17^{ème} session du Comité Permanent de la 11^{ème} Assemblée Populaire Nationale, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011.

¹³²¹ Wang Wei, « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN, exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité », préc., p. 182.

¹³²² PFDC (1986), art. 146 : « *La loi du lieu où un acte délictuel a été commis doit s'appliquer au sujet de l'indemnisation [de la victime] pour tout dommage causé par l'acte. Si les deux parties sont des citoyens d'un même pays ou ont un domicile dans un autre pays, la loi de leur propre pays ou du pays du lieu de leur domicile doit s'appliquer* ». Son alinéa 2 dispose qu'« un acte commis en dehors du territoire chinois ne doit pas être considéré comme un acte délictueux s'il n'est pas reconnu comme tel par la RPC » ; art. 147 : « *Le mariage entre un citoyen de la RPC et d'un étranger doit être soumis à la loi de la place où a été célébré le mariage ; alors que le divorce doit être soumis à la loi de l'endroit où les tribunaux ont accepté la demande [en divorce]* ».

L'article 21 de la *Loi de Droit International Privé* concerne la loi applicable aux conditions du mariage : droit de la résidence commune des parties ; en l'absence de résidence commune, application de la loi nationale commune ; à défaut, application de la loi du lieu de célébration à condition que l'un des époux ait soit la nationalité de ce lieu, soit sa résidence habituelle à cet endroit ; l'article 22 de ladite loi concerne la procédure et l'article 26, relatif au divorce, laisse le choix aux parties de la loi applicable et, à défaut, impose la loi de la résidence commune, la loi la nationalité commune ou la loi du for.

¹³²³ *Loi de Droit International Privé*, art. 51 : « “中华人民共和国民法通则” 第一百四十六条、第一百四十七条, “中华人民共和国继承法” 第三十六条, 与本法的规定不一致的, 适用本法 ».

¹³²⁴ *Loi sur les successions* (中华人民共和国继承法), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

caractéristiques permettant de l'identifier sont une création doctrinale. Ainsi, pour ceux qui défendent une distinction entre loi ordinaire et loi fondamentale, cette dernière serait reconnaissable par deux éléments : son auteur¹³²⁵ et son contenu, qui concerne le « *le droit réglant la globalité de la politique étatique, l'économie et la société*¹³²⁶ ». En réalité, l'attachement de la doctrine chinoise à cette distinction reflète une préoccupation plus politique que juridique, qui s'incarne dans la tension des relations entre le Comité Permanent et l'APN.

189. L'intérêt de la distinction : l'identification du législateur. Deux analyses existent dans le paysage politique chinois. Selon la première, l'APN et son Comité Permanent ne forment qu'un organe unique et, dans ce cas, les lois dites fondamentales ne se distinguent pas des lois ordinaires. En cas de conflit de lois nationales, il faut appliquer les principes énoncés au nouvel article 92 de la *Loi sur la législation*¹³²⁷ : supériorité de la loi nouvelle sur la loi ancienne et de la loi particulière sur la loi générale. En cas de conflit irrésoluble, c'est le Comité Permanent qui tranche¹³²⁸. Dans cette conception, toutes les lois ont la même valeur sans qu'il faille distinguer là où la loi ne distingue pas : « *la Constitution chinoise dissocie la loi (法律) des lois et règlements (法规), mais rien n'est dit sur une séparation entre loi fondamentale et loi ordinaire*¹³²⁹ ».

La seconde analyse implique une différence organique entre l'APN et son

¹³²⁵ Une partie de la doctrine chinoise considère ce critère suffisant en soi (主体条准说).

¹³²⁶ Han Dayuan (韩大元), « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? » (« 全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法 »), *Science du droit*, 2008, n°10, p. 10 : ceux qui soutiennent ce point de vue s'accordent à reprendre le sens donné par l'article 62, al. 3 de la Constitution. Ce critère est désigné en chinois par « 内容条件说 » et ne permet pas à l'Assemblée Populaire, théoriquement, de voter les lois ordinaires. La doctrine du double critère (双重条准说) avance un critère cumulant l'auteur de l'acte et le contenu de la loi.

¹³²⁷ « *Lorsque les lois, règlements administratifs, règles locales, règles autonomes et individuelles et les arrêtés, produits par un même organe, entrent en conflit, la règle particulière l'emporte sur la règle générale, la règle nouvelle sur la règle ancienne* » (同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定).

¹³²⁸ *Loi sur la législation*, nouvel art. 94, al. 1 : en cas de chevauchement sur le même sujet, d'une loi nouvelle et générale et d'une loi ancienne et particulière, la décision de la loi applicable appartient du seul Comité Permanent.

¹³²⁹ Chen Guangzhong, (陈光中), « la Loi sur les avocats n'est pas inférieure à la loi sur la procédure pénale » (« 律师法不是刑法的下位法 »), *Quotidien Juridique*, 3 août 2008. Pour l'auteur le problème des effets de la loi sur les avocats n'implique pas la question de sa hiérarchie, puisque la distinction entre lois n'existe pas. « 律师法的效力问题并不涉及有关上位法和下位法的问题，我国宪法中有法律和法规的划分，但并没有基本法律和一般法律的划分，所以不能说律师法就是下位法，它和刑法同属于法律这一位阶 ».

Comité permanent qui conduit à faire prédominer la loi fondamentale, c'est-à-dire adoptée par l'APN, sur la loi ordinaire adoptée par son Comité Permanent¹³³⁰. Cette différence organique s'incarne en premier lieu dans la différenciation des compétences attribuées aux deux organes et dans leur degré de représentativité démocratique¹³³¹. Le Pr. Han Dayuan, doyen de la faculté de droit de l'Université populaire de Chine, défend quant à lui une justification historique de la séparation des deux organes : si la Constitution de 1954 place l'APN à la tête de l'État tout en la distinguant bien de son Comité Permanent, c'est que les constituants de l'époque ont « *anticipé le risque que ce dernier empiète sur les compétences de l'APN*¹³³² ». Et, bien que le projet de Constitution de 1982 soit resté silencieux quant à la nature de la relation (de subordination ou d'indépendance) du Comité Permanent à l'APN, « *le fait qu'il devienne son organe permanent prend sa source dans des considérations d'opportunité*¹³³³ ». En comparaison des précédentes Constitutions chinoises, l'élargissement des compétences du Comité Permanent dans la Constitution de 1982 n'impliquerait donc pas une « *identité de position constitutionnelle*¹³³⁴ ».

L'intérêt de cette distinction est, nous l'aurons compris, essentiellement politique : originairement, le statut de loi fondamentale devait empêcher toute ingérence du Comité Permanent dans les domaines considérés comme relevant de la compétence exclusive de l'Assemblée Populaire¹³³⁵. Toutefois, les propositions

¹³³⁰ Voir not. Wang Wei, « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN, exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité », préc., p. 185 ; Han Dayuan, « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? », préc., pp. 3-16.

¹³³¹ Han Dayuan, « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? », préc., p. 4.

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ *Ibid.* Le nombre élevé de représentants de l'APN rend difficile à l'exercice, au quotidien, de leur travail.

¹³³⁴ Han Dayuan, « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? », préc., p. 5 : le 12 avril 1982, le secrétaire président du Comité en charge de la modification de la Constitution, Hu Qiaomu, a indiqué que le présent amendement « *renforçait la fonction et la position du CP mais qu'il ne pouvait être totalement juxtaposé avec celles de l'APN* » ; (p. 7) : les procédures législatives diffèrent aussi en fonction de l'organe auteur du texte. Pour l'APN, la procédure législative est inscrite dans les anciens articles 12 à 23 de la *Loi sur la législation* (nouveaux articles 14-25) et celle encadrant le travail du Comité Permanent est soumise aux anciens articles 24 à 41 (nouveaux articles 26-44) de ladite loi ; Stéphanie Balme, (*Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, pp. 53-54) observe que la procédure de soumission des projets de lois à l'APN ou à son Comité Permanent est semblable, « *mais relativement simplifiée* ».

¹³³⁵ Pour beaucoup d'auteurs, la *Constitution* de 1982 a copié l'esprit de celle de 54 ; or, cette dernière n'accordait le pouvoir législatif exclusif qu'à l'APN ; ce n'est qu'après qu'est apparu le Comité Permanent, compétent uniquement pour les « loi-décrets » (法规) : « *autrement dit, la Constitution actuelle qui distingue entre loi fondamentale et loi ordinaire est faite pour résoudre réellement la différence entre le pouvoir législatif de l'APN et de son Comité Permanent, et non pour traiter de la différence interne de l'exercice du pouvoir législatif* ». Shen Shouwen, préc., pp. 137-138 ; ce qui ne

avancées par les auteurs pour traduire cette différenciation organique dans les textes de lois sont loin d'être clairs. Certains défendent l'apposition, dans les lois fondamentales, de la mention systématique « *selon la Constitution, la présente loi est énoncée*¹³³⁶ » ; or, comme en témoigne l'adoption de la *loi sur les droits réels* dont la prépublication a suscité de grands débats universitaires et populaires¹³³⁷, cette mention ne fait qu'aggraver la confusion entre une loi ordinaire et une loi fondamentale. Pire encore, l'ajout de cette mention aux lois votées par l'Assemblée Populaire semble effacer toute trace d'inconstitutionnalité¹³³⁸. En outre, au regard de ses conséquences dans l'agencement normatif, les partisans d'une distinction de compétence ne réfutent pas nécessairement une différenciation des effets entre les deux types de lois (基本法律与非本法律效力等同说¹³³⁹).

190. L'absence de distinction en droit positif. L'exemple de conflit apparu entre certaines dispositions de la *loi sur les avocats* adoptée par le Comité Permanent

l'empêche pas, inversement, de pouvoir adopter des lois ordinaires (p. 134) : l'auteur relève que selon les principes généraux applicables en droit public, « *ce qui n'est pas réglé n'est pas autorisé* » (法无规定不得位) mais l'article 62, al. 15 de la Constitution oriente, au contraire, vers un domaine illimité de compétences de l'Assemblée : « *L'Assemblée Populaire Nationale est compétente dans toutes les autres fonctions qui devraient être exercées par l'organe étatique suprême* » (« 全国人民代表大会行使下列职权 (十五) 应当由最高国家权力机关行使的其他职权 »).

¹³³⁶ « 依据宪法, 制定本法 ». Wang Wei, « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN, exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité », préc., p. 182 : cette expression a été utilisée dans quatre lois depuis la promulgation de la *loi sur les droits réels* : la *Loi sur la médiation populaire* (人民调解法), la *Loi sur la mobilisation de la défense nationale* (国防动员法), la *Loi sur la diplomatie étrangère* (驻外外交法) et la *Loi sur l'assurance sociale* (社会保险法) ; pour Han Dayuan, une loi fondamentale devrait comporter une mention explicite, comme les lois fondamentales de Hong Kong et Macao. V. *Loi fondamentale de la Zone Administrative Spéciale de Macao* adoptée au cours de la 1^{ère} session de la 8^{ème} Assemblée Populaire Nationale le 31 mars 1993 ; *Loi fondamentale de la Zone Administrative Spéciale de Hong Kong*, adoptée au cours de la 3^{ème} session de l'Assemblée Populaire Nationale le 4 avril 1990.

¹³³⁷ Xun Dongguo (孟勤国), « Présentation historique de la loi sur les droits réels chinois » (« 中国物权法的历史价值 »), *Science du droit*, septembre 2007, p. 43 : jusqu'à la mise à diffusion au public du projet de loi en juin 2005 sur le site de l'APN, seule la *loi sur le mariage* avait fait l'objet d'un recueil d'opinions.

¹³³⁸ Gong Xiantian (巩献田), « Lettre ouverte pour l'abrogation de la "Loi sur les droits réels" (projet) violant en partie la Constitution et les principes fondamentaux du socialisme, au regard de l'article 12 de la Constitution et de l'article 73 des PFDC » (« 部违背宪法和背离社会主义基本原则的《物权法 (草案)》—为《宪法》第 12 条和 86 年《民法通则》第 73 条的废除写的公开信 »). Disponible à l'adresse : http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_32266.shtml [dernière consultation le 10 avril 2018]. Dans sa lettre, Gong Xiantian, partisan du système communiste, explique comment le modèle élaboré par l'APN va totalement à l'encontre des principes du socialisme : l'inviolabilité de la propriété publique consacrée par la Constitution est remise en cause par la *Loi sur les droits réels*. Xun Dongguo, préc., p. 50 : l'opinion est plus nuancée, ce dernier reconnaissant que la protection de la propriété publique dans la *loi sur les droits réels* n'a pas encore atteint le degré espéré.

¹³³⁹ Han Dayuan, « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? », préc., p. 11.

en 1996¹³⁴⁰ et la *loi sur la procédure pénale* votée par l'Assemblée Populaire Nationale en 1979¹³⁴¹ est révélateur du flou entourant cette conception doctrinale. La question se posait de savoir si une loi ordinaire promulguée après une loi fondamentale devait prédominer en cas de contrariété entre les dispositions de ces deux lois. La question a, une fois encore, suscité de nombreux débats¹³⁴² ; c'est finalement en août 2008 que le Comité de travail législatif du Comité Permanent a tranché : « *quand la loi nouvelle sur les avocats apporte des compléments amélioratifs à la loi sur la procédure pénale qui sont relatifs aux intérêts des professionnels, en pratique, les nouvelles règles de droit amendent les règles de procédure pénale*¹³⁴³ ». La distinction entre loi fondamentale et loi ordinaire n'a donc joué aucun rôle dans la résolution de ce dilemme, tranché *in fine*, par l'organe auteur de la loi ordinaire. Il n'est donc pas surprenant de constater également le rejet de cette distinction par les instances judiciaires.

En 2005, dans une affaire opposant un individu à un détachement de police de sécurité routière de la ville de Kunming (Yunnan), le demandeur a soulevé l'illégalité de l'amende administrative à laquelle il avait été condamné¹³⁴⁴ au motif qu'elle avait été prise sur la base de la *loi sur la sécurité routière*, loi ordinaire, qui était contraire à la *loi sur les sanctions administratives*, loi fondamentale. La question de la contrariété des deux lois a donc été posée aux juges de première instance qui ont rejeté la demande au motif que « *la loi sur la sécurité routière est une loi spéciale au regard de la loi sur les sanctions administratives. Or, selon les règles applicables en cas de*

¹³⁴⁰ Amendée en 2001.

¹³⁴¹ Amendée en 1997 et 2012.

¹³⁴² Han Dayuan, « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN ? », préc., p. 15 : en conséquence, en dehors des sessions de chacune des deux chambres en 2008, la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois, a proposé, via le Professeur Tianlu une « Opinion sur l'unification du contenu de la Loi sur les avocats et la Loi de procédure pénale »

¹³⁴³ V. Réponse à la proposition n°1524 de la Conférence Consultative Politique, (全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对政协十一届全国委员会第一次会议第1524号(政治法律类137号)提案的答复), août 2008.

¹³⁴⁴ Affaire Zhu Suming c/ Police de la ville de Kunming ; Tribunal Populaire du Guandu (Kunming, Yunnan), 2005 n°79 ; Cour Intermédiaire de Kunming (Yunnan), chambre administrative, 8 sept. 2005 n°124 (2005 终字第 124 号行政判决书), note Han Dayuan, disponible à l'adresse : <http://lesson.calaw.cn/article/default.asp?id=62> [dernière consultation le 7 janv. 2015]. Le 18 mai 2005, dans l'affaire Zhu Suming (朱素明), le demandeur avait formé une action en justice contre le détachement de police de sécurité routière de la ville de Kunming (Yunnan), en invoquant l'illégalité de l'amende administrative à laquelle il avait été condamné d'un montant de 100 yuans (environ 12 euros) en raison de son passage sur une voie de bus. Au moment des faits, les policiers ont arrêté le demandeur qui avait roulé sur une voie de bus, l'ont informé de l'illégalité de l'acte commis en application des articles 37 et 90 de la *Loi de sécurité routière* de la RPC et ont produit une « décision écrite de sanction par procédure simplifiée

*conflit de lois, la loi spéciale prévaut sur la loi générale*¹³⁴⁵ ». Les juges administratifs, compétents pour contrôler la légalité des actes administratifs concrets en Chine, ont donc décidé de la conformité de la procédure mise en place par les agents de police et du maintien de l'amende administrative. Les juges d'appel ont confirmé le jugement de première instance et rappelé fermement l'absence de distinction et surtout de hiérarchie entre les lois adoptées par le Comité Permanent et celles votées par l'Assemblée Populaire Nationale :

« Dans le système législatif chinois, l'Assemblée Populaire Nationale et le Comité Permanent sont tous deux des organes législatifs étatiques établis en droit, exerçant également le pouvoir législatif suprême. Le Comité Permanent est l'organe permanent de l'APN ; lorsque celle-ci n'est pas en session, il exerce de manière continue sa compétence législative du plus haut niveau, il ne peut pas y avoir de conflit hiérarchique (层级冲突) concernant le rang des lois adoptées par ces deux organes. Par conséquent, la question du conflit entre une "loi supérieure" et une "loi inférieure" n'a pas lieu d'être¹³⁴⁶ ».

Pour Han Dayuan, ces deux décisions soulèvent la question du pouvoir du juge de résoudre un conflit de lois impliquant l'appréciation d'une loi fondamentale. Le point final du débat semble avoir été apporté par la Cour Populaire Suprême, dans son « compte-rendu de la réunion portant sur la question de l'application des règles de droit dans les instances administratives » : lorsqu'un conflit apparaît entre deux lois réglementant le même sujet sans que le juge sache laquelle appliquer, il doit suspendre l'audience pour solliciter la Cour Populaire Suprême. Cette dernière devra à son tour demander au Comité Permanent de décider de la loi applicable¹³⁴⁷. En conclusion, les appels doctrinaux quant à l'instauration d'une hiérarchie des lois semblent insuffisants face au phénomène de toute-puissance du Comité Permanent¹³⁴⁸.

191. Ainsi, entre la norme suprême mais non invocable par les justiciables et une distinction textuelle des lois ineffective en pratique, on comprend les difficultés

¹³⁴⁵ Tribunal Populaire du Guandu (Kunming, Yunnan), 2005 n°79 cité également dans Shen Shouwen, préc., p. 140.

¹³⁴⁶ Cour Intermédiaire de Kunming (Yunnan), chambre administrative, 8 sept. 2005 n°124 (2005 终字第 124 号行政判决书) : « 在我国立法体系中, 全国人大与全国人大常委会都是法律的制定主体, 均为行使最高立法权的国家立法机构, 全国人大常委会是全国人大的常设机关, 在全国人大闭会期间, 其可以经常性地行使国家最高层次的立法权, 两个国家最高立法机构所制定的法律不应存在位阶上的“层级冲突”, 即不会产生“上位法”与“下位法”之间冲突的问题 ». Les juges d'appel ont notamment sanctionné le défaut d'argument juridique invoqué par l'appelant.

¹³⁴⁷ Cette solution rappelle la possibilité de saisir le Comité Permanent conformément à l'ancien article 43 (nouvel article 46) de *Loi sur la législation*.

¹³⁴⁸ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 50.

de parler d'une véritable hiérarchie des normes en Chine¹³⁴⁹ (et ce, sans même mentionner les conflits de normes générés par les règles administratives). Ce décalage entre le texte et la réalité peut mener à accroître les difficultés rencontrées par les juges pendant le processus de résolution d'un conflit. Leur décision doit s'inscrire dans un cadre strictement délimité par la loi sans possibilité, officielle, de puiser des règles non prévues par le législateur dans des principes supérieurs, éventuellement incarnés par la Constitution. En outre, dans un État qui n'exerce pas la séparation des pouvoirs, il est toujours surprenant de constater que le législateur peut intervenir en cas de conflit de règles soulevé en cours d'instance.

Le lecteur avisé aura sans doute perçu, dans les développements précédents, l'utilisation de plusieurs qualifications pour désigner des références normatives comme les « Réponses » ou encore les « Décisions » élaborées par l'organe législatif ou judiciaire. Ces formes de règles de droit constituent en réalité une technique indispensable à la perfection et à la complétude de l'ordre juridique chinois en venant guider le travail du juge et concrétiser les termes de la loi. Plus précisément, ces outils normatifs appartiennent à une catégorie de source de droit institutionnalisée en Chine : l'interprétation juridique.

Section II. Les interprétations juridiques en tant que source de droit en Chine.

192. Un problème commun à la France et à la Chine réside dans le passage de la règle écrite à la règle appliquée¹³⁵⁰. Entre les deux sphères se trouve la figure du juge, chargé de dégager la règle de droit applicable aux faits de l'espèce. Ce processus de spécification de la règle n'est pas sans poser problème : outre les lacunes législatives, l'inflation des textes de droit peut conduire, en Chine comme en France, à des incohérences, voire des conflits de lois, poussant le juge à temporiser l'application d'une règle, à l'adapter en fonction du cas, voire à l'écarter pour un jugement en

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 38. L'auteur parle d'un « labyrinthe normatif ».

¹³⁵⁰ V. not. Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, *op.cit.*, p. 38 : l'opération effectuée par le juge au moment de dire le droit est une opération de spécification, de traduction : « Ce que fait le juge, ce dont il s'assure dans son jugement, c'est donc que l'exécution de la loi donne lieu non pas simplement à une individualisation, une particularisation de la loi, mais à sa spécification, c'est-à-dire à une exécution de la loi qui permette de retrouver dans le cas singulier qui lui est soumis la généralité de la loi qu'il applique ».

équité¹³⁵¹... Véritable intermédiaire actif de la chaîne judiciaire, le juge, en rendant sa décision, exerce son pouvoir d'interprétation aux faits qui lui sont soumis et à la règle qu'il doit mettre en œuvre. Les auteurs réalistes enseignent ainsi que même réduit à une bouche de la loi ou à la fonction de simple exécuteur de droit, le juge exerce des choix sur l'interprétation d'un texte, ne serait-ce qu'en relevant l'absence d'ambiguïté de ce dernier : le juge, par sa position dans l'institution de la justice, est donc le véritable interprète du droit.

Cette affirmation revêt une tournure quasi-idiomatique. Néanmoins, en Chine, un tel postulat doit être démontré. En France, la pratique de l'interprétation juridique est généralement pensée, dans un premier temps, dans la sphère judiciaire ; par opposition à l'interprétation doctrinale, elle devient le fondement d'une pratique plus large : la jurisprudence. En Chine, la particularité de l'organisation étatique réside dans le fait que la pratique de l'interprétation officielle n'est pas restreinte à la sphère judiciaire et permet la coexistence, au sein d'un même système juridique, d'interprétations législative, administrative et, enfin, judiciaire. Si, en France, l'exigence de séparation des pouvoirs admet qu'une même fonction puisse être exercée par divers organes mais non l'inverse¹³⁵², le système chinois permet également qu'un même organe exerce diverses fonctions. Le principe d'une *répartition* du pouvoir d'interprétation des textes entre les trois organes suprêmes ne doit donc pas être surprenant. À cela s'ajoute la tendance légistique chinoise, qui, privilégiant des lois « flexibles » afin d'être adaptées aux variations des comportements humains¹³⁵³, impose que la concrétisation – inévitable – des règles juridiques passe par un renforcement de leur interprétation. À l'inverse, dans un système où les lois sont présumées complètes et suffisantes à elles-mêmes – n'est-ce pas la volonté sous-jacente affichée par l'article 5 de notre Code civil ? – l'interprétation n'est censée apparaître qu'au moment de l'application de la règle de droit. Dans les cas où elle devient créatrice, l'herméneutique suppose alors un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif – et non pas une répartition

¹³⁵¹ Ce qui est toutefois extrêmement rare en France. En 2013 la Cour de cassation a rendu un jugement en équité : Cass, 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 1389 (12-29-066) ; V. Communiqué relatif à l'arrêt n°1389 du 4 décembre 2013 (12-26.066) de la première chambre civile.

¹³⁵² *surpa* ; Arthur Dyevre, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n°4, 2010, p. 19.

¹³⁵³ Peter H. Corne, préc., p. 374.

– selon la conception dite classique de la séparation des pouvoirs¹³⁵⁴. La Chine a institutionnalisé la technique de l'interprétation par la répartition des compétences interprétatives entre les divers organes suprêmes étatiques (§ 1). Si la supériorité du pouvoir législatif est, une fois encore, affirmée dans les textes, la Cour Populaire Suprême a su tirer bénéfice de l'inactivité du législateur en s'affirmant comme principale interprète du droit chinois (§ 2).

§1. La répartition de la compétence interprétative entre les organes étatiques chinois.

193. En France, l'interprétation en soi est considérée au premier abord comme une technique, comme une science. Les problématiques qui lui sont généralement liées sont d'ordre axiomatique – l'interprétation existe-t-elle ? – et méthodologique – comment est-elle pratiquée ? En théorie des sources de droit, c'est la place de l'interprétation dans le modèle pyramidal qui est problématique¹³⁵⁵. La loi, en France, ne commande pas la mise en place d'un système d'interprétation uniforme des textes juridiques aussi poussé ; le statut prétorien de la jurisprudence française suffit à garantir l'uniformité du droit¹³⁵⁶. L'originalité du système chinois est d'avoir su créer une véritable institution binaire¹³⁵⁷ de l'interprétation (A) dont la légitimité dépend

¹³⁵⁴ Arthur Dyevre, préc., p. 26. Une conception qui implique de reconnaître, selon l'auteur, que la fonction législative domine intrinsèquement les deux autres. M. Dyevre se fonde sur cet argument (p. 19) : la doctrine de la séparation des pouvoirs entendue ici comme conception traditionnelle supposant une différenciation des trois organes exerçant le pouvoir politique et leur indépendance, suppose une détermination parfaite des énoncés sémantiques ce qui n'est pas possible en réalité. Une loi en effet aura toujours – à l'exception, pour l'auteur, des règles électorales – un degré d'indétermination, lequel confère l'étendue du pouvoir discrétionnaire aux organes chargés de concrétiser la loi.

¹³⁵⁵ François Ost, Michel van de Kerchove, *op.cit.*, p. 45 : il existe en effet une « incompatibilité partielle entre ses conceptions [kelséniennes] de la structure du système juridique et sa théorie de l'interprétation, théorie qui conduit à admettre que les organes d'application d'une norme juridique, en interprétant celle-ci, se trouvent amenés, malgré leur situation de subordination, à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle ». Face à cette énigme, l'école réaliste considère que les normes générales n'ont de norme que le nom et que les vraies normes sont d'ordre jurisprudentiel ; à l'inverse, les normativistes analysent les décisions comme des « phénomènes juridiquement indépendants » qui ne remettent pas en cause la normativité de la règle générale : Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2, n°50, p. 282.

¹³⁵⁶ Notamment depuis l'ouverture à la cassation du contrôle de l'interprétation et de l'application de la loi au début du XIX^e siècle qui a élargi le fondement originellement disciplinaire de l'action des juges de cassation au fondement jurisprudentiel : Évelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985, pp. 247-248

¹³⁵⁷ L'analyse laisse de côté le Conseil des Affaires d'État, l'organe administratif suprême de la Chine.

directement de son monopole, théorique, par le Comité Permanent. Bien que la création d'un tel régime réponde de motifs une fois encore politiques (confier le pouvoir d'interpréter des textes de droit à l'organe législatif répond au principe du centralisme démocratique), l'absence de séparation des pouvoirs ne doit pas être un obstacle à une tentative de comparaison de la pratique herméneutique d'origine législative entre la France et la Chine (B).

A. L'institutionnalisation en Chine de la pratique de l'interprétation.

194. L'interprétation normative, de manière générale, vise à consolider le système juridique, en imposant que pour toute situation similaire soit appliquée pareillement la règle de droit ; cet objectif, lié au souci de sécurité juridique, voire d'efficacité, est commun à la Chine et à la France¹³⁵⁸. Le régime chinois de l'interprétation juridique est fondé sur un principe de cohérence des sources (1) légitimé par la mainmise – théorique – de l'organe législatif sur la pratique de l'interprétation (2).

*1. Le principe de cohérence des sources ou la fonction unificatrice de l'interprétation*¹³⁵⁹.

195. La pratique de l'interprétation, une réponse à l'inflation des textes. Un des premiers facteurs logiques de mise à mal de la cohérence d'un système juridique est l'inflation des textes. Les mécanismes de contrôle mis en place tels qu'un Conseil ou une chambre constitutionnel(le), s'ils permettent une surveillance de la qualité du texte par rapport à des principes jugés fondamentaux au sein d'un État, sont insuffisants à contrôler « l'uniformité » du système juridique en son entier. Les failles d'un ensemble juridique sont révélées le plus souvent au moment des contentieux ; elles constituent, plus largement, la base du travail du praticien. Les auteurs réalistes américains ont pu constater une corrélation entre la lisibilité des textes et le taux

¹³⁵⁸ Au sujet de la fonction normative de la jurisprudence, en tant que règles énoncées par la Cour de cassation et « dont la stabilité dépasserait celle de la règle légale » : Évelyne Serverin, *op.cit.*, pp. 279 et s.

¹³⁵⁹ Sur ce point voir not. Tian Fang (田芳), « La construction d'un système d'interprétation uniforme du droit par le Comité Permanent » (« 论全国人大常委会法律统一解释体制构建 »), *Journal de l'Université du Sud-Est de droit et sciences politiques*, vol. 15, n°3, juin 2013, pp. 25-35.

d'affaires portées devant la Cour Suprême : le degré de clarté des règles est inversement proportionnel à la montée des échelons juridictionnels¹³⁶⁰. L'adoption de lois nouvelles n'est alors pas la solution la plus appropriée puisque ce n'est pas le défaut de règle qui est mis en cause mais bien sa grande quantité, qui influence dès lors sur sa qualité.

La dynamique du régime d'interprétation chinois tend justement, en théorie, à ne pas produire plus de textes qu'il n'en existe en droit positif, mais à les compléter, les préciser et éclairer leur obscurité. Fondée sur la logique « *E jus est interpretari legem qui condidit legem*¹³⁶¹ », l'interprétation chinoise vise en priorité l'application uniforme du droit sur le territoire. Mais sa politique territoriale tendrait à contrecarrer cette exigence : outre l'immensité du territoire chinois, son découpage territorial, accentué par la création de zones spéciales ou encore de zones dite autonomes dans lesquelles naissent des sous-ensembles normatifs peut rendre difficile l'application cohérente des règles¹³⁶².

196. Les sources de l'interprétation officielle en Chine. Instauré dès la Constitution de 1954¹³⁶³, ce système d'interprétation d'influence marxiste¹³⁶⁴, a été consolidé par la « Décision du Comité Permanent relative au renforcement du travail d'interprétation » de 1981¹³⁶⁵ (ci-après la Décision de 1981), constitutionnalisé partiellement en 1982¹³⁶⁶ et détaillé par la *Loi sur la législation* en 2000¹³⁶⁷. Seules la Décision de 1981, dont la validité a d'ailleurs été remise en cause en raison de son contenu¹³⁶⁸, et la *Loi organique des tribunaux populaires*¹³⁶⁹ reconnaissent une

¹³⁶⁰ Arthur Deyvre, préc., p. 22 : plus les règles sont claires et précises, moins le litige aura de chance de monter les échelons juridictionnels (qui débute par le cabinet d'avocat qui opère une première sélection pour finir à la Cour Constitutionnelle ou Cour Suprême). C'est ce que l'auteur appelle ici la « surreprésentation des cas indéterminés dans la chaîne contentieuse ».

¹³⁶¹ Qui produit le droit l'interprète.

¹³⁶² *Supra* n°159.

¹³⁶³ La *Constitution* chinoise de 1954 confère, dans son article 31, la compétence d'interprétation au Comité Permanent.

¹³⁶⁴ Peter H. Corne, préc., p. 395.

¹³⁶⁵ « Décision relative au renforcement du travail d'interprétation », adoptée au cours de la 19^{ème} session du Comité Permanent de la 5^{ème} Assemblée Populaire Nationale, le 10 juin 1981, (关于加强法律解释工作的决议), (Décision de 1981). La première partie de cette décision reprend le contenu d'une décision similaire rendue en 1955, la « Décision concernant le travail d'interprétation juridique », abolie depuis.

¹³⁶⁶ *Constitution chinoise* de 1982, article 67 (1), (4).

¹³⁶⁷ *Loi sur la législation*, section IV, nouveaux art. 45-50.

¹³⁶⁸ Bien que le Comité Permanent détienne, déjà à l'époque, la compétence d'interprétation de l'ensemble des textes juridiques, aucun texte ne l'autorise à déléguer ce pouvoir à des organes tiers : Zhou Wangsheng (周旺生), « Recherches sur l'actuel système d'interprétation juridique en Chine » (« 中国现行法律解释制度研究 »), *Science du droit moderne* (现代法学), vol. 25, n°2, 2003, p. 5.

Le contrôle de l'organe législatif sur la production de normes interprétatives a été facilité par le défaut de définition officielle en Chine de l'interprétation et par la construction par « à coups » de l'institution. Ainsi, le seul texte faisant état de l'ensemble du régime de l'interprétation est la Décision de 1981, qui classe les interprétations selon leur fonction :

- 1) *« Les lois et articles de lois qui nécessitent d'être clarifiés dans leur domaine* ou complétés par des règles sont interprétés ou complétés par le Comité Permanent de l'APN ;*
- 2) *les questions concernant l'utilisation concrète de la loi et des règles de droit dans le travail juridictionnel sont l'objet d'une interprétation par la Cour Populaire Suprême. Les questions concernant l'utilisation concrète de la loi et des règles de droit dans le travail du procureur font l'objet d'une interprétation par le Procureur Populaire Suprême. En cas de divergence de principe entre la Cour Populaire Suprême et le Procureur Populaire Suprême, le Comité permanent est sollicité pour rendre une interprétation ou une décision ;*
- 3) *les questions portant sur l'utilisation concrète de la loi et des règles de droit qui n'appartiennent pas au travail des tribunaux ou des procureurs font l'objet d'une interprétation donnée par le Conseil des Affaires d'État et ses principaux départements ;*
- 4) *les textes des règles locales qui nécessitent d'être complétés ou clarifiés dans leur domaine [d'application] sont interprétés ou complétés par les comités permanents des assemblées locales de niveau provincial, des Régions Autonomes ou des municipalités sous contrôle administratif direct, qui sont auteurs de la règle. Les questions relatives à l'utilisation concrète d'une règle locale font l'objet d'une interprétation par les départements des gouvernements populaires des mêmes échelons¹³⁷⁴ ».*

¹³⁷⁴ Traduction personnelle de la décision. La décision originale est la suivante :

« 一、凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限* (la traduction littérale devrait être « frontière » et non « domaine ») 或作补充规定的, 由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。

二、凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题, 由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题, 由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧, 报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。

De ce texte, plusieurs constatations s'imposent. Tout d'abord, il semble difficile de distinguer entre la « clarification du domaine de la loi » et celle de son « utilisation concrète (ou spécifique) », ces deux fonctions interprétatives pouvant facilement s'entrecroiser. Cette distinction suppose de comprendre l'interprétation issue des organes législatifs au sens large, *i.e.* comme « *l'émission de règles à vocation complétive qui surpassent le domaine de la seule interprétation juridique et qui appartiennent au domaine de la production de règles nouvelles, de règle à vocation complétive ou de règles d'exécution*¹³⁷⁵ ». Ensuite, si la Décision de 1981 s'attache à clarifier les compétences interprétatives des pouvoirs judiciaire et législatif, force est de constater que le pouvoir administratif (central et local) n'a aucun domaine précis : *a contrario*, on pourrait considérer qu'il détient une compétence de principe en matière d'interprétation dans les cas autres que ceux énoncés au 1) et 2) de la Décision de 1981. Cela expliquerait, dans une certaine mesure, les innombrables instruments dits « normatifs » dont dispose l'administration en Chine¹³⁷⁶ et qui conduisent au phénomène de « *gouvernance par notice administrative*¹³⁷⁷ ». Enfin, aucune mention ne porte sur les relations entre ces diverses interprétations : comment résoudre les éventuels conflits pouvant naître d'une délimitation ambiguë des sphères de compétence ? L'interprétation en elle-même doit-elle être considérée comme une norme à part entière du fait de son institutionnalisation ou est-elle rattachée à la loi interprétée ? En Chine, les effets de l'interprétation législative sont identiques à ceux de la loi¹³⁷⁸, mais aucune règle n'aménage les effets des interprétations formulées par la Cour Suprême. Cela semble s'expliquer, une fois n'est pas coutume, par la nature de régime d'assemblée du système chinois : le législateur chinois est le premier

三、不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。

四、凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释»。

¹³⁷⁵ Shen Zongling (沈宗灵), « Essai sur l'interprétation juridique » (« 论法律解释 »), *Sciences juridiques chinoises* (中国法学), vol 10 n°2, juin 1993, p. 61 : « “进一步明确界限”属于广义的法律解释范围，“作补充规定”已超出法律解释范围而属于制定新的，补充性法律或法规的范围 »。

¹³⁷⁶ V. Peter H. Corne, préc., p. 416 ; pour Chen Jianfu (*Chinese Law : Context and Transformation, op.cit.*, p. 199), l'absence de domaine d'interprétation réservé officiellement à l'administration s'expliquerait simplement par l'incompétence du pouvoir législatif en matière administrative. Le CAE détient un pouvoir exclusif sur la sphère administrative, renforcé par les circulaires de 1993 et 1999 (Circulaire concernant les procédures et pouvoirs d'interprétations des règles administratives, bureau général du Conseil des Affaires d'État, 3/03/1993 et 10/05/1999).

¹³⁷⁷ Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, pp. 45 et s.

¹³⁷⁸ *Loi sur la législation*, nouvel art. 50.

responsable de la bonne application de ses lois ce qui lui confère, en théorie, le monopole de l'interprétation.

2. Le monopole théorique de l'interprétation dans les mains du législateur.

197. La lecture croisée de la Constitution chinoise et de la *Loi sur la législation* permet de délimiter la compétence d'interprétation du Comité Permanent : ce dernier est compétent pour interpréter la Constitution¹³⁷⁹ et la loi¹³⁸⁰ dans deux situations : lorsque « *le sens concret des règles de droit doit être précisé*¹³⁸¹ » et lorsqu'une nouvelle situation apparaît après la publication d'une loi, qui nécessite *d'éclaircir* (明确) la référence juridique applicable¹³⁸².

198. L'existence symbolique de l'interprétation constitutionnelle. L'interprétation constitutionnelle n'a jamais été formellement exercée par le Comité Permanent mais suscite des débats intenses au sein de la doctrine chinoise¹³⁸³. En premier lieu vient, non sans surprise, le fait que la Comité Permanent soit compétent pour interpréter la Constitution alors que le pouvoir de modification de la norme fondamentale chinoise appartient à l'Assemblée Populaire Nationale. Même les auteurs chinois qui défendent une conception « normativiste » de l'interprétation et qui mettent un point d'honneur à distinguer l'interprétation de la création sont dubitatifs quant à confier le pouvoir d'interpréter la Constitution à un organe législatif :

« [L'interprétation constitutionnelle] n'est pas l'activité par laquelle on produit la Constitution ou par laquelle on l'amende, ce n'est pas non plus une activité législative ; c'est une activité de mise en œuvre [litt. *d'exécution, d'application*, 实

¹³⁷⁹ *Constitution chinoise*, art. 67 (1).

¹³⁸⁰ *Constitution chinoise*, art. 67 (4).

¹³⁸¹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 45, al. 2 (1) : « 法律的规定需要进一步明确具体含义的 ».

¹³⁸² *Loi sur la législation*, nouvel art. 45, al. 2 (2).

¹³⁸³ Jiang Huiling (蒋惠岭 chef adjoint au bureau de la CPS), « Trois questions fondamentales du régime d'interprétation constitutionnelle en Chine », (« 我国宪法解释制度的三个基础理论问题 ») 24 déc. 2014, disponible sur le site des juridictions chinoises (chinacourt.org) ; Yuan Jiliang (袁吉亮, secrétaire à l'époque du Comité Permanent), « Réflexion sur l'absence de conformité du régime d'interprétation légale » (« 论立法解释制度之非 »), *Sciences juridiques chinoises*, n°4, 1994, pp. 24-29.

施活动] du droit, conférée par la Constitution à un organe spécial qui possède une nature judiciaire¹³⁸⁴ ».

La question de l'interprétation législative d'une loi¹³⁸⁵ suscite en revanche un réel intérêt dans la pratique juridique chinoise, ne serait-ce qu'en raison de l'effectivité de la loi (contrairement à la norme constitutionnelle). Bien que le Comité Permanent ait exercé cette fonction de manière faible et sporadique¹³⁸⁶, le fait qu'il puisse interpréter les termes d'une loi, à la demande d'un organe tiers ou de sa propre initiative, soulève la question de la nature de cette interprétation¹³⁸⁷.

199. La pratique de l'interprétation législative. Un premier exemple d'interprétation donnée par le Comité Permanent (à la demande de la Cour Populaire Suprême, sur la modification du nom de famille¹³⁸⁸) porte sur la question de la conciliation de l'article 99 des *Principes Généraux de Droit Civil* et de l'article 22 de la *Loi sur le mariage*¹³⁸⁹. La question portait sur la possibilité accordée ou non par la loi à un citoyen chinois de choisir un nom de famille qui ne soit ni celui de son père, ni celui de sa mère. Pour le Comité Permanent, les règles d'attribution du nom de famille maternel ou paternel incarnent la tradition chinoise clanique qui doit évoluer face aux réalités sociales contemporaines ; il répond ainsi par la positive, sous certaines conditions¹³⁹⁰. Plus souvent, les interprétations chinoises des lois clarifient les articles dans lesquels une règle est prévue « sauf exception » ou dont le texte reste « ouvert ». Ainsi en est-il, par exemple, d'un article qui définit la qualité des travailleurs d'État en indiquant que sont considérés travailleurs d'État, « *tout autre*

¹³⁸⁴ Jiang Huiling, préc., [en ligne] : « 宪法解释不是制宪活动或修宪活动，也不是立法活动，而是宪法赋予特定机关的具有司法属性的法律实施活动 ».

¹³⁸⁵ Ci-après dénommée simplement par « interprétation législative », (立法解释).

¹³⁸⁶ Depuis 1996, seulement seize interprétations législatives ont été rendues, auxquelles il faut rajouter la dernière de 2014.

¹³⁸⁷ Cai Dingjian, « Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law », In Chen Jianfu, Li Yuwen, Jan Michel Otto (dir.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, op.cit., p. 39 : cette compétence trouverait son fondement dans la fonction de supervision attribuée à l'organe législatif.

¹³⁸⁸ « Interprétation du Comité Permanent de l'APN de l'article 99 des PGDC (1986) et de l'article 22 de la *Loi sur le mariage* », 1^{er} novembre 2014 (全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第二十二条的解释).

¹³⁸⁹ PGDC (1986), art. 99, al. 1 : « *Les citoyens possèdent le droit au nom de famille, le droit d'en décider et d'utiliser, selon les règles, de modifier leur propre nom* ». *Loi sur le mariage*, art. 22 : « les enfants peuvent porter soit le nom du père, soit le nom de la mère ».

¹³⁹⁰ Les trois possibilités de changement de nom incluent le choix d'un nom de famille porté par des ancêtres ; lorsqu'un individu a été élevé par des individus autres que les parents prévus par la loi ; dans les cas où le changement de nom est motivé par une raison légitime et ne viole pas l'ordre public et les bonnes mœurs.

*individu engagé dans les affaires publiques selon la loi*¹³⁹¹ ».

Dans de tels cas, l'interprétation rendue ne se contente pas de préciser le sens de la loi mais crée de nouvelles règles, toute aussi générale d'application. Le Comité Permanent peut d'ailleurs formuler une interprétation sans saisine préalable par un tiers, ce qui tend à effacer la frontière entre loi et interprétation législative¹³⁹². En outre, les différentes formes d'interprétation législative sont importantes puisqu'elles conditionnent leur applicabilité par les tribunaux populaires. Parmi ces « instruments interprétatifs », les « Résolutions¹³⁹³ » (决定) doivent être appliquées et peuvent être citées dans les décisions de justice, contrairement aux « Opinions » (意见), généralement produites par la Commission des Affaires Législatives. Bien qu'elles ne soient jamais citées par les tribunaux, elles peuvent former la base des opinions « standard » de la Cour Suprême¹³⁹⁴.

B. Comparaison de la pratique de l'interprétation législative en Chine et en France.

200. Interprétation législative et loi d'interprétation. *L'interprétation législative* du Comité Permanent est-elle comparable à la *loi interprétative* adoptée par l'Assemblée Nationale française ?

« Dans certains pays, ce sont les lois interprétatives qui sont prohibées : ainsi, au Portugal, [...] les dispositions interprétatives ont été sanctionnées comme portant atteinte à la garantie de recours contentieux ; en Italie, la Cour constitutionnelle a adopté une conception matérielle des textes interprétatifs, en distinguant les “ dispositions interprétatives authentiques ” (dont le caractère herméneutique ne résulte pas de la loi interprétative elle-même, mais du contexte de la loi interprétée), des “ lois interprétatives déguisées ”, qui, dès lors qu'elles ne satisfont pas à la définition sus-rappelée, sont inconstitutionnelles¹³⁹⁵ ».

En France, la définition de loi interprétative est l'œuvre en grande partie de la jurisprudence : « une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant

¹³⁹¹ *Loi pénale*, art. 93, al. 2 ; CPAPN, « Interprétation relative à l'article 93, alinéa 2 de la "loi pénale" » du 29 avril 2000 (全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的解释释义).

¹³⁹² Accentué par le fait que la *Loi sur la législation* reconnaît, dans son nouvel article 50 (ancien art. 47) le même degré d'effet accordé à la loi et à son interprétation (de nature législative).

¹³⁹³ Peter H. Corne, préc., pp. 397-398.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ Rapport de l'Assemblée Nationale du 12 novembre 1998, disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1191.asp> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse¹³⁹⁶ ». En Chine, la doctrine comprend souvent l'interprétation législative au sens large comme « *l'interprétation d'un document juridique normatif par son auteur*¹³⁹⁷ ». Dès lors, l'interprétation législative ne porterait pas, comme son nom l'indique, sur le sens à accorder aux seules lois : cette acception couvre également les interprétations issues des organes auteurs des règlements administratifs et des règles locales relatives à leurs propres normes. La pratique en Chine a cependant réduit cette expression aux seules interprétations rendues par le Comité Permanent¹³⁹⁸. Cette acception doit être retenue pour une comparaison avec les lois interprétatives françaises.

En Chine, si les procédures respectives d'élaboration de la loi et d'interprétation législative diffèrent, cette dernière bénéficiant d'une procédure « allégée », leurs effets, en revanche, sont identiques : l'interprétation du législateur chinois bénéficie systématiquement de la nature législative ; elle peut ainsi être considérée comme une extension du pouvoir législatif. Cette conception diffère fondamentalement avec la loi interprétative française qui doit se contenter de préciser le sens d'une loi, sans créer de nouvelle règle. Dans ce dernier cas, on peut supposer que la règle a toujours existé mais, qu'en raison d'une formulation imparfaite de son texte, elle nécessite d'être clarifiée : en toute logique donc, la règle interprétée est présumée exister depuis sa formulation primaire, même maladroite. La loi interprétative pose ainsi la question de ses effets rétroactifs, ce qui n'est pas sans susciter des controverses¹³⁹⁹ en France, où la rétroactivité en droit est de plus en plus restreinte¹⁴⁰⁰. Ainsi, en cas d'omission du législateur quant à la dénomination de sa production normative, la tendance jurisprudentielle est au renforcement des conditions de qualification de la loi interprétative, voire de l'abandon de l'effet rétroactif attaché au statut de loi interprétative¹⁴⁰¹. Il s'agit de protéger le justiciable de l'ingérence du pouvoir

¹³⁹⁶ Cass. civ. 2^e, 20 février 1963, *Bull. Civ. II*, n° 174 ; Cass. soc. 15 février 1978, *Bull. Civ. V*, n° 110 ; 13 mai 1985, *Bull.*, V, n° 291 ; 7 janvier 1987, *Bull.*, V, n° 2 ; 13 novembre 1990, *Bull.*, V, n° 542 ; Cass. com. 29 janvier 1962, *Bull. Civ. IV*, n° 57 ; 2 octobre 2001, *Bull.*, IV, n° 156 ; Cass. civ. 3, 27 février 2003, *Bull. Civ III*, n° 53.

¹³⁹⁷ Fan Yu (范榆), « Théorie et pratique de l'interprétation juridique », (« 法律解释的理论与实施 »), *Revue juridique de Jin Ling* (金岭法律评论), aut. 2003, p. 25.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ *Ibid.* ; Pascale Deumier, « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », *RTD civ.* 2004, p. 603.

¹⁴⁰⁰ Nicolas Molfessis, « La notion de loi interprétative », *RTD civ.* 2002, p. 599.

¹⁴⁰¹ Cass, Ass. Plén., 23 janvier 2004, *Bull.*, n° 03-13617 ; Pascale Deumier, « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », préc. La révolution en la matière initiée par la Cour de cassation implique de passer d'une rétroactivité « naturelle » de la loi interprétative à une rétroactivité « intentionnelle ». De

législatif dans l'administration de la justice susceptible d'influencer la solution du procès, sauf en cas d' « *impérieux motif d'intérêt général*¹⁴⁰² ».

En Chine, le nouvel article 93 (ancien 84) de la *Loi sur la législation* impose le principe de non-rétroactivité des lois, des lois et règlements administratifs, des lois et règlements locaux, des règlements autonomes et individuels et des arrêtés, à l'exception de ceux « *éditées spécialement dans le but de mieux protéger les droits et intérêts des citoyens, personnes légales et autres organisations* ». Toutefois, aucune règle ne traite spécifiquement de l'absence de rétroactivité des interprétations¹⁴⁰³. Un premier point de vue consiste à considérer l'interprétation législative comme « élément » de la loi interprétée¹⁴⁰⁴ qui justifierait la rétroactivité des lois interprétatives. Pourtant, plusieurs éléments vont dans le sens d'une reconnaissance d'effets normatifs propres à l'interprétation législative chinoise et rendent problématique, dès lors, sa rétroactivité. Tout d'abord, l'interprétation législative est officiellement considérée comme une « forme de législation » : elle diffère de l'amendement¹⁴⁰⁵ ou de la simple abrogation, par sa fonction et non par sa nature¹⁴⁰⁶. Ensuite, du point de vue de son contenu, on a pu voir que l'interprétation législative peut compléter les insuffisances d'un texte de loi : l'interprétation

même, l'auteur souligne que le contrôle de qualification opéré par les juridictions sur la nature de loi interprétative devient inutile « puisque dénué d'effets dans le temps » : « les lois interprétatives sont dorénavant soumises au principe de non-rétroactivité » ; Philippe Théry, « Le droit à une législation figée ? », *RTD Civ.*, 2004, p. 341. L'auteur ici est plus nuancé et s'interroge sur le bien-fondé du critère jurisprudentiel qui impose de justifier « d'impérieux motifs d'intérêt général » pour reconnaître une loi interprétative.

¹⁴⁰² V. par ex, Com., 14 décembre 2004, n°01-10780, *Bull. Civ. IV*, n°227, p. 257.

¹⁴⁰³ Le problème est encore plus grave en matière d'interprétation de la loi pénale, le Comité Permanent ayant rendu pas moins de neuf interprétations législatives dans ce domaine. V. « Quand les interprétations juridiques ne sont pas unifiées, on ne peut que se référer aux principes d'antériorité et de légèreté pour appliquer une loi nouvelle » (« 法律解释不一致时, 只能是从旧兼从轻 »), disponible à l'adresse : <http://china.findlaw.cn/bianhu/cqhwzsbh/xfpfyz/cjjcq/18515.html> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹⁴⁰⁴ En ce sens, V. « Actualité : l'interprétation législative du Comité Permanent » (« 新闻背景: 全国人大常委会立法解释 »), publié par le gouvernement central le 21 avril 2014, disponible à l'adresse : http://www.gov.cn/xinwen/2014-04/21/content_2663850.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹⁴⁰⁵ Sur ce point voir Tian Fang, préc., p. 28 : l'auteur recense les différences procédurales dans l'élaboration d'un amendement législatif et d'une interprétation législative.

¹⁴⁰⁶ L'APN distingue les diverses techniques utilisables en fonction du résultat souhaité (l'amendement sera ainsi utilisé en cas de réforme ; l'abolition en cas de désuétude d'une règle ; la production législative en cas d'apparition de nouveaux besoins nécessitant d'être réglementés ; l'interprétation en cas de déviation du droit dans la pratique). V. « L'interprétation juridique est la forme principale du renforcement et de la réforme de la loi », (法律解释是加强和改进立法的重要形式), *Gazette de l'APN*, 2014-9, disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2014-06/05/content_1864925.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

législative du 29 avril 2000 relative à l'article 93, alinéa 2 de la *loi pénale* chinoise¹⁴⁰⁷ est un exemple concret d'extension du domaine de la loi sans avoir recours à la procédure d'amendement¹⁴⁰⁸. Dans l'interprétation législative relative au droit au nom, l'interprétation du Comité Permanent a même permis de faire évoluer la loi, afin de l'adapter aux réalités contemporaines. Plus précisément, en reconnaissant un droit civil, l'organe législatif s'est prononcé dans le sens d'une meilleure protection des droits et intérêts des citoyens : l'interprétation législative, dans ce cas, crée des droits et s'éloigne de sa stricte fonction herméneutique. Enfin, dans le cas où le Comité Permanent interprète une règle sur saisine de la Cour Suprême ou du Procureur Suprême dans les conditions du nouvel article 104 de la *Loi sur la législation*¹⁴⁰⁹, non seulement l'audience devrait être suspendue jusqu'à la réponse de l'organe législatif¹⁴¹⁰, mais, surtout, cet article institue la possibilité du législateur d'orienter directement l'issue du procès.

201. En l'absence de réponse claire apportée en droit chinois sur cette question, la seule réponse satisfaisante serait d'assimiler le régime juridique de l'interprétation législative sur celui de la loi : puisque ces deux types de normes ont les mêmes effets¹⁴¹¹ et que la loi n'est pas, en principe, rétroactive¹⁴¹², par analogie, l'interprétation ne devrait pas l'être non plus, sauf dans les cas où elle accroît la protection des droits des citoyens. Cette question est d'autant plus importante que sur les seize interprétations rendues par le Comité Permanent entre 1996 et 2014, neuf d'entre elles concernaient un problème d'application et de sens à donner à une règle pénale¹⁴¹³.

L'institutionnalisation de la pratique de l'interprétation législative ne garantit donc pas une meilleure stabilité du droit en l'absence de règle plus précise en la matière. En France, la qualification d'une loi interprétative par le juge (en cas

¹⁴⁰⁷ CPAPN, « Interprétation relative à l'article 93, alinéa 2 de la "loi pénale" » (全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的解释释义).

¹⁴⁰⁸ Cai Dingjian, « Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law », In Chen Jianfu, Li Yuwen, Jan Michel Otto (dir.), *op.cit.* p. 40.

¹⁴⁰⁹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 104, al. 1. L'article prévoit que la CPS ou le PPS peut saisir le Comité Permanent « si une nouvelle situation apparaît et n'est pas prévue par la loi, nécessitant la clarification des conditions d'application de ladite loi » (*loi sur la législation*, art. 45, al. 2).

¹⁴¹⁰ Cai Dingjian, « Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law », In Chen Jianfu, Li Yuwen, Jan Michel Otto (dir.) *op.cit.*, p. 41. Le temps employé reste cependant au conditionnel car rien n'est prévu dans la *Loi de procédure civile*.

¹⁴¹¹ *Loi sur la législation*, nouvel art. 50.

¹⁴¹² *Loi sur la législation*, nouvel art. 93.

¹⁴¹³ « Actualité : l'interprétation législative du Comité Permanent », préc. [en ligne].

d'omission du législateur) dépend de l'appréciation de son contenu : la loi interprétative est-elle créatrice de règle de droit ou se contente-t-elle d'expliciter une disposition peu claire ? Le législateur français, en omettant de mentionner la qualification de loi interprétative, offre ainsi une plus grande marge de manœuvre au juge qui reste maître dans l'appréciation de la nature de l'acte et donc dans la modulation de ses effets dans le temps. En Chine, peu importe le contenu de l'interprétation législative¹⁴¹⁴, même si cette dernière outrepassé son domaine, elle s'impose au juge chinois. Or, cette rigidité n'est pas vraiment adéquate aux particularités de l'interprétation légale qui doit trouver un juste équilibre entre la clarification d'une règle sans pour autant en créer une nouvelle. À l'inverse de la France où l'absence de volonté explicite du législateur est remplacée par le pouvoir d'appréciation du juge, en Chine, ce dernier doit s'en tenir à l'interprétation officielle et se soumettre, en cas de désaccord, à l'opinion du législateur. Non seulement, l'autorité de l'interprétation législative est supérieure à celle de l'interprétation judiciaire mais, en plus, c'est le Comité Permanent qui détient le dernier mot en cas de désaccord entre les deux organes judiciaires suprêmes. L'utilisation de l'interprétation législative pour arbitrer un conflit d'interprétation entre deux organes étatiques est caractéristique de la Chine. Son système juridique reposant sur l'idéologie du consensus, il n'est pas surprenant de constater la multitude de mécanismes fermant les portes de la controverse : que ce soit en amont de la publication d'un texte par les impératifs de planification législative ou pendant le travail des agents de l'État (mécanisme de supervision, obligation de rapport détaillé), la nécessité d'encadrer les acteurs juridiques justifie également la supériorité de l'organe législatif qui, dès lors, peut s'immiscer dans le pouvoir judiciaire. Cette situation n'est pas sans rappeler une technique déjà connue de la France dès l'époque de l'Ancien régime : le référé législatif.

202. Interprétation législative et référé législatif. La pratique du référé législatif en droit français date de l'Ancien Régime, époque où les Parlements ont reçu l'interdiction d'interpréter les normes royales¹⁴¹⁵. Cette « arme de royauté contre

¹⁴¹⁴ Déterminée par sa procédure d'adoption particulière aux nouveaux articles 47, 48 et 49 de la *loi sur la législation*.

¹⁴¹⁵ Ordonnance de 1667, citée par Yves-Louis Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, Travaux de recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série « droit privé », n°2, 1965, p. 9.

ses parlements¹⁴¹⁶ » s'est ensuite transformée en « arme législative contre les tribunaux¹⁴¹⁷ », matérialisée dans l'article 12 du Titre II des lois des 16-24 août 1790 : « ils [les tribunaux] ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle¹⁴¹⁸ ». La compétence attribuée à l'Assemblée provient donc directement d'une interdiction faite au juge d'interpréter, justifiée par l'idée de primauté de la loi et de son auteur au lendemain de la Révolution de 1789¹⁴¹⁹. Sa justification résidait dans la considération de la volonté nationale comme unique source de droit¹⁴²⁰, à l'instar de celle avancée au soutien du centralisme démocratique qui légitime la concentration des pouvoirs dans les mains de l'APN et de son Comité Permanent¹⁴²¹.

L'intérêt du référé législatif réside dans la surveillance stricte de l'activité juridictionnelle – pour ne pas dire du contrôle de la jurisprudence – par le législatif. En Chine, la Décision de 1981 énonce, à première vue, qu'en cas d'interprétation problématique du droit au cours de l'activité judiciaire, l'organe judiciaire suprême – et non le Comité Permanent – est compétent pour rendre une interprétation. Cette apparence de séparation des pouvoirs judiciaire et législatif doit être nuancée : en effet, l'organe judiciaire suprême désigne, en Chine, à la fois la Cour Populaire Suprême et le Procureur Populaire Suprême¹⁴²². Or, en cas de conflit entre ces deux organes, c'est au Comité Permanent que revient le choix de l'interprétation définitive¹⁴²³. C'est donc sous couvert d'un élargissement de la compétence d'interprétation judiciaire qu'en réalité a été créée une brèche, permettant l'immixtion du pouvoir législatif dans le travail judiciaire.

La procédure de saisine du Comité Permanent par l'organe judiciaire suprême en cas de désaccord de principe entre les deux institutions n'est pas sans faire écho à celle créée par les lois des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, dont l'article 21 imposait

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ *Ibid.*

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ *Idem*, p. 3.

¹⁴²⁰ *Id.*, p. 30.

¹⁴²¹ *Supra* n° 139.

¹⁴²² La compétence d'interprétation du Procureur Populaire Suprême a été ajoutée par la décision de 1981 ; l'ancienne *loi organique sur le statut des juges* de 1979 n'accordait le pouvoir d'interpréter qu'à la Cour Suprême Populaire. V. également Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, pp. 239-240.

¹⁴²³ Décision du 10 juin 1981, art. 2.

au Tribunal de Cassation, après trois cassations, d'en référer à l'Assemblée¹⁴²⁴. Ce tribunal « régulateur de la jurisprudence¹⁴²⁵ », s'il est à rapprocher de la Cour Populaire Suprême dans sa fonction d'uniformisation de l'application du droit, se rapproche, dans l'idéal robespierriste, du Comité Permanent chinois : « selon lui [Robespierre], les attributions du Tribunal de Cassation proposé devaient être confiées à un comité du Corps législatif¹⁴²⁶ ». Le fondement commun de la pratique du référé législatif et de l'interprétation législative en cas d'interprétations divergentes relève incontestablement de la conception atypique de l'acte d'interprétation : « *E jus est interpretari legem qui condidit legem* », que l'on retrouve en chinois par l'adage : « 谁有权制定法律谁有权解释法律 » (*shei you quan zhiding falü, shei you quan jieshi falü*).

203. Deux cents ans après la Convention, c'est donc dans un pays révolutionnaire autre que la France qu'est incarné, en partie, l'idéal de l'Incorruptible ; néanmoins, la faible fréquence d'utilisation de cette technique pour des raisons évidemment pratiques témoigne de son échec¹⁴²⁷. Si la Chine dispose bel et bien d'un procédé similaire à celui du référé législatif, caractérisé par la possibilité d'une immixtion directe du pouvoir législatif dans l'activité judiciaire, il est loin de caractériser le régime d'interprétation chinois en son entier. En effet, la matière vivante de l'interprétation reste indubitablement entre les mains de la Cour Populaire Suprême.

¹⁴²⁴ Yves-Louis Hufteu, *op.cit.*, pp. 42-43. « Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de Cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de Cassation d'y conformera dans son jugement ».

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Idem*, p. 41.

¹⁴²⁷ Cai Dingjian, « Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law », In Chen Jianfu, Li Yuwen, Jan Michel Otto (dir.), *op.cit.*, p. 41 : les raisons invoquées par l'auteur sont les suivantes : la différence de nature entre créer du droit et interpréter du droit ; la difficulté rencontrée par les membres du Comité Permanent dans l'interprétation d'une loi, ces derniers ne disposant pas des qualifications requises ; enfin, un argument souvent utilisé concerne la faible fréquence des réunions du Comité Permanent (une semaine tous les deux mois), qui ne permet pas de trancher rapidement des questions urgentes apparues dans le processus judiciaire.

§2. *L'attribution de la compétence interprétative à l'organe judiciaire.*

204. La Chine reconnaît les sources informelles du droit aux côtés des sources formelles. Le critère repose sur l'existence de règles claires régissant leur effet : ainsi, seront considérées comme sources formelles les règles de droit listées à tel ou tel article de la *Loi sur la législation* et comme sources informelles la coutume¹⁴²⁸, la politique ou encore les décisions judiciaires en raison de leur nature persuasive (说服力)¹⁴²⁹. Ces dernières peuvent également constituer un des critères du choix de la majeure dans le raisonnement judiciaire¹⁴³⁰. Leur statut de source de droit serait encore à démontrer¹⁴³¹ en raison, notamment, de l'absence de portée officiellement obligatoire¹⁴³². Pourtant, l'intégration des interprétations judiciaires dans la *Loi sur la législation* ainsi que leur autorité de fait conduit à se positionner en faveur de leur reconnaissance de source de droit dans l'ordre normatif chinois (A). À l'issue de cette première analyse, il conviendra de s'interroger sur son éventuel statut de règle de droit à part entière (B).

A. *L'interprétation judiciaire chinoise, source de droit.*

205. L'interprétation judiciaire doit, selon nous, être considérée comme une source de droit en Chine ; outre sa nécessaire existence du fait de l'absence de pouvoir discrétionnaire accordé aux juges chinois (1), les fondements textuels ainsi que sa portée normative lui accordent une légitimité de droit et une autorité de fait (2).

¹⁴²⁸ Bien que son rôle soit reconnu officiellement.

¹⁴²⁹ Xu Yan (徐焱), « Théorie sur la position de source du droit des interprétations judiciaires » (« 论司法解释之法源地位 »), *Journal of Changsha Railway University* (éd. Shs), vol. 12 n°2, 2011, pp. 21-22.

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ Peter Howard Corne, préc., p. 395. Seules les interprétations obligatoires (législatives) et administratives seraient des sources de droit reconnues en Chine.

¹⁴³² Li Wei, « Judicial Interpretation in China », *Willamette J. Int'l L. & Dispute Resolution*, vol. 5, 1997, p. 110 : la portée obligatoire d'une interprétation judiciaire dépendrait, selon l'auteur, de la bonne volonté des juridictions inférieures.

1. La reconnaissance limitée du pouvoir d'interprétation judiciaire

206. Interprétation concrète et abstraite. Certains auteurs chinois tentent de distinguer entre l'interprétation judiciaire concrète et créatrice¹⁴³³ faisant référence d'une part au pouvoir d'interprétation des juges dans leur pratique quotidienne et, d'autre part, à l'interprétation de l'organe judiciaire suprême¹⁴³⁴. Il est étonnant que la doctrine chinoise ressente le besoin de justifier l'existence du pouvoir d'interprétation du juge ordinaire, tant celui-là est conçu, en France, comme une fonction inhérente à la mission de celui-ci. Pourtant, par opposition aux interprétations officielles et abstraites rendues par la Cour Suprême, Chen Chunlong, l'ancien vice-Président de la Cour populaire supérieure de Pékin, justifie l'existence des interprétations judiciaires concrètes par leur caractère nécessairement individuel, par leur variabilité (fonction du niveau de professionnalisation du juge) ou encore par leur finalité, à savoir, la détermination de la loi applicable et de sa portée dans une affaire donnée¹⁴³⁵. Cette marge d'appréciation, non réglementée, est une forme de tolérance inévitable dans l'activité judiciaire du juge, sans lequel il ne pourrait tout simplement pas appliquer la règle de droit ; elle se manifeste de la manière la plus basique, au stade de la simple compréhension des faits et de la règle de droit et ne semble pouvoir être réfutée. Ainsi, même si en Chine l'encadrement organique¹⁴³⁶ et « méthodologique¹⁴³⁷ » de l'activité du juge porte à croire que ce dernier n'a pas besoin d'interpréter lui-même la loi, il

¹⁴³³ Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 224.

¹⁴³⁴ La Cour Populaire Suprême et le Procureur Populaire Suprême constituent ensemble l'organe judiciaire suprême ; détenant les mêmes pouvoirs, notre analyse ne porte que sur la Cour Suprême, sans que cela n'ait aucune incidence sur l'existence du pouvoir du procureur.

¹⁴³⁵ Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 227-228.

¹⁴³⁶ *Idem*, p. 228 : avec l'établissement des commissions de jugement (aussi appelés comités juridictionnel ou comités de jugement selon les traductions) qui désignent des organes décisionnels placés dans chaque tribunaux (art. 11 de la *loi organique des tribunaux populaires*) et qui détiennent le dernier mot dans les affaires importantes ; V. Li Yuwen, « Court Reform in China : Problems, Progress and Prospects », *In* Chen Jianfu, Li Yuwen, Jan Michel Otto (dir.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 63-65 : pour l'auteur, le principal défaut de ce système est qu'il conduit à séparer la phase d'audience de celle du jugement puisque les membres dudit comité peuvent rendre un jugement définitif à la place des juges qui ont siégé. Dès lors, toutes les garanties procédurales telle que la publicité des débats ou le respect des droits de la défense sont inutiles.

¹⁴³⁷ Les juges doivent appliquer la méthode du « *shishi qiushi* » (实事求是) c'est-à-dire ou rechercher la vérité à partir des faits et qui conduit à la méthode de « prendre les faits comme base et la loi comme critère » (以事实为根据, 以法律为准绳).

serait faux de penser « que l'acte de juger se limite à appliquer machinalement un texte de loi à des faits concrets¹⁴³⁸ ».

207. L'affaire des graines de Luoyang. Le rejet officiel du pouvoir d'interprétation concret du juge chinois sous-entend le rejet de son pouvoir créateur de droit. Les juges chinois ordinaires n'auraient ainsi aucune compétence officielle en matière d'interprétation¹⁴³⁹ au sens où ils n'en n'ont pas été investis par le pouvoir législatif – contrairement au pouvoir d'interprétation abstraite reconnue à la Cour Suprême¹⁴⁴⁰. Parfois, les juridictions chinoises tentent de s'approprier ce pouvoir d'interprétation qui leur est confisqué au risque de basculer dans l'excès inverse, comme en témoigne l'affaire des « graines de Luoyang » (洛阳种子案件) de 2003¹⁴⁴¹. Le contentieux portait sur l'exécution d'un contrat de vente d'une certaine quantité de graines ; le problème des juges était de savoir quelle règle de droit était applicable pour calculer le montant de l'indemnisation due à l'acheteur. En l'espèce étaient invocables à la fois une loi nationale (*loi sur les graines*, 种子法) et une loi locale (adoptée par l'assemblée locale du Henan)¹⁴⁴². Si les faits ne sont pas d'une grande complexité et que les conflits de lois de ce genre semblent être monnaie courante en Chine, le juge, par sa décision, a rendu l'affaire historique : il a non seulement écarté

¹⁴³⁸ Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 228.

¹⁴³⁹ Wei Zhixun (魏治勋), « Le pouvoir d'interprétation juridique du juge et le système d'interprétation juridique » (« 法律解释体制与法官的法律解释权 »), *Science juridique de l'Orient* (东方法学), mars 2013, p. 70 : le juge chinois a un pouvoir d'interpréter de fait (sinon ils ne pourraient pas appliquer la loi) mais il n'a reçu aucune compétence, aucun pouvoir d'interpréter ce qui fait dire à l'auteur « *que le pouvoir d'interpréter du juge individuel n'est pas reconnu en droit* ».

¹⁴⁴⁰ V. *Loi organique sur les tribunaux populaires* de 1979 et la « Décision relative au renforcement du travail d'interprétation » du 10 juin 1981 ; Wei Qingyi, *op.cit.*, p. 315. « *Ce que l'on dénomme système d'interprétation judiciaire fait référence au domaine délégué (授权范围) du pouvoir d'interprétation judiciaire, à la délimitation de ce pouvoir exercé par les auteurs des interprétations ainsi qu'aux relations réciproques entre chaque sujet d'interprétation* » (« 所谓司法解释体制, 是指司法解释权的授权范围及行使司法解释权主体的解释权限及各解释主体间的相互关系 »).

¹⁴⁴¹ Cour Intermédiaire de Luoyang (Henan), chambre civile, 2003, décision n°26 (洛民初字第 26 号民事判决书) ; Xue Zuowen (薛佐文), « Le pouvoir du juge dans l'interprétation juridique » (« 法官在法律解释权中的权力 »), *Journal de l'Université des Minorités du Sud-ouest*, vol. 7 n°215, 2009, pp. 110-115 ; aussi connue sous le nom de « l'affaire des semences » : Chen Jianfu, « La dernière révision de la Constitution chinoise. Grand bond en avant ou simple geste symbolique ? », préc [en ligne] n°40 ; Cheng Xueyang, préc., pp. 646-647.

¹⁴⁴² Pour une explication des faits et une analyse de la motivation du juge Li, auteur de la décision de justice : « Luoyang City « Seed » Case Highlights Chinese Courts' Lack of Authority to Declare Laws Invalid », *China law and development Consultants*, n°2, juin 2004, disponible à l'adresse <http://www.chinareview.info/issue2/pages/case.htm> [dernière consultation le 10 janvier 2018]. Le 13 octobre 2003, le Comité Permanent de l'AP locale du Henan a publié une annonce, déplorant un excès de compétence de la part du tribunal du Luoyang et demandant à la Cour Supérieure du Henan de « traiter l'affaire strictement selon la loi » ; Chen Xueyang, préc., p. 646.

l'application de la règle locale, mais également déclaré cette dernière *sans effet* (无效)¹⁴⁴³. Ce faisant, le juge chinois s'est octroyé, sous couvert d'interprétation de la loi, une compétence dont il ne disposait pas¹⁴⁴⁴. S'il avait vraiment voulu faire annuler ce règlement local, il aurait dû solliciter la Cour supérieure qui, elle-même, avait la possibilité de saisir la Cour Suprême ; cette dernière, incompétente pour exercer un contrôle abstrait en théorie¹⁴⁴⁵, pouvait alors saisir le Comité Permanent pour interpréter, par la voie législative et, en toute hypothèse, invalider ce règlement¹⁴⁴⁶. On peut comprendre que les nombreuses étapes de ce processus peuvent en restreindre le déclenchement... En France, il convient de rappeler que si la Cour de Cassation admet la possibilité d'effectuer un contrôle de conventionnalité depuis 1975¹⁴⁴⁷, elle s'est toujours reconnue incompétente pour *déclarer une loi nulle* du fait de son absence de conformité avec une loi supérieure, comme la Constitution¹⁴⁴⁸.

Quoi qu'il en soit, en Chine, la liberté accordée au juge dans l'application d'une règle de droit aux faits est très encadrée¹⁴⁴⁹, ce qui rend nécessaire la production

¹⁴⁴³ Article publié au New-York Time avec l'interview du juge Li Huijian : « A Judge Test China's Court, Making History », 28/11/2005, disponible à l'adresse : <http://www.nytimes.com/2005/11/28/world/asia/a-judge-tests-chinas-courts-making-history.html> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹⁴⁴⁴ Et qui constitue *de facto* une ingérence du judiciaire dans le travail législatif. Wang Chenguang, « Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a county of rapid social changes », *Frontier of Law in China*, vol. 1, n°4, 2006, p. 532.

¹⁴⁴⁵ Du Juan (杜鹃), « Théorie sur la répartition du pouvoir d'interprétation en Chine » (« 论我国法律解释权的配置 »), article publié sur le site de l'école de droit de l'Université des Sciences et technologies de Huazhong, 23-03-2013, <http://law.hust.edu.cn/Law2008/ShowArticle.asp?ArticleID=12540> [dernière consultation le 13 décembre 2015]: « *l'interprétation judiciaire est l'interprétation du juge dans le processus judiciaire, elle est concrète et non abstraite* ». Cette affirmation fait partie des seules suscitant un certain consensus dans la doctrine chinoise.

¹⁴⁴⁶ On peut se demander comment une telle décision a pu être rendue alors qu'un contrôle est exercé par le comité de jugement présent dans chaque juridiction. La polémique était en tout cas nécessaire : si, en l'espèce, la juge a manifestement excédé son pouvoir judiciaire, cela a néanmoins fondé un prétexte concret pour revendiquer une plus grande liberté à accorder au juge chinois.

¹⁴⁴⁷ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, *Société Café Jacques Vabre*, *Bull. civ.* 1975, ch. Mixte, n°4.

¹⁴⁴⁸ Le mécanisme de la Question Prioritaire de Constitutionnalité introduit en droit français en 2008 (Constitution, art. 61-1) permet toutefois de contourner cette incompétence.

¹⁴⁴⁹ En théorie, la juge aurait dû poser la question portant sur l'application concrète de la règle de droit à une cour supérieure qui l'aurait transmise à la Cour Suprême ; en pratique, comme le relève le juriste Xue Zuowen (préc.), ce genre d'affaire, bien que considérées comme « difficiles » (疑难案件) ne relève pas du domaine des « grands cas » (大问题) méritant d'être portés devant la CPS. Particularité chinoise ou non, les tribunaux et les juges ne forment rien d'autre que les exécuteurs du droit sous le « régime de l'APN » ; ils sont, véritablement, la bouche de la loi. Pour une appréciation globale de l'évolution du pouvoir d'interprétation accordé au juge chinois (avant les années 2000), influencé par le système de supervision bureaucratique, V. Margaret Y. K. Woo, « Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 8 n°3, 1999, pp. 581-615 ; pour Stéphanie Balme, (*Chine : Les visages de la justice ordinaire*, *op.cit.*, p. 181) « *les tribunaux chinois ont un pouvoir juridictionnel, mais non jurisprudentiel* ».

d'interprétation « officielle¹⁴⁵⁰ ». On ne peut que souligner une ironie : si, en France, l'interdiction du déni de justice a conduit à développer le pouvoir d'interprétation des juges, en Chine, au contraire, c'est l'obligation faite aux juges de *rester fidèles à la loi* et à l'intention du législateur qui a rendu nécessaire l'institutionnalisation de l'interprétation judiciaire abstraite¹⁴⁵¹. Le renforcement de cette pratique a été appelé par le XVIIIème Comité central du PCC¹⁴⁵².

2. *Fondement officiel de l'interprétation judiciaire de la Cour Populaire Suprême.*

208. En Chine, le juge a longtemps été perçu comme le simple « exécuter du droit » ; le pouvoir judiciaire, proprement dit, restait dans un cadre bureaucratique et dépendait de l'administration¹⁴⁵³. L'interprétation en tant que technique de réglementation date de la période impériale chinoise ; l'interprétation d'une règle produite dans le cadre de son application à des faits litigieux pouvait, après

¹⁴⁵⁰ Aussi appelée « créatrice », « abstraite » ou encore « légale ». Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 224.

¹⁴⁵¹ Ce qui conduit certains auteurs à rechercher des mécanismes occidentaux : V. not. Zheng Dongting (郑栋庭), « Analyse sur la possibilité d'interdire le déni de justice » (« 不得拒绝裁判原则确立可以性深究 »), *Système juridique et société*, vol 2, n°5, 2014, p. 27. Tout en affirmant la nécessité d'établir l'interdiction du déni de justice, l'auteur recense plusieurs problèmes à résoudre au préalable : la situation « inquiétante » du pouvoir d'interprétation du juge chinois ; l'absence d'indépendance du juge qui doit, avant de rendre une décision sur une affaire difficile, obtenir l'avis favorable du président d'audience, et, à défaut, du vice-président de juridiction voire du président de juridiction siégeant au sein du comité de jugement...V. aussi l'article publié sur le site *Nanfang* (南方, qui appartient à l'agence officielle *Xinhua*), « Le tribunal peut-il refuser de juger ? » qui plaide en faveur d'un élargissement des pouvoirs du juge, notamment dans les cas non prévus par la loi. [mis en ligne le 18/10/2002] disponible à l'adresse :

<http://www.southcn.com/news/china/gdspcn/200210180534.htm> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹⁴⁵² Au cours de la quatrième session de 2015. V. « L'interprétation judiciaire de nouveau mise en avant », (« 司法解释是怎样出炉的 »), *Journal du Peuple*, 14-01-2015, disponible sur le site de *Xinhua* à l'adresse : http://news.xinhuanet.com/2015-01/14/c_1113983620.htm [dernière consultation le 12 janvier 2018]. L'article rapporte notamment qu'au cours de la session du PCC d'octobre 2015, ce dernier a insisté sur le « renforcement et la réglementation des interprétations judiciaires et des cas directeurs » afin d'uniformiser les critères d'application du droit.

¹⁴⁵³ *Supra* n°79 ; An Jian, (安佳), Pr. Directeur Ding Hui (丁慧), *Analyse juridique du système chinois d'interprétation juridique* (我国法律解释体制法理探析), Mémoire de fin de 2° cycle, Université Normale du Liaoning, 2007. Dans l'histoire chinoise, le pouvoir judiciaire appartenait à l'administration ; les interprétations varient selon les différents échelons, sans accorder plus spécialement d'importance à celle de nature judiciaire (p. 14) Le système de supervision administrative a débuté pendant l'époque des Royaumes Combattants (475-221 avt notre ère) ; la réforme des Qing (fin XIXème - début XXème) pour séparer l'administratif du judiciaire n'a jamais été mise en pratique ; il faut attendre 1912 et la *Constitution provisoire de la République de Chine*, pour la première loi de séparation des litiges administratifs des litiges des tribunaux ordinaires. La CPS aurait alors emprunté des techniques originaires administratives.

officialisation, prendre la forme de règles additionnelles et être intégrée dans les Codes de lois¹⁴⁵⁴. À l'heure actuelle, le pouvoir d'interprétation judiciaire officiel de la Cour suprême¹⁴⁵⁵ tire sa légitimité d'une habilitation conférée par le pouvoir législatif¹⁴⁵⁶ et de la fameuse Décision de 1981, qui délimite son champ d'application. Ainsi, « *l'interprétation juridique de l'organe judiciaire suprême appartient au domaine des sources de droit, sans aucun doute*¹⁴⁵⁷ ».

209. L'autorité progressivement acquise des interprétations judiciaires. La Décision de 1981¹⁴⁵⁸ reste un simple éclairage pour délimiter l'intervention de la Cour Suprême, en condensant les trois principales formes d'interprétation¹⁴⁵⁹. Ainsi, la Cour de Pékin a réglementé sa propre compétence par deux interprétations datant de 1997 et 2007. « Les nombreuses règles relatives au travail de l'interprétation judiciaire¹⁴⁶⁰ » de 1997 (Règles de 1997), élaborées au regard de la Décision de 1981 et de la *Loi organique sur les tribunaux populaires*, établissent un véritable régime de l'interprétation judiciaire (en tant que catégorie générique), en décrivant sa procédure d'élaboration, ses catégories¹⁴⁶¹, ses principes de mise en vigueur ou encore en établissant le droit, pour les tribunaux, de citer les interprétations judiciaires

¹⁴⁵⁴ *Supra*, n°75 ; V. Également, Cao Sanming, « La jurisprudence en droit chinois. Tradition et Rôle actuel », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 243.

¹⁴⁵⁵ Le terme « officiel » est préféré à celui de « créateur » ou encore « normatif » ces deux derniers adjectifs faisant référence au pouvoir d'interprétation de la Cour Suprême de se prononcer par voie générale et quasiment réglementaire. Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », *In* Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine (dir.), *op.cit.*, p. 224.

¹⁴⁵⁶ *Loi organique sur les tribunaux populaires*, art. 32.

¹⁴⁵⁷ Zhang Wenxian (张文显), cité dans Xu Yan (徐焱), *op.cit.*, p. 21.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.* Pour Xu Yan, Le statut de la Décision de 1981 oscille entre celui d'une interprétation de la *loi organique sur les tribunaux populaires* et entre la qualification de « règle » édictée par le Comité Permanent à l'époque. Bien que son contenu n'excède pas celui de la loi organique, le problème de qualification pose en réalité celui de la légitimité de l'existence d'un pouvoir d'interprétation officiel reconnu à la Cour Suprême. Ce texte doit donc être utilisé avec parcimonie quant à démontrer la nature de source de droit de l'interprétation judiciaire officielle. Ainsi, Li Wei dénonce au contraire l'instauration d'un régime judiciaire qui n'aurait pas « été pris au sérieux » en s'appuyant sur la présomption de validité des actes émis par les institutions étatiques, qui ne peut être remise en cause, de toute façon, par un organe de contrôle comparable à une Cour Constitutionnelle (en son absence). Il s'appuie également sur l'absence de fondement textuel qui permettrait de considérer l'interprétation judiciaire égale à la loi et sur la nature mi-administrative et mi-judiciaire des interprétations rendues par la CPS. Li Wei, préc., pp. 92-93.

¹⁴⁵⁹ Du Juan (杜鹃), préc. [en ligne]. Pour certains auteurs, le seul texte de 1981 - considéré comme fondateur du régime d'interprétation judiciaire - est caractérisé par sa pauvreté en règles, ce qui conduirait à un régime désordonné en pratique, où la répartition du pouvoir d'interprétation au sein des organes étatiques est confuse.

¹⁴⁶⁰ « Les nombreuses règles relatives au travail d'interprétation de la Cour Suprême » (最高人民法院关于司法解释工作的若干规定), (Règles [1997] n°5) (法发 (1997) 15 号), abrogé par les « Règles relatives au travail d'interprétation de la Cour Suprême » (最高人民法院关于司法解释工作的规定), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007. (Règles [2007] n°12) (法发 (2007) 12 号).

¹⁴⁶¹ Règles [2007] n°12, art. 9.

directement dans leur décision¹⁴⁶², une première depuis l'interdiction posée en 1986¹⁴⁶³. Les « Règles relatives au travail d'interprétation¹⁴⁶⁴ » de 2007 (Règles de 2007), reprennent pour l'essentiel les dispositions des Règles de 1997. Elles n'en définissent pas pour autant le contenu des interprétations de manière claire, si ce n'est en imposant que l'interprétation soit émise en « réunissant les exigences réelles du travail de jugement, de la loi et de l'esprit des lois qui lui sont rattachées¹⁴⁶⁵ ». La procédure de contrôle élaborée à l'article 12 de ladite interprétation tend à démontrer l'importance accordée à l'interprétation judiciaire : celle-ci ne doit contrevenir ni à la Constitution ni à la loi¹⁴⁶⁶, ni être en conflit avec une autre interprétation de même nature¹⁴⁶⁷. Ainsi, si certains auteurs contestent encore le statut de source de droit de l'interprétation judiciaire officielle en Chine, la Cour Suprême n'hésite pas à lui accorder une place importante dans l'échelle des normes. La véritable question est de savoir si elle en détient la compétence. Certes, elle a été habilitée par le législateur pour émettre des interprétations judiciaires afin de combler les lacunes de la loi au moment de son application. Mais cela ne signifie pas qu'elle soit également compétente pour en établir le régime juridique.

210. La diffusion des interprétations. L'interprétation judiciaire est donc une nécessité de fait, fondée en droit ; quant à sa force normative, elle doit, en principe, s'imposer aux tribunaux inférieurs selon l'article 5 des Règles de 2007. Ces interprétations sont largement publiées, que ce soit dans la *Gazette des tribunaux populaires* (人民法院报) ou la *Gazette de la Cour Populaire Suprême* (最高人民法院公报). Sur le site officiel de la Cour Suprême, parmi les nombreux documents mis en ligne, une catégorie nommée « publication ayant autorité » (权威发布), recense, notamment, l'ensemble des interprétations judiciaires de la Haute juridiction. Depuis

¹⁴⁶² Règles [2007] n°12, art. 14.

¹⁴⁶³ « Réponse relative à l'utilisation par les tribunaux populaires des documents normatifs juridiques dans leur jugements » (1986). La CPS refuse à ces derniers le droit de citer ses opinions et autres réponses de droit. En chinois : « 最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等, 应当贯彻执行, 但也不宜直接引用 ». Littéralement, cela se traduit par : « *Les réponses, opinions etc. produites par la Cour Populaire Suprême, s'appliquant dans l'exécution de chaque catégorie de droit, doivent être exécutées pleinement mais ne peuvent être directement citées* ».

¹⁴⁶⁴ « Règles relatives au travail d'interprétation de la Cour Suprême » (最高人民法院关于司法解释工作的规定), entrées en vigueur le 1^{er} avril 2007.

¹⁴⁶⁵ Règles [2007] n°12, art. 3 : « 司法解释应当根据法律和有关立法精神, 结合审判工作实际需要制定 ».

¹⁴⁶⁶ Règles [2007] n°12, art. 20 (1).

¹⁴⁶⁷ Règles [2007] n°12, art. 20 (3).

la création de ce régime, en raison du nombre conséquent d'interprétations judiciaires rendues, celle-ci a été tenue de procéder à l'abrogation, en 2007, de 429 interprétations judiciaires produites entre 1980 et juin 1997¹⁴⁶⁸. Par ailleurs, l'article 29 de la *Loi organique sur les tribunaux populaires*, en affirmant la supériorité de la Cour Suprême sur l'ensemble de l'ordre juridictionnel¹⁴⁶⁹, justifie l'article 27 de la Décision de 2007 qui instaure un système de supervision des tribunaux supérieurs sur les tribunaux inférieurs afin de contrôler l'application des interprétations judiciaires officielles. Pour Wei Zhixun, « l'effet général » (litt. « validité universelle » : 普遍效力) des interprétations juridiques de la Cour Suprême ne fait aucun doute¹⁴⁷⁰ et ces dernières s'imposent aux juridictions inférieures. Il est à noter que cette autorité s'en trouve renforcée lorsque l'interprétation judiciaire est prise de concert avec le Procureur Populaire Suprême¹⁴⁷¹.

B. L'interprétation judiciaire chinoise, règle de droit à part entière.

211. Interprétation chinoise et jurisprudence française. L'interprétation judiciaire chinoise en tant que source de droit produit des règles qui ont vocation à uniformiser les décisions de justice. Elles sont supposées permettre au droit de s'adapter aux évolutions sociales, de régler les différences de compréhension portant sur une disposition juridique spécifique et constituent une aide importante aux tribunaux dans leur travail quotidien (en traitant des questions portant sur le choix de la règle applicable, sur l'établissement de la compétence juridictionnelle, etc.¹⁴⁷²). La *qualité* des organes compétents pour interpréter, ainsi que la *fonction* directrice attribuée à l'interprétation judiciaire, semblent pouvoir la rapprocher, à première vue,

¹⁴⁶⁸ « Décision de la CPS relative à l'abrogation partielle des interprétations judiciaires et des documents interprétatifs de nature judiciaire émis entre le 1^{er} janvier 1980 et le 30 juin 1997, du 19 novembre 2012 » (« 关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定 »), (2012 年 11 月 19 日最高人民法院审判委员会第 1560 次会议通过 »).

¹⁴⁶⁹ *Loi organique sur les tribunaux populaire*, art. 29 : « La Cour populaire Suprême est l'organe de jugement suprême étatique. La Cour Populaire Suprême supervise/ contrôle le travail juridictionnel des cours populaires de chaque échelon local et des cours populaires spécialisées ». (« 最高人民法院是国家最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作 »).

¹⁴⁷⁰ Wei Zhixun, préc., p. 81.

¹⁴⁷¹ Luo Shuping, (罗书平), « Réflexions sur le droit et sur la situation actuelle de l'interprétation judiciaire en Chine » (« 中国司法解释的现状与法律思考 »), *Avocat Chinois* (中国律师), n°7, 2000, pp. 5-9.

¹⁴⁷² Wei Qingyi, *op.cit.*, p. 316.

de la jurisprudence française. Au niveau organique, autant la Cour de cassation que la Cour Populaire Suprême restent soumises à la volonté du législateur : la promulgation d'une loi nouvelle peut toujours renverser une interprétation considérée comme de la jurisprudence pour l'une, ou comme une interprétation officielle, pour l'autre.

La jurisprudence française connaît plusieurs acceptions, nous n'en retiendrons que deux. La première permet de la définir comme un « ensemble de décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière, soit dans une branche du Droit, soit dans l'ensemble du Droit¹⁴⁷³ » ; la seconde définition dispose que la jurisprudence fait référence à un « ensemble de solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (not. dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit¹⁴⁷⁴ (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut) ». Elle désigne un « répertoire des solutions jurisprudentielles » et, plus généralement, l'« œuvre des tribunaux¹⁴⁷⁵ ». Nul besoin en réalité d'énumérer d'autres définitions, un seul élément, essentiel, constitutif de la jurisprudence, fait défaut dans l'interprétation chinoise : la décision de justice. Si toute décision suppose, chez les réalistes américains, une opération d'interprétation préalable, en Chine, *décision n'est pas synonyme d'interprétation* ; pour le premier terme, décider revient à trancher, ce qui suppose un conflit, un contentieux ; la définition du second terme est équivoque mais n'implique pas obligatoirement un contentieux, puisque nous avons vu que l'interprétation pouvait avoir une nature législative ou administrative. L'originalité du droit chinois est d'avoir su distinguer l'interprétation de la décision, rendant théoriquement (voire fictivement) possible le jugement d'un contentieux sans avoir eu à interpréter le droit et, dans le sens inverse, la création d'interprétation de nature judiciaire sans avoir pour prémisse ou finalité la résolution d'un contentieux. Dès lors, l'interprétation judiciaire en Chine n'est point comparable à la jurisprudence française tout en se révélant être une technique supplémentaire de production de droit, à part entière.

Ses modes de réalisation permettent toutefois de la rapprocher de certaines pratiques connues en France. Ainsi, il convient de regrouper d'un côté, les interprétations en cours d'instance et, d'un autre côté, celles qui sont détachées de tout aspect juridictionnel.

¹⁴⁷³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2007, p. 530, entrée « jurisprudence ».

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

1. L'interprétation judiciaire en cours d'instance.

212. L'article 6 des Règles de la Cour Suprême relatives au travail d'interprétation judiciaire énonce quatre types d'interprétations : les « Interprétations » (解释), qui portent sur la manière de traiter certaines lois, certains types d'affaires ou de questions¹⁴⁷⁶ ; les « Règles » (规定), établies lorsque l'activité des tribunaux exige que soient adoptés des règles, opinions ou autres actes interprétatifs selon l'esprit d'une loi¹⁴⁷⁷ ; les « Réponses » (批复), qui font suite aux questions officielles soulevées par les cours supérieures et les tribunaux de l'armée populaire de libération portant sur l'application concrète du droit ; enfin, les « Décisions » (决定) qui interviennent en cas de modification ou d'annulation d'une ancienne interprétation judiciaire.

213. Les Questions Réponses, un outil préjudiciel. Les Réponses¹⁴⁷⁸ doivent être considérées comme une technique d'interprétation préjudicielle officielle¹⁴⁷⁹. En Chine toutefois, avant de revêtir une fonction unificatrice, les Réponses permettent surtout d'exercer un contrôle de type bureaucratique, en instaurant un système de supervision hiérarchisée de la part des échelons supérieurs¹⁴⁸⁰. En France, une des tendances actuelles en matière d'interprétation serait caractérisée par l'émergence d'outils préjudiciels, étonnamment comparables à ceux pratiqués en Chine et dont le point commun réside dans cette volonté d'uniformiser le signifié du texte juridique.

L'identité organique entre la Cour Populaire Suprême et la Cour de cassation, chacune placée au sommet de l'ordre judiciaire et dont une des fonctions principales est d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application de la règle de droit ne fait aucun doute. À ce stade, la différence principale entre les deux organes réside dans la méthode employée. En France, l'unification de l'interprétation est

¹⁴⁷⁶ Règles [2007] n°12, art. 6, al. 2 : « 对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式 ».

¹⁴⁷⁷ Règles [2007] n°12, art. 6, al. 3 : « 根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式 ».

¹⁴⁷⁸ V. not. Liu Fengjing (刘风景), Wen Zitao (温子涛), « La réponse, catégorie d'interprétation judiciaire à la mode » (批复类司法解释的走向), *Justice populaire*, 2014-3, pp. 109-110.

¹⁴⁷⁹ Casu Gatien, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Thèse Lyon, 2013.

¹⁴⁸⁰ La technique des Réponses n'en est qu'une parmi d'autre sous « l'idéologie de la supervision », Margaret Y. K. Woo. (« Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts », préc., pp. 603 et s.).

traditionnellement conçue comme le fait de la jurisprudence¹⁴⁸¹ qui repose sur un mécanisme répressif de l'interprétation (avec, par exemple, la censure des décisions des juridictions du fond). Or, les mutations modernes du droit en révèlent les carences et les limites¹⁴⁸². L'accélération du temps¹⁴⁸³, la mutation des sources de droit¹⁴⁸⁴ et son assouplissement en général¹⁴⁸⁵ sous le prisme de l'exigence de sécurité juridique, conduiraient de plus en plus à exiger la certitude de la lettre, si ce n'est de l'esprit du droit. Cet argument pèse tout son poids dans la défense du mécanisme de saisine pour avis de la Cour de cassation¹⁴⁸⁶ et, plus globalement, dans le plaidoyer en faveur du développement des techniques préjudicielles d'interprétation¹⁴⁸⁷.

En Chine, le recours à ces techniques, sous forme de questions préjudicielles, s'inscrit dans une tendance inverse. Depuis le lancement des programmes quinquennaux en 1999 par la Cour Suprême, le nombre des interprétations judiciaires officielles (rendues en dehors de tout litige) a augmenté inversement à la proportion des Réponses officielles. Pour certains¹⁴⁸⁸, cela reflèterait un accroissement de la capacité de jugement du juge ordinaire en présence notamment de « cas difficiles » (疑难案件).

Cette création originellement empirique désigne la pratique selon laquelle les juges, en cours d'instance, peuvent poser, par écrit ou oralement, des questions à la

¹⁴⁸¹ Casu Gatien, *op.cit.*, p. 10, n°15 ; pp. 27-28, n°39, « En quoi la cassation est-elle un mode d'uniformisation de l'interprétation ? ».

¹⁴⁸² *Idem*, p. 69 : pour l'auteur, ces limites concernent notamment l'exigence de célérité que l'unification hiérarchique (jurisprudentielle) ne peut plus assurer et la nécessité de dialogue, incompatible avec la technique de cassation.

¹⁴⁸³ Casu Gatien, *op.cit.*, pp. 33-37, n°46 et s. : l'accélération du temps du droit est conçue comme la « remise en question imprévisible et perpétuelle des règles » ; V. aussi Nicolas Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 37.

¹⁴⁸⁴ Casu Gatien, *op.cit.*, p. 71 et s., n°108 et s. : pour l'auteur l'avènement d'une supra-légalité est une des caractéristiques principales de l'évolution des sources du droit contemporain.

¹⁴⁸⁵ « L'unification de l'interprétation ne peut plus emprunter la voie de la contrainte, elle implique un retour à l'argument d'autorité. L'interprétation ne peut plus s'imposer en raison de la puissance, mais doit au contraire s'imposer par la puissance de la raison » : Casu Gatien, *op.cit.*, p. 11, n°15 ; cette souplesse du droit se caractérise notamment par l'abandon progressif de son caractère autoritaire en faveur d'une force du droit fondée sur le consensus et la négociation (*idem*, p. 153, n°227).

¹⁴⁸⁶ Créé par la loi n°91-491 du 15 mai 1991 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation ; décret n°92-228 du 12 mars 1992 relatif à la saisine pour avis de la Cour de cassation (anciens articles L.151-1 à L. 151-3 COJ, remplacés par les articles L. 441-1 à L. 441-4, créés par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 ; modifiés par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 et la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016).

¹⁴⁸⁷ Casu Gatien, *op.cit.*, p. 11, n°17 ; p. 14, n°20 : « le développement de l'interprétation préjudicielle est une réponse à cette carence. Elle apparaît comme une évolution dans la manière d'uniformiser l'interprétation, une évolution nécessaire à la survie de la conception romano-germanique du droit ».

¹⁴⁸⁸ Sun Xiaoxia (孙笑侠), Chu Guojian (褚国建), « Réflexions sur les limites et la fonction de l'interprétation par la voie de la Réponse judiciaire » (« 论司法批复的解释论证功能及其局限 »), *Journal de l'Université du Zhejiang*, août 2009, p. 25.

fois de forme et de fond aux juridictions supérieures¹⁴⁸⁹. Déjà connue sous l'ancien droit chinois, cette technique a été réinstaurée officiellement par le parti communiste dès sa prise de pouvoir¹⁴⁹⁰ et a été institutionnalisée graduellement par la Cour suprême depuis. En 1958, la technique de la Question officielle – préalable à la Réponse officielle de la Cour Suprême – peut porter sur trois points : les questions politiques, auxquelles le parti communiste est directement compétent pour répondre ; les questions d'ordre procédural en cas de silence de la loi, décidées d'abord par le parti communiste et ensuite par la Cour Suprême ; enfin les problèmes liés à l'usage de la règle de droit en cours d'instance, appréciés seulement par la Cour Populaire Suprême¹⁴⁹¹.

En 1985, la Haute juridiction chinoise exige des tribunaux populaires qu'ils sollicitent une délibération de la part des comités de jugement préalablement à sa saisine ; en 1986, elle affine ses critères de sélection afin de se prononcer dans un délai raisonnable et recommande aux juridictions inférieures de lui communiquer, avec leur question, les éléments de l'affaire en cours (les faits de manière claire et le résultat des preuves). Une dizaine d'années après, la Cour Populaire Suprême attire l'attention des juridictions inférieures sur la délimitation du domaine de la question posée¹⁴⁹². En matière administrative, les affaires importantes (重大案件) dont l'application de la loi suscite des doutes (适用法律存在疑难) et les affaires impliquant un élément d'extranéité *doivent* faire l'objet d'une question officielle à la Cour Suprême. La lecture des directives de la CPS en la matière semble indiquer une certaine maladresse dans l'utilisation par les juges de la technique de la question

¹⁴⁸⁹ Cao Baoshan (曹保山), « Réflexions sur les limites du régime des Questions officielles et sur un (potentiel) substitut fonctionnel – l'approfondissement de l'esprit de la réforme du système judiciaire de la 3^{ème} réunion du XVIII^{ème} Comité central » (« 论案件请示制度的废止及其功能替代-以深入贯彻十八届三中全会司法体制改革精神为视角 »), 17 déc. 2014, article disponible à l'adresse : <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=88427> [dernière consultation le 10 janvier 2018]

¹⁴⁹⁰ « Directive du Comité central du PCC concernant l'abolition des six Codes du Guomindang et l'établissement des principes judiciaires des zones émancipées », février 1949, (中共中央于 1949 年 2 月通过的《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》).

¹⁴⁹¹ « Réponse de la CPS relative à l'amélioration du travail des questions officielles », 1958 (1958 年的《最高人民法院关于改进案件请示工作的函》). L'ingérence du politique directement dans la sphère judiciaire n'est pas surprenant en ce début de Révolution culturelle, caractérisée par son vide juridique. L'évolution montre un détachement progressif du Parti communiste de la matière *juridictionnelle*, puisque dans les diverses notices publiées par la suite, il n'est pas fait mention de l'organe politique proprement dit.

¹⁴⁹² « Notice de la CPS relative aux questions préjudicielles posées au cours du travail juridictionnel » (最高人民法院关于审判工作请示问题的通知), 26 janvier 1999.

officielle¹⁴⁹³. En 2009, 97,8% des Réponses officielles concernaient le droit civil, pénal et la procédure civile¹⁴⁹⁴.

214. Réponses chinoises et avis français. La doctrine chinoise distingue trois catégories de réponses selon leur portée : individuelle, commune et générale¹⁴⁹⁵. La Réponse est soumise au préalable à la formulation d'une Question officielle formulée par les Cours Supérieures ou militaires. Elle doit porter sur les cas considérés comme difficiles et est restreinte à un problème d'interprétation du droit¹⁴⁹⁶. Ces exigences permettent de rapprocher la fonction d'interprétation de la Cour Populaire Suprême en présence d'une Question officielle de celle exercée par la Cour de cassation en réponse à une question préjudicielle¹⁴⁹⁷. La saisine pour avis de la Cour de cassation instituée en 1991¹⁴⁹⁸ est un outil accordé aux juges du fond, dont le but est, à l'instar de la Question officielle, « de permettre une unification plus rapide de l'interprétation de la règle de droit » et « d'assurer la prévention du contentieux [et] des voies de recours¹⁴⁹⁹ ». Le juge français désirant y avoir recours doit en informer les parties et le ministère public¹⁵⁰⁰, contrairement au juge chinois qui a pour obligation d'en informer uniquement le comité de jugement. À l'exception de l'exclusion du domaine pénal, les conditions de fond requises pour une procédure d'avis pour saisine en

¹⁴⁹³ « Notice relative à l'exécution stricte du régime de Réponse officielle dans le travail juridictionnel administratif » (最高人民法院行政审判庭关于严格执行行政审判工作请示制度的通知), Notice [2000] n°4 (法行[2000] 44 号). La Cour Suprême rappelle aux juridictions administratives que les questions relatives à l'application du droit ne doivent pas être traitées directement par les juridictions supérieures ; que ces dernières doivent respecter les conditions de fond de leur question (il doit s'agir de questions d'application du droit, de conflit de lois, d'affaires impliquant les territoires non continentaux) et qu'il en est de leur responsabilité de veiller à la clarté des faits et à la suffisance des preuves accompagnant la question, qui doit être formulée par écrit.

¹⁴⁹⁴ Sun Xiaoxia, Chu Guojian, préc., p. 25. Vingt-quatre Réponses en matière civile, vingt en pénale et quarante et une en procédure.

¹⁴⁹⁵ Sun Xiaoxia (孙笑侠), Chu Guojian (褚国建), préc., p. 25 : individuelle (个别) lorsque la CPS ne répond à la question que d'une seule juridiction, commune (合并) lorsque la CPS répond en une fois à plusieurs questions formulées par plusieurs juridictions et générale (一般) lorsque la CPS répond à une question se posant à la totalité des juridictions du pays.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ CPC, articles 1031-1 à 1031-7, modifiés par le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 (1031-1) et le décret n°2017-892 du 6 mai 2017 (1031-2).

¹⁴⁹⁸ V. l'exposé de M. Jean Buffet, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation, 29 mars 2000 disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/avis/15/presentation_saisine_avis_8018/loin_expose_36050.html [dernière consultation le 15 janvier 2018].

¹⁴⁹⁹ *Ibid.* V. not. Agnès Robine, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », In *Éric Millard et al., Dossier : Théories réalistes du droit*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, n°4, pp. 105-128, p. 106 : les objectifs de cette procédures sont la rapidité dans la fixation de l'interprétation d'une règle de droit, la prévention des contentieux et l'accélération de la procédure, ainsi que le renforcement de la sécurité juridique.

¹⁵⁰⁰ CPC, art. 1031-1, al. 1^{er}.

France sont globalement similaires à celles exigées en Chine. Le critère de nouveauté de la question posée en France concerne, selon M. Buffet, soit l'application d'un texte nouveau soit l'absence de jurisprudence sur la règle de droit litigieuse¹⁵⁰¹. En Chine, le critère de nouveauté est de toute façon à la base de l'exercice de l'interprétation judiciaire en général. Quant au degré de difficulté rencontré par le juge, c'est une condition commune à la France et à la Chine¹⁵⁰². En matière d'autorité, les avis rendus par la Cour de cassation sont consultatifs¹⁵⁰³ : à défaut, la prohibition des arrêts de règlement instituée à l'article 5 du Code civil deviendrait illusoire¹⁵⁰⁴. Bien entendu, cela ne remet pas en cause l'autorité *jurisprudentielle*, « considérable », attachée à l'avis¹⁵⁰⁵. En Chine, bien que la Cour Suprême ait recommandé l'utilisation, par les juridictions inférieures, de ses interprétations judiciaires en général¹⁵⁰⁶ (Réponses officielles incluses) dans leurs décisions de justice en tant que référence juridique, leur force obligatoire est sujet à débat au sein de la doctrine. Une fois n'est pas coutume, le point de départ provient de la compétence de la CPS, qui reste déléguée par le pouvoir législatif et qui ne lui est pas propre. Pour certains, bien qu'une telle interprétation bénéficie des mêmes effets juridiques que celles d'une loi du Comité Permanent, la nature judiciaire de la Cour Suprême conduirait à la qualifier de règle de *jugement* (domaine d'application particulier) et non de règle de droit (domaine d'application général)¹⁵⁰⁷. Cet argument serait corroboré par l'obligation

¹⁵⁰¹ Exposé de M. Jean Buffet, préc. [en ligne].

¹⁵⁰² *Ibid.* ; Liu Fengjing, Wen Zitao, préc., p. 109. V. aussi le numéro 6 de la *Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, « Les questions préjudicielles en question » *Jurisdoctoria*, juin 2011, n°6, p. 20 et s. qui fonde l'existence des questions préjudicielles sur l'identification des cas complexes.

¹⁵⁰³ Code de l'Organisation Judiciaire, art. L. 441-3 ; Agnès Robine, *op.cit.*, pp. 120-128.

¹⁵⁰⁴ Agnès Robine, *op.cit.*, p. 107. L'auteur formule une des craintes principales présidant à l'instauration de la saisine pour avis : « en confiant à la Haute juridiction judiciaire une mission si proche du pouvoir législatif, le principe de séparation des pouvoirs ne serait-il pas menacé et les arrêts de règlements de l'Ancien Régime ressuscité ? ».

¹⁵⁰⁵ Jacques Boré, Louis Boré, « Cour de cassation » *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015, n°217-218 et s ; la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 a modifié l'article L.441-2 du Code de l'organisation judiciaire français relatif à la chambre compétente de la Cour de cassation pour rendre un avis sur saisine. La chambre est de composition mixte si la question relève de l'attribution de différentes chambres ou plénière si la demande pose une question de principe. Pascale Deumier (« 2. La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *RTD Civ.*, 2017, p. 600) relève que ce passage d'une formation solennelle et transversale à une chambre compétente reflète deux conceptions opposées et relatives à l'élaboration d'une jurisprudence : la première préfère une jurisprudence nourrie d'échanges d'idées et de points de vue alors que la seconde privilégie la technicité.

¹⁵⁰⁶ Règles [2007] n°12, art. 27.

¹⁵⁰⁷ Sun Xiaoxia, Chu Guojian, préc., p. 24 : « 一种裁判规则 ». « Bien que la Réponse officielle soit perçue en Chine comme une référence ordinaire dans les jugements des tribunaux populaires et qu'elle possède un effet identique à la loi dans le processus de décision, elle n'a pas de force obligatoire générale ».

faite à la Haute juridiction pékinoise de communiquer ses interprétations judiciaires à l'organe législatif compétent pour vérification et enregistrement. À l'inverse, on peut également considérer qu'un « recensement » obligatoire des interprétations judiciaires officielles constitue une marque de leur autorité. Même si la Réponse en elle-même n'est supposée s'appliquer qu'aux affaires en cours, sa diffusion publique est bien une preuve de sa vocation unificatrice, à l'instar de l'avis rendu par la haute juridiction française.

215. Autorité de fait ou autorité de droit ? Si certains doutes peuvent encore subsister concernant les interprétations judiciaires chinoises sous formes de Réponses officielles, les interprétations dites générales et celles qui prennent la forme de « Règles » confortent, au contraire, l'assimilation de l'interprétation judiciaire à une norme juridique.

2. Les Interprétations générales (解释) et les Règles (interprétatives, 规定).

216. Une reconnaissance progressive de la force normative des interprétations. Il n'est pas rare qu'en Chine, la Cour Populaire Suprême n'attende pas d'être sollicitée par une juridiction inférieure pour interpréter le droit¹⁵⁰⁸. Par exemple, la *Loi sur les contrats* (合同法) adoptée le 15 mars 1999 et publiée le 1^{er} octobre 1999 a été suivie, le 1^{er} décembre 1999, d'une Interprétation judiciaire de la Cour de Pékin¹⁵⁰⁹. Plus récemment, à la suite de la promulgation de la nouvelle *Loi de procédure civile* le 1^{er} janvier 2013, celle-ci a rendu publique, le 18 décembre 2014 son interprétation¹⁵¹⁰, qui contient 551 articles alors que la loi interprétée n'en contient que 284. Ce type d'interprétation porte sur l'explication de termes spécifiques et indique les solutions à suivre dans les situations non prévues par la loi. Plus concrètement, les quarante-deux premiers articles de l'interprétation relative à la

¹⁵⁰⁸ En pratique, pour Peter H. Corne (préc., p. 409), du fait de l'inaction du Comité Permanent, la Cour Suprême a pu bâtir ses propres règles, avec ou sans contentieux. L'auteur ne ménage pas ses mots : « Consequently, the SPC, as well as the SPP, function almost exclusively as law interpreting authorities rather than determiners of litigants' rights ».

¹⁵⁰⁹ « Interprétation judiciaire de "la loi sur les contrats de la RPC" », (1) mise en vigueur le 29/12/1999. La loi sur les contrats a été l'objet de quatre interprétations judiciaires officielles : Interprétation [2009] n°5 ; Interprétation [2010] n°12 (cette dernière porte plus précisément sur les contrats de travail) et Interprétation [2012] n°7 (qui porte sur les contrats de vente).

¹⁵¹⁰ CPS, « Interprétation concernant l'application de la "Loi de procédure civile" » (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释), Interprétation [2015] n°5 (法释 [2015] 5 号), 4 février 2015.

Loi de procédure civile explicitent des notions comme « domicile » (art. 3 de l'interprétation), « résidence permanente » (art. 4), « affaire importante impliquant un élément d'extranéité » (art. 1) qui permettent de déterminer la « compétence juridictionnelle » (管辖) des tribunaux populaires¹⁵¹¹ mais indiquent aussi, par exemple, les règles de compétence applicables en cas de demande de divorce entre un résident Chinois et étranger (art. 15). Ces interprétations portent souvent sur des lois nouvellement publiées, plus précisément sur la manière de les appliquer à un cas concret. Elles apportent des précisions en cas de doute sur les termes de la loi : ainsi, la CPS a pu préciser les expressions « montants élevés¹⁵¹² » et « circonstances graves » dans la loi pénale¹⁵¹³. Beaucoup d'interprétations de la Cour Suprême sont ainsi rendues abstraitement et sans lien avec un contentieux. Elles sont spontanées, sans saisine préalable et leur contenu reprend la même structure que la loi interprétée. Cependant, plus recherchée qu'une simple interprétation littérale des articles de lois, il s'agit, incontestablement, d'interprétation *exégétique*.

En termes quantitatifs, on dénombre 1399 documents interprétatifs judiciaires de 1981 à 1995¹⁵¹⁴, dont une moyenne de trente par an entre 1987 et 1990. La Cour Suprême autorisa les juges à user de ses interprétations comme référence juridique dans leurs décisions de justice à partir de 1997. Le poids normatif de leur interprétation a été réaffirmé en 2007¹⁵¹⁵ puis en 2009¹⁵¹⁶. « *L'interprétation*

¹⁵¹¹ Il est notable, au passage, que la CPS interprète une loi considérée comme fondamentale alors qu'elle ne détient qu'une compétence d'interprétation déléguée.

¹⁵¹² « Interprétation de la CPS relative aux nombreuses questions d'application du droit dans les affaires de fraudes », Interprétation [1996] n° 32, article 7 (最高人民法院关于审理诈骗案件应用法律的若干问题的解释) 第七条的规定, 法发(1996)32号); Interprétation CPS relative aux nombreuses questions d'application du droit dans les affaires de vol, Interprétation [1998] n°4 (最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释, 法发(1998)4号).

¹⁵¹³ V. par exemple, l'« Interprétation conjointe relative aux nombreuses questions d'application du droit dans les affaires pénales en matière de refus de paiement des taxes et d'évasion fiscale », publiée le 16 septembre 1992 qui éclaircit l'expression « circonstances aggravantes » de l'article 121 de la *loi pénale* (最高人民法院发布的“关于办理偷税, 抗税刑事案件具体应用法律的若干问题的解释”). Les deux exemples sont cités par Shen Zongling, « Essai sur l'interprétation juridique », préc, p. 63.

¹⁵¹⁴ Données du système d'index de droit chinois, cité par An Jian, *op.cit.*, p. 18.

¹⁵¹⁵ Sur cette question, l'opinion de la CPS a connu un changement drastique entre 1986 (interdiction pour les juridictions de citer ses interprétations) et 1993 (autorisation accordée aux tribunaux), réaffirmée en 1997 puis dans la décision [2007] n°12 (art. 14).

¹⁵¹⁶ « Règles de la CPS relative à la citation des lois, règles et autres documents normatifs dans les décisions de justice », Règle [2009] n°14 (最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定, (法释(2009)14号).

*judiciaire est passée progressivement d'un statut de "source de droit secrète" à une référence qu'il faut respecter*¹⁵¹⁷ ».

217. Les effets dans le temps des interprétations. En plus de reconnaître force de droit à ses Interprétations (解释) la Cour Populaire Suprême s'octroie également le pouvoir d'en moduler les effets dans le temps¹⁵¹⁸. En France, les interprétations judiciaires (la jurisprudence) sont en principe rétroactives puisque présumées exister depuis l'existence de la loi¹⁵¹⁹. En Chine, la doctrine s'accorde pour distinguer les interprétations relatives aux règles procédurales – d'application immédiate – de celles relatives aux règles de droit substantiel et dont le régime juridique est une construction « prétorienne¹⁵²⁰ ». Dans leur étude portant sur la question de la rétroactivité des interprétations judiciaires, les professeurs Zhang Xinbao et Wang Weiguo ont recensé vingt-deux Interprétations (解释), vingt-cinq Règles (规定) et vingt-six Réponses (批复) rendues par la CPS sur la période de 1997 à 2008. Sur les vingt-deux interprétations générales, douze ont une mention particulière relative à leur effet dans le temps : soit elles indiquent que leur application concernera les *nouveaux cas d'audience survenus après leur entrée en vigueur*, soit elles instituent le *point de départ* de leur mise en œuvre à compter du *jour de leur publication*¹⁵²¹. Une d'entre elle laisse le choix de son application aux juridictions en indiquant *qu'en cas de*

¹⁵¹⁷ Zhang Xinbao (张新宝), Wang Weiguo (王伟国), « Analyse sur la question de rétroactivité des interprétations judiciaires de la Cour Suprême Populaire » (« 最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨 »), *Science du droit* (法律科学), n°6, 2010, p. 109 : « [...] 逐步使司法解释从应当贯彻执行但不宜直接引用的“秘密法源”到必须遵照执行并可以引用 [...] ».

¹⁵¹⁸ La question de la rétroactivité se pose moins pour les types d'interprétation que sont les Réponses puisque leur statut leur confère une « rétroactivité naturelle ». Zhang Xinbao, Wang Weiguo, préc., p. 113 : « 尽管绝大多数“批复”没有就溯及力作专门的规定，但是“批复”主要针对审理中案件的请示所作，对请示涉及案件有直接的效力自不待言，对引起纠纷的行为或事件有溯及力也是自然的 ».

¹⁵¹⁹ Philippe Malivaud, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence (1) », *RTD Civ.*, 2005, p. 312.

¹⁵²⁰ Cette distinction est une appréciation du principe chinois « d'immédiateté des règles procédurales » (« 程序从新，实体从旧 »). La *loi sur la législation* n'intégrant pas les interprétations judiciaires et encore moins leurs effets, c'est la Cour Suprême qui a progressivement établi leur régime. Zhang Xinbao, Wang Weiguo, préc., p. 116.

¹⁵²¹ Traduit notamment par la mention chinoise « 人民法院新受理的一审 X 纠纷案件，适用本解释 » (« Pour les nouveaux contentieux X acceptés en première instance, les tribunaux appliquent la présente interprétation ») ; V. Interprétation [2003] n°19, entrée en vigueur le 1 avril 2004 (II) relative à la *Loi sur le Mariage* ; autre exemple : « X 年 X 月 X 日后新受理的一审 X 案件，适用本解释的规定 » (« Pour les nouvelles affaires en première instance traitées après X date, les règles de la présente interprétation s'appliquent »), V. Interprétation [2003] n°20, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 relative aux affaires d'indemnisation des préjudices personnels ; parfois, l'interprétation précise son application après promulgation pour toutes les affaires nouvellement traitées en première et seconde instance, V. Interprétation n°6, [2006], entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2006 concernant les conflits de travail. Exemples tirés de l'article de Zhang Xinbao et Wang Weiguo, préc., p. 110.

lacune législative, les tribunaux peuvent s'y référer¹⁵²². Enfin, seules deux interprétations règlementent leur propre rétroactivité¹⁵²³. L'interprétation peut aussi ne s'appliquer qu'aux instances encore en cours, mais pas dans le cas d'un appel formé à l'encontre d'un jugement de première instance rendu avant la publication de l'interprétation¹⁵²⁴. Concernant les Règles, huit seulement comportent une mention spécifique quant à leurs effets. Une d'entre elle, la « Règle relative aux audiences en matière de marché à terme¹⁵²⁵ », est d'ailleurs révélatrice du pragmatisme de la Cour Suprême¹⁵²⁶ : le principe affirmé dans cette interprétation est l'absence de rétroactivité, « sauf en cas de besoin »... Ces dispositions, qui ont vocation à unifier l'application du droit, sont donc loin d'être uniformes¹⁵²⁷.

Ce problème rejoint celui, plus général, de la compétence de la Cour Suprême pour juger de la rétroactivité de ses normes. À la différence de la jurisprudence française, qui produit une interprétation au moment de l'application par le juge du droit dans une situation concrète, l'interprétation judiciaire de la Cour Populaire Suprême existe sous forme de règle générale et abstraite, parfois avant même la naissance de contentieux.

« Elle [l'interprétation judiciaire] ne se limite pas au droit déjà existant ou au sens que devraient avoir les articles ; son contenu est généralement un contenu législatif, composé de règles abstraites et non ramenées à un cas concret. Si on lui accorde

¹⁵²² *Ibid.*, Interprétation n°20, [2004], entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, qui contient la mention : « 没有规定的, 适用合同法总则的规定, 并可以参照合同法第十八章和本解释的有关规定处理 » (« En l'absence de règle, on applique les règles générales du droit des contrats, et l'on peut se référer à l'article 18 de la Loi sur les contrats et des règles de la présente interprétation »).

¹⁵²³ *Ibid.*, Interprétation n°19 [1999], entrée en vigueur le 29 décembre 1999 : « 合同法实以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的, 除本解释另有规定的以外, 适用当时的法律规定 » : « Les actions en justice relatives aux inexécutions contractuelles sont traitées selon les règles de droit existant au moment de la formation du contrat, en dehors des exceptions prévues par la présente interprétation » ; Interprétation n°31 [2002], entrée en vigueur le 15 octobre 2002 énonce : « en dehors des autres règles de l'interprétation, ... ».

¹⁵²⁴ *Ibid.* V. Interprétation n°44 [2000], entrée en vigueur le 13 décembre 2000 (relative à la *Loi sur les sûretés*). En revanche, l'interprétation s'applique aux affaires pendantes de première et seconde instance.

¹⁵²⁵ Règle [2003] n°10, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, article 63.

¹⁵²⁶ Cette interprétation dispose en effet que pour les « actes de marché à terme ou les infractions survenus avant la publication de la présente règle, la loi en vigueur au moment de la survenance du fait s'applique. En dehors des cas où les règles ne sont pas claires, les juges peuvent traiter de la demander en se référant à la présente règle ».

¹⁵²⁷ Zhang Xinbao, Wang Weiguo, préc., p. 113. Comme le relèvent les auteurs, une des ces règles d'interprétation énonce par exemple « qu'en cas de conflit entre la présente interprétation et une interprétation judiciaire antérieure, celle-ci s'applique pour les affaires en cours d'instance ». Une règle également interdit sa rétroactivité (Règle n°29 [2002], entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002) ; enfin, certaines de ces règles, en plus de régler leurs effets dans le temps, régulent également ceux de la loi interprétée.

l'effet rétroactif, il faut dès lors prendre comme point de départ la loi du procès et non celle existant au moment de l'acte générateur¹⁵²⁸ ».

Cette considération de l'interprétation peut conduire à de graves injustices, puisqu'en supposant deux conflits similaires dans les faits, le droit qui leur sera applicable dépendra du moment de la demande en justice.

218. Interprétation judiciaire générale et un « avis spontané ». En outre, la Règle de 2007 détaille minutieusement le travail d'élaboration des interprétations judiciaires qui comporte trois étapes : mise en forme du projet (立项), vérification (审核) et coordination (avec les règles en vigueur) (协调)¹⁵²⁹. La première phase octroie six possibilités de saisine en fonction des acteurs : le comité de jugement de la Cour Suprême (qui peut *exiger* une interprétation qu'il considère nécessaire), son département des affaires juridictionnelles (qui peut *suggérer* l'interprétation), une Cour des affaires militaires ou une Cour supérieure (outre leur possibilité de formuler une question préjudicielle), l'APN, les membres du Comité de la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois (qui peuvent produire une motion ou une proposition d'interprétation judiciaire), les organes étatiques, groupements sociaux ou autres organisations et les citoyens. La Cour Suprême peut également initier d'elle-même la création d'une interprétation toutes les fois qu'elle l'estime nécessaire, pour anticiper les difficultés d'application des nouveaux textes de loi. En un sens, cette logique préventive visant à la clarification d'une règle juridique en amont de son application pourrait faire écho aux « avis spontanés » français rendus par le service de documentation de la Cour de cassation¹⁵³⁰. Toutefois, le fait que ces avis, présentés sous forme de question/réponse, n'engagent pas la Cour de cassation – contrairement aux interprétations de la CPS – en plus du fait que le service de documentation se réserve la possibilité de suggérer une procédure de saisine pour avis sont autant

¹⁵²⁸ Zhang Xinbao, Wang Weiguo, préc., p. 122 : « 后者并不仅限于对法律的已有或应有文义所作的解释, 许多内容具有“立法”性质, 是抽象性规范而不是针对具体案件的, 如果一概赋予其有溯及力, 必然形成以审理案件时而不是行为时的法律规范为依据进行裁判 ».

¹⁵²⁹ Règle [2007] n°12, art. 8.

¹⁵³⁰ Pour un exemple de ce que Nicolas Molfessis qualifie de « forme originale d'avis » (« Les avis spontanés de la Cour de cassation », préc., p. 37) V. L'« Étude du Service de documentation et d'études sur le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom », disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/documentation_etu_des_8701.html [dernière consultation le 1er juin 2018].

d'obstacles à la généralisation de cette technique¹⁵³¹ – d'ailleurs caractérisée par sa rareté – et empêche tout rapprochement avec la pratique chinoise. Plus généralement, et en dépit du développement d'outils préjudiciels en France, nous pensons que la fin de l'ère jurisprudentielle¹⁵³² est loin d'être encore sonnée, d'autant plus que le recours à ce type « d'interprétation préalable » reste rarissime dans l'ordre interne¹⁵³³. En outre, l'exemple du modèle chinois est particulièrement révélateur de la nécessité de rattacher l'interprétation d'une règle de droit à un contentieux : le régime de l'interprétation judiciaire – en tant que catégorie générique – souffre des limites inhérentes aux interprétations abstraites et générales. Ainsi, aux côtés de cette pratique de l'herméneutique se développe une forme nouvelle de « jurisprudence » à la chinoise, basée sur l'idée de modèle à suivre : ce sont les cas directeurs.

219. Une particularité chinoise : les cas directeurs. Cette nouvelle forme « d'interprétation » est née en Chine et reste à ce jour inconnue en France. Sa particularité suscite la curiosité : il s'agit de ce que les Chinois appellent, « les cas directeurs¹⁵³⁴ » (*guiding case*, 案例指导性). Impulsé dès 1985 avec la publication de

¹⁵³¹ Nicolas Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », préc., p. 37 et s. l'auteur s'interroge tout de même sur la pertinence de cette méthode dépourvue de force contraignante : « Comment comprendre, pourtant, que les réponses ici délivrées prétendent renforcer la sécurité juridique en favorisant la prévisibilité des interprétations ? Comment des énoncés à portée uniquement indicative, et donc susceptibles d'être infirmés par les juges du fond voire par la Cour de cassation elle-même, pourraient-ils constituer des indicateurs fiables du droit positif ? ».

¹⁵³² *Ibid.* [au sujet des avis de la Cour de cassation] : « au demeurant, est-on encore en présence de jurisprudence ? », renvoi à Frédéric Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D*, 1992, Chron., p. 247. Au constat déjà formulé par le Professeur Zénati quant à l'abstractivité inhérente des seuls *avis* de la Cour de cassation rendus lors d'un contentieux (« cette forme de jurisprudence nie la jurisprudence »), le Professeur Molfessis répond en questionnant la nature jurisprudentielle de telles interprétations rendues en dehors de tout litige.

¹⁵³³ Environ une dizaine d'avis sont rendus chaque année par la Cour de cassation. Les questions préjudicielles sont prévues en droit communautaire (TFUE, art. 267). Entre 1952 et 2008, 755 questions préjudicielles ont été adressées par les juridictions françaises à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Le 13 avril 2013, le Conseil Constitutionnel a posé pour la première fois une question préjudicielle dans le cadre d'une QPC relative à la conformité de l'article 695-46 du Code de procédure pénale (exécution du mandat d'arrêt européen) au regard des droits et liberté garantis par la Constitution, C.C. décision n°2013-314 P QPC du 13 avril 2013 ; Philippe Flores, « Question préjudicielle », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2014, n°14.

¹⁵³⁴ Instituée en 2010, cette pratique a déjà fait couler beaucoup d'encre : Zhou Xiaozhou (周小舟), « Analyse des relations entre les cas directeurs et l'interprétation judiciaire » (« 论指导性案例与司法解释的关系 »), *Xiangchao* (湘潮), nov. 2011, pp. 33-34 ; Xia Xiaohui (夏晓慧), « Analyse des relations entre l'interprétation judiciaire et les cas directeurs » (« 论司法解释与指导性案例的关系 »), *Journal de l'Institut des cadres administratifs en droit et politique du Guangxi*, vol. 24, n°1, janv. 2009, pp. 106-110 ; Deng Jinting, « The Guiding Case System in Mainland China », *Frontiers of Law in China*, 2013, vol. 10, n°3, disponible en anglais à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2318958 ; Pour une approche plus théorique : Chen Jinzhao (陈金钊), « L'interprétation du droit et sa signification dans le régime des cas directeurs » (« 案例指导制度下的法律解释及其意义 »), *Journal des sciences sociales et de philosophie de*

certaines arrêts de la Cour Suprême dans sa gazette¹⁵³⁵, le système des cas directeurs a été véritablement formalisé en 2010, lorsque celle-ci a publié les « Règles relatives au travail des cas directeurs¹⁵³⁶ » en application du second plan quinquennal de réforme judiciaire de 2005¹⁵³⁷. En août 2016, 64 cas directeurs ont été publiés par la Cour Suprême¹⁵³⁸. Ils concernent des affaires déjà jugées et qui, selon l'article 2 desdites Règles, revêtent les caractéristiques suivantes :

« [ces affaires] ont suscité un large intérêt social ; les dispositions juridiques [sur lesquelles elles se fondent] sont de nature relativement générale ; elles sont de nature atypique ; ce sont des cas difficiles, compliqués ou de nouvelles espèces ; à défaut, ce sont des affaires ayant un effet directeur¹⁵³⁹ ».

L'article 7 des Règles de 2010 énonce la force obligatoire des cas directeurs :
« chaque échelon juridictionnel doit se référer au cas directeurs publiés par la CPS

l'Université de Suzhou, avril 2011, pp. 57-60 ; Yao Hui (姚辉), « La fonction théorique de la méthode des cas directeurs en matière civile » (« 民事指导性案例的方法论功能 »), *Journal de l'Institut National des Procureurs*, vol. 20, n°1, fév. 2012, pp. 13-20 ; Zhao Juan (赵娟), « Considérations sur la légitimité du système des cas directeurs » (« 案例指导制度的合法性评析 »), *Université des sciences sociales du Jiangsu*, n°6, 2011, pp. 141-147 ; V. également le compte rendu du colloque organisé en 2014, Zhang Baosheng, Li Yin, « The Supreme People's Court of China in the Process of Judicial Reform », disponible à l'adresse <http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/ZHANG-The-Supreme-People%E2%80%99s-Court-of-China-in-the-Process-of-Judicial-Reform.pdf> [dernière consultation le 10 janvier 2018]. L'école de droit de Stanford a créé le site anglophone le plus complet dédié exclusivement au système des cas directeurs chinois : <https://cgc.law.stanford.edu/> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

¹⁵³⁵ Zhou Xiaozhou, préc., p. 33. ; V. aussi Liu Nanping, « An ignored source of chinese law : the gazette of the suprem people's court », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 5, 1989-1990, pp. 271-316.

¹⁵³⁶ « Règles de la CPS relative au travail des cas directeurs » (最高人民法院关于案例指导工作的规定), Règles [2010] n°51 (法发 [2010] 51 号), publié le 26 novembre 2010. Cette interprétation judiciaire ne contient que 10 articles et, pourtant, a suffi à fonder une nouvelle source de droit, au moins informelle ; V. Également, l'interprétation de la CPS relative à l'application de ces Règles de 2011, « 最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则), publiées le 2 fév. 2015.

¹⁵³⁷ Dans son « Programme de la seconde réforme quinquennale des tribunaux » (法院第二五年改革纲要 (2004-2008)) du 26 novembre 2005, la CPS a annoncé la création d'un système de cas directeur ; c'est la première fois que l'expression « régime de cas directeur » (案例指导制度) était formellement utilisé dans un document normatif de la Cour Populaire Suprême. Cité not. par Xia Xiaohui, préc., p. 106.

¹⁵³⁸ Mei Gechlik, « China's Guiding Cases System : Review and Recommendation », Rapport d'analyse n°5 de la série *Guiding Case Analytics* août 2016, disponible à l'adresse : <https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/08/GC-Analytics-5-English.pdf> [dernière consultation le 18 janvier 2018].

¹⁵³⁹ Règles [2010] n°51, art. 2 : « 本规定所称指导性案例, 是指裁判已经发生法律效力, 并符合以下条件的案例:

- (一) 社会广泛关注的;
- (二) 法律规定比较原则的;
- (三) 具有典型性的;
- (四) 疑难复杂或者新类型的;
- (五) 其他具有指导作用的案例 ».

quand il rencontre les mêmes faits¹⁵⁴⁰ » ; à défaut, les juges doivent motiver son absence de citation. Si le cas jugé est « complètement différent » du cas directeur et dont l'application a conduit à une décision injuste, les parties peuvent faire appel¹⁵⁴¹. Certains doutes subsistent encore quant à savoir précisément quels éléments de l'affaire érigée en cas directeur permettent son rapprochement avec une affaire pendante : s'agit-il seulement des faits, seulement des raisons invoquées à l'application de telle ou telle règle ou de l'ensemble du cas directeur ? La nature directrice de ces cas impose leur publication systématique pour qu'ils puissent être utilisés par les juridictions inférieures. Selon Zhou Xiaozhou, les cas directeurs diffèrent de l'interprétation judiciaire officielle dans leur méthode de raisonnement, qui allie la méthode déductive à la pensée analogique¹⁵⁴². Les différences sont notables dans leurs effets également : l'interprétation judiciaire étant une explication du texte de droit, elle est pourvue des mêmes effets que le texte interprété ; le cas directeur, quant à lui, mêle la règle de droit aux faits, d'où la question de savoir quels éléments du cas directeur lient effectivement le juge ordinaire¹⁵⁴³. En cas de possibilité d'application d'une interprétation et d'un cas directeur, ce dernier prévaut si l'interprétation judiciaire est plus ancienne¹⁵⁴⁴. Dans leur forme, les cas directeurs se composent de la présentation des faits, du raisonnement juridique utilisé, de la vérification des preuves, puis de la référence de droit (applicable) et de la conclusion du jugement. Il est à noter également que l'institution des cas directeurs accorde un vrai « droit de parole » au juge du fond¹⁵⁴⁵ qui peut envoyer les affaires qu'il considère comme difficiles à la Cour Suprême. Cette dernière pourra les sélectionner

¹⁵⁴⁰ Li Yougen (李友根), « Analyse du domaine de la force obligatoire des cas directeurs » (« 论指导性案例的约束力范围 »), *In Fonctionnement, méthode et théorie des recherches sur les cas directeurs judiciaires* (司法案例研究的理论, 方法及运用) de l'université du Jiangsu, 2010, pp. 65-69. Comme l'explique Li Yougen (p. 65), le terme originellement employé que l'on peut traduire par la forme conditionnelle du verbe devoir (应当) doit être compris dans sa forme impérative (必须) : « 应当就是必需 ».

¹⁵⁴¹ *Ibid.* l'auteur se base sur le numéro 4 de la *Gazette* de la Cour Suprême de 2004.

¹⁵⁴² Zhou Xiaozhou, préc., p. 34 : dans la forme, le cas directeur contient plus de références (règle, jugement) que la simple interprétation (qui n'interprète que la disposition législative) ; il note l'emploi de la méthode déductive (演绎) pour les interprétations strictes et la méthode mixte (déductive et analogique) (类比) pour les cas directeurs. De plus, le juge posséderait un pouvoir dynamique dans l'application du droit en pouvant refuser, s'il estime que les faits de l'affaire qui lui est soumise ne correspondent pas à ceux du cas directeur, d'appliquer ce dernier (sous conditions d'en justifier ses raisons).

¹⁵⁴³ Zhou Xiaozhou, préc., p. 33 : ce dernier parle même d'une « force restreinte aux faits » (litt. : « 事实上的拘束力 »)

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, désigné par l'expression : « 发言权 ».

et les publier selon le raisonnement utilisé dans le jugement originel.

Ce nouveau système, plus concret et pertinent que l'interprétation judiciaire, marque-t-il la fin de cette dernière ? Sans doute pas. Malgré leur différence, il existe entre les cas directeurs et les interprétations judiciaires officielles une relation complémentaire¹⁵⁴⁶ : le cas directeur vient concrétiser l'interprétation judiciaire, cette dernière éclaire le sens de la référence juridique employée. Pour Xia Xiaohui, il faut distinguer deux situations : la première est celle où l'intervention de la Cour suprême apporte un complément au droit, dans ce cas l'interprétation judiciaire est préférable ; la seconde, née de l'absence d'interprétation judiciaire ou de sa trop grande abstraction, doit privilégier le recours au cas directeur. En réalité, seule une catégorie d'interprétation judiciaire pourrait voir son avenir compromis : les Réponses officielles.

220. Conclusion du Chapitre 2. L'agencement des sources de droit en Chine laisse le juriste français relativement perplexe : la Constitution est considérée comme la norme fondamentale du pays mais elle ne peut pas être, en principe, invoquée par les tribunaux. La loi est supposée concrétiser les dispositions constitutionnelles mais le contrôle de constitutionnalité reste entre les mains du législateur. Les tribunaux ne sont censés être que les exécuteurs du droit sans pouvoir d'interprétation, mais les interprétations de la Cour Suprême ont une force contraignante. Plus précisément, les Interprétations de la Cour Suprême semblent acquérir la même force que la loi lorsqu'elles sont rendues avant contentieux, juste après la publication de la loi interprétée. Fonder une théorie des sources du droit sur la base d'une pyramide est dès lors impossible en dépit des tentatives des auteurs chinois de rationaliser l'agencement des sources normatives sur les modèles occidentaux. Du point de vue évolutif, si la valeur accordée à la loi et à la Constitution n'a pas beaucoup varié depuis le début des années 1980 en dépit des tentatives avortées des juges de promouvoir une meilleure protection des droits fondamentaux, en revanche, l'activisme de la Cour Suprême lui permet d'avoir un rôle essentiel, loin d'être cantonné à une source seulement jurisprudentielle. En effet, même si l'autorité de la loi est régulièrement, voire systématiquement rappelée dans les documents traitant de

¹⁵⁴⁶ Xia Xiaohui, préc., p. 107 ; Zhou Xiaozhou, (préc., p. 34), parle d'une relation interactive : l'interprétation judiciaire de la CPS est la concrétisation ou l'extension d'une règle de droit générale ou de principe alors que le cas directeur prend la règle concrète dans un cas spécial en réunissant les faits à la règle. Ces cas sont également une forme d'interprétation judiciaire ; l'auteur va même plus loin en déclarant que ces cas directeurs peuvent devenir une source d'interprétation judiciaire.

l'applicabilité des normes, nous sommes d'avis que le pouvoir d'interprétation exercé par la Haute juridiction pékinoise lui confère le rôle de source de droit à part entière.

Conclusion du Titre II.

221. Le processus d'occidentalisation du droit chinois en cours depuis la fin de l'époque impériale ne peut pas être restreint à l'importation des idées et des modèles juridiques de type européen (modèle continental) ou de type anglo-saxon (modèle de *Common law*). En effet, l'adoption d'une idéologie marxiste résulte également de ce processus et constitue, à notre sens, un des points clés de la divergence entre les systèmes juridiques français et chinois. À ce titre, le recours au principe de la séparation des pouvoirs en tant que référent de comparaison des deux modèles juridiques est pertinent à deux niveaux. Tout d'abord, l'étude des foyers de droit chinois au travers du prisme de la séparation des pouvoirs a conduit à constater l'inexistence pure et simple de ce principe d'agencement du pouvoir étatique en Chine. Ce seul constat n'a aucun intérêt s'il n'est pas accompagné d'une prise de distance critique par rapport à la réalité de la séparation des pouvoirs en France. Or, ce recul a permis de constater une relative désuétude ou, en tout cas, un certain aménagement du principe de séparation des pouvoirs en France, compte tenu des dynamiques contemporaines encadrant l'évolution des États occidentaux. Dans ces dynamiques, l'exigence d'efficacité, que l'on retrouve également en Chine, apparaît être décisive en ce qu'elle peut légitimer, par exemple, un transfert de compétence du parlement au gouvernement. De la même manière, l'apparition de nouveaux pouvoirs capables d'influencer l'orientation de la production normative dans les États confirme l'inadéquation d'une réalité constatée à une théorie modélisée. Pourtant, à un second niveau, la séparation des pouvoirs apparaît être un principe tellement intégré dans l'agencement des sources de droit françaises qu'elle en acquiert un caractère dogmatique.

Le choix d'avoir mis l'accent sur l'effacement de la Constitution chinoise au profit des lois et sur le statut des interprétations répond à la volonté de mettre en valeur ces formes de sources de droit, particulièrement chinoises et pourtant familières à notre tradition juridique. Ce n'est en effet pas un simple hasard si des techniques assimilables à notre ancien référent législatif qui sont condamnées justement parce qu'elles vont à l'encontre de la séparation des pouvoirs, existent en Chine. Ainsi, la séparation des pouvoirs et son homologue chinois, le centralisme démocratique,

constituent des clés d'analyse nécessaires pour aborder le droit chinois au regard du droit français, en ce qu'elles font apparaître des divergences irréductibles mais non insurmontables. *Irréductibles* car ces divergences traduisent une approche chinoise particulière de la règle de droit. Par exemple, la loi est plutôt conçue en Chine comme un instrument de la politique d'État, grâce à laquelle sont menées les réformes ; en tant que source de droit offerte aux citoyens, son rôle se substitue à celui de la Constitution ; dans son contenu, elle reste courte, relativement flexible et générale d'application. Nonobstant la personne *réelle* du législateur, l'agencement des sources du droit en Chine devrait conduire à ériger la loi en première place des sources de droit. *Non insurmontables* car le système chinois, en transition constante, se caractérise par son syncrétisme et sa faculté d'adaptation. La création d'un système de cas directeurs qui accroît l'autorité *jurisprudentielle* de la Cour Suprême (en contradiction théorique avec la nature de régime d'assemblée du système chinois) illustre les facultés d'innovation du système chinois.

Conclusion de la première partie.

222. L'étude de la formation, en France et en Chine, du concept de règle de droit a mis en évidence des différences irréductibles qui, si elles n'apparaissent pas au moment de définir ledit concept (tout du moins, si l'on s'en tient uniquement à une acception positiviste et non, dirons-nous, plus philosophique) sont révélées dans la structure qui donne naissance à la règle de droit. Cette structure, que nous avons délibérément restreinte à la sphère étatique – par souci de commodité évident –, s'entend plus particulièrement des modes de production des règles juridiques, où résident les particularités du droit chinois. Ainsi, la conception contemporaine de l'État chinois s'écarte de la conception française sur plusieurs aspects. Premièrement, l'agencement des institutions normatives chinoises, axé sur le principe du centralisme démocratique, est révélateur d'une logique de contrôle social moins centrée sur des garanties de démocratie procédurale que sur le résultat substantiellement espéré. À cela s'ajoutent les frontières poreuses existantes entre l'État d'un côté et le Parti politique de l'autre, ce qui lui vaut, d'ailleurs, la qualification de dictature démocratique. Deuxièmement, le décalage constaté entre l'affirmation théorique d'un pouvoir unitaire et l'institution de ce que certains dénomment un « fédéralisme de fait¹⁵⁴⁷ » rend compte de la tension entre la nécessité d'adapter les structures étatiques au niveau local (qui exige une certaine dose d'équité résultant des « particularismes locaux ») et l'exigence d'un cadre juridique uniforme sur le territoire (qui impose l'égalité en droit). Cet aspect du contrôle social est généralement conçu comme un legs de l'ère maoïste ; or, si legs maoïste il y a, nous pensons que c'est surtout dans le contrôle de la sphère privée qu'il apparaît le mieux. En effet, l'héritage impérial, aussi difficilement évaluable qu'il soit, faisait déjà apparaître une certaine omnipotence de l'État dans la société sans pour autant règlementer la sphère privée : les codifications de l'ère impériale revêtaient une nature essentiellement pénale en l'absence de catégorie formelle de droit privé. À ce titre, l'adoption et la promulgation du premier

¹⁵⁴⁷ Marie Goré, « Existe-t-il un droit asiatique ? », *op.cit.*, p. 522.

livre du tout premier Code civil de l'histoire de la RPC témoigne d'une avancée et d'une faculté d'adaptation du droit chinois qui ne connaissait pas, il y a à peine deux siècles, la notion même de droit civil. Ce transfert de droit est sans aucun doute le plus important depuis 1949 et, au-delà des motivations utilitaristes qui ont pu conduire à son adoption, ce nouveau Code civil incarne une nouvelle fois l'ouverture d'un système juridique vers l'international. En l'absence du contexte semi-colonial dans lequel ont eu lieu les premiers transferts de droit à la fin de l'ère impériale, les nouvelles innovations juridiques chinoises, inspirées pour beaucoup des droits étrangers – comme en témoigne, par exemple, l'amélioration du procès civil traité dans la partie suivante – tendent à plus de pérennité.

223. L'agencement des sources de droit en Chine révèle pour le moment une divergence profonde de la conception de la règle de droit. Dans l'ordre interne français, la Constitution se veut garante du droit et des libertés fondamentales des citoyens, ce qui n'est pas le cas de la Constitution chinoise qui s'apparente plutôt à un manuel d'ordonnement des pouvoirs d'État. N'étant pas invocable par le justiciable chinois et étant utilisée avec parcimonie par les juges dans leur décision, la Constitution chinoise ne prend véritablement forme qu'au travers des lois qui la consacrent. Des efforts ont été réalisés pour mettre en place un contrôle de constitutionnalité qui reste cependant plus formel qu'effectif. En outre, la production normative déléguée aux différents échelons locaux rend difficile l'uniformisation des lois sur le territoire chinois. Aussi, il n'est guère étonnant que la fonction d'uniformiser le droit applicable soit le fait de la Cour Suprême qui, à l'instar de la Cour de cassation française, s'assure de la correcte interprétation des règles juridiques. Cependant, et contrairement à la Haute juridiction française, la Cour Populaire Suprême dispose de pouvoirs conséquents (paradoxalement ?) en ce qu'elle peut interpréter les lois avant même qu'elles ne soient effectivement applicables. La Chine n'ayant jamais connu de révolte du pouvoir judiciaire ou en tout cas, n'ayant jamais craint un pseudo « gouvernement des juges » il n'est pas étonnant que la pratique des interprétations judiciaires préalables à tout contentieux, générales et abstraites, ne soit pas prohibée.

224. Au-delà de la simple constatation de ces divergences, un intérêt certain réside dans la compréhension de ces différences - tout en rappelant que comprendre n'est pas justifier. Ainsi, d'un point de vue historique, nous avons pu mettre en

parallèle certaines périodes de pensée clés qui traduisent des développements du droit. Par exemple, nous pensons que l'époque de Rome est au droit français ce que les Royaumes Combattants sont au droit chinois. Nonobstant leur durée respective, ce sont deux périodes de théorisation du droit : chez les Romains, le droit est un moyen d'accès à une justice d'inspiration aristotélicienne ; chez les légistes, le droit est un instrument rationnel de contrôle social mais sans impliquer nécessairement cette idée de justice – réfutant même l'idée de justice confucéenne. La loi légiste est conçue au service de l'État là où les droits romains sont des prérogatives individuelles nées de conflits juridiques. L'omnipotence de l'État impérial implique une conception plus verticale qu'horizontale de la justice ; l'intérêt privé ne se confond pas, chez les légistes chinois avec l'intérêt de l'État.

En outre, en Chine, la pensée ritualiste a joué un rôle très important, au point de s'incorporer dans les modes de contrôle social, à commencer par la législation. Ce phénomène de confucianisation du droit chinois, enclenché à partir de la dynastie Han, a pu être mis en parallèle avec le processus de christianisation du droit en France pendant la période du Moyen-Âge en ce que tous deux conduisent à une sorte de moralisation du droit. En Chine, les principes méritocratiques viennent atténuer la stricte égalité devant la loi – pourtant défendue par les légistes – ; la prise en compte de l'équité devient nécessaire pour donner un jugement juste et, surtout, l'éthique familiale devient plus importante que jamais.

Entre les « traditions » juridiques françaises et chinoises, deux principales divergences ont pu être soulignées : l'existence ou l'absence de la conception de droit individuel (droit subjectif) et la place sociale de la justice. La justice chinoise a été conçue comme une vertu pendant des millénaires ; au niveau institutionnel, elle faisait partie intégrante de l'ordre social, sans pour autant être supérieure au reste de la bureaucratie impériale (le statut du juge fonctionnaire est on ne peut plus révélateur). Il nous semble même que la justice chinoise, loin d'être réduite à une fonction curative, devait également prévenir les conflits. La fonction de juger n'était pas une simple tâche étatique et engageait la responsabilité personnelle du magistrat : ce dernier était soumis à un contrôle hiérarchique, réfutant dès lors toute idée d'indépendance. Il convient d'insister sur le fait que les magistrats chinois avaient moins le devoir de *juger* l'affaire dont ils étaient saisis que de la *résoudre*. Or, cette caractéristique semble perdurer dans le procès chinois contemporain et plus

particulièrement dans le procès civil, dont la relative nouveauté accroît l'intérêt de son étude (Partie 2).

Seconde Partie : L'application pragmatique de la règle de droit dans la résolution des différends civils.

225. Une règle de droit, quelle que soit sa forme, reste lettre morte en l'absence d'application. Or, par application, deux acceptions sont possibles : la première fait référence à l'étude du résultat de l'application, c'est-à-dire à la solution dégagée par la confrontation de la règle de droit à une situation donnée (par la méthode si connue des juristes français du syllogisme, par exemple). Dans ce cas, l'analyse relève du droit substantiel : elle implique d'analyser chaque pan de droit matériel, ce qui est incompatible avec la volonté de dégager une structure générale de l'application de la règle de droit. C'est en effet cette seconde acception qui pose les limites de notre étude : l'analyse de l'application de la règle de droit fait référence à son cadre d'application, aux règles qui offrent au justiciable la possibilité de faire entendre sa cause. La procédure civile ne saurait être limitée à un ensemble de règles techniques à vocation exclusivement professionnelle : elle est l'incarnation de la réalisation de la justice, elle est « une marche vers la mise en œuvre de l'effectivité des droits substantiels des citoyens, une marche vers un humanisme processuel¹⁵⁴⁸ ». Cette procédure vise à la résolution des conflits mais ne saurait être restreinte, en tout cas en droit chinois et en droit français, à une simple voie d'accès au procès. En ce sens, il convient de distinguer la logique contentieuse sous-entendant l'application de la règle de droit (Titre I) de la logique que nous qualifierons d'harmonieuse (Titre II).

¹⁵⁴⁸ Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Serge Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz Hypercours, 2017, p. 4.

Titre I : L'application de la règle de droit dans une logique juridictionnelle.

226. Une des formes les plus familières de la justice se réalise au sein des prétoires : la justiciabilité, alors synonyme de juridicité, serait même au fondement du droit¹⁵⁴⁹. En Chine comme en France, c'est en effet par le recours à un tiers impartial, le juge, que se réalise le droit : dans chacun des deux pays, la décision de justice met fin au *conflit*. Or, tous les conflits ne sont pas susceptibles d'être érigés au rang de contentieux : plus précisément, une grande partie des conflits de nature privée en Chine a longtemps été résolue autrement que par la voie juridictionnelle. La reconnaissance en terre du milieu de la catégorie de droit privé et notamment de droit civil est relativement récente et suscite d'ailleurs tout l'intérêt de la comparaison. La Chine dispose incontestablement d'un système de résolution des conflits privés comparable à celui français ; pourtant, force est de constater une certaine pénurie dans son étude. Le droit chinois connaît-il la notion d'action en justice ? Comment un justiciable chinois a-t-il accès aux juridictions ? Peut-il remettre en cause sa décision de justice ? Comment s'articule le procès civil chinois ? À quelle finalité obéit la résolution des conflits privés ? Les tentatives de réponses à ces questions laissent apparaître l'idée de justice civile en Chine : si l'étude de la mise en place un système de résolution des conflits privés dans les tribunaux chinois permet d'apprécier le degré de justiciabilité (Chapitre 1), la recherche de la finalité du procès civil chinois contribue à éclairer l'idée de justice civile en Chine (Chapitre 2).

¹⁵⁴⁹ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 40, n°7.

Chapitre 1. La mise en place d'un système de résolution des conflits privés par les tribunaux chinois.

227. Le choix terminologique de substituer l'analyse du *procès* à celle de la résolution des conflits privés par les tribunaux chinois peut paraître, à prime abord, anodin voire superflu. En effet, d'aucuns prétendent que le droit chinois ne connaît pas la notion de procès. L'existence en Chine contemporaine d'un droit de la procédure et de règles destinées à assurer le bon déroulement du procès ne fait aucun doute non plus. La raison de ce choix réside, en réalité, dans l'acception du terme « procès » : en France, il peut faire référence au « lieu, moment et au mode de la solution du litige dans laquelle doit s'exprimer l'œuvre de justice¹⁵⁵⁰ » ; il constitue ainsi ce mécanisme destiné à « assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant, en principe, à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts potentiellement ou réellement divergent¹⁵⁵¹ ». D'un autre côté, la notion contemporaine de procès renvoie à une construction intellectuelle empreinte de valeurs irréductibles, comme en témoigne l'exigence de *procès équitable*. Considéré en France comme un droit, le procès équitable s'impose comme un des plus petits dénominateurs communs aux procès devant permettre, sans doute à terme, l'émergence d'une « culture judiciaire européenne ». Dès lors, comment traiter d'un droit du procès qui méconnaîtrait l'inexistence d'un tel standard ? Comment faire en sorte que la comparaison, si tant est qu'elle soit faisable, ne conduise pas à une impasse ? Au sujet de la seule comparaison des droits processuels internes, certains auteurs avaient pu s'alarmer : « bien sûr, on peut toujours comparer tout à tout, mais dans quel but si, au final, les institutions sont si différentes qu'on ne peut en tirer aucun enseignement d'ordre théorique et aucune utilité pratique ?¹⁵⁵² ». Alors *quid* de la Chine ?

Le choix d'une analyse de la résolution des conflits privés en lieu et place du seul procès s'explique ainsi par le refus de postuler une divergence insurmontable entre les procès civils français et chinois, quand bien même l'analyse de celle-là englobe l'étude de celui-ci. Dans chacun des deux systèmes, des conflits existent :

¹⁵⁵⁰ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 39.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Serge Guichard, cité par Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 8, n°4.

abordés d'abord comme des phénomènes sociaux, nous verrons comment les conflits chinois deviennent des contentieux et dans quelle mesure leur traitement, par les tribunaux populaires, incarne l'idée de justice civile en Chine (Section II). En d'autres termes, il s'agira de décrire et d'analyser la mise en place d'un procès civil chinois qui, étonnamment, reprend beaucoup d'éléments procéduraux étrangement familiers. En effet, sous certains aspects, une convergence entre les modèles procéduraux européens et chinois peut être constatée, et ce en dépit de la reconnaissance tardive par la Chine de la catégorie de droit privé. À ce titre, une approche contextualiste du procès « civil » chinois centrée sur l'évolution des modes judiciaires de résolution des conflits privés en Chine a l'avantage de mettre en exergue des particularités (sociales ? culturelles ?) dans le traitement juridictionnel des conflits privés (Section I).

Section I. Les particularités du système juridictionnel de droit privé chinois.

« *To understand a contemporary civil law system, you have to know about where it comes from and what its image of itself is*¹⁵⁵³ ».

228. De prime abord, le système de procédure civile chinoise est un système relativement neuf, comparé au modèle français bicentenaire. La promulgation de la *Loi de Procédure Civile à visée expérimentale* de 1982¹⁵⁵⁴, remplacée aujourd'hui par la *Loi de Procédure Civile* (LPC) de 1991¹⁵⁵⁵ est en effet le produit d'une influence étrangère importante, d'origine soviétique et occidentale (§ 2). Néanmoins, à côté de cet héritage contemporain subsiste un legs encore plus ancien, dont les

¹⁵⁵³ Citation de John Merryman, in Jean du Bois de Gaudusson et Frédérique Ferrand (dir.) *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 octobre 2006, organisé par l'Institut de droit comparé Édouard Lambert, Université Jean Moulin - Lyon 3, Puf Aix-Marseille, 2008, p. 61.

¹⁵⁵⁴ *Loi sur la Procédure Civile à visée expérimentale*, (中华人民共和国民事诉讼法(试行)), adoptée au cours de la 22^{ème} réunion du Comité Permanent de la 5^{ème} Assemblée Populaire Nationale le 8 mars 1982, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1982.

¹⁵⁵⁵ *Loi sur la Procédure Civile* (中华人民共和国民事诉讼法), adoptée au cours de la 4^{ème} réunion de la 7^{ème} Assemblée Populaire Nationale le 9 avril 1991, entrée en vigueur le même jour ; modifiée par la « Décision du Comité Permanent de l'APN relative à l'amendement de la "Loi de procédure civile" de la RPC », effective le 1^{er} avril 2008 ; modifiée par la « Décision du Comité Permanent de l'APN d'amender la "Loi de Procédure Civile" », entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

caractéristiques sont plus difficiles à identifier que les problèmes qu'il fait naître (§ 1). Son étude ne peut cependant être mise de côté, puisqu'il permet d'établir le fond culturel sur lequel est basé, au début du XXIème siècle, le système chinois de procédure civile.

§1. Un héritage ancien source de confusion.

229. La compréhension du système actuel de résolution des conflits privés en Chine exige un rappel sommaire des pratiques ancestrales. Pendant près de deux mille ans, la société chinoise a façonné un modèle de justice atypique, hors de toutes considérations civilistes. Les répercussions d'un tel héritage s'avèrent cependant difficilement évaluables, puisqu'il implique, avant tout, de se pencher sur l'existence même d'un droit privé en Chine traditionnelle (A). Ce problème, inévitablement analysé dans une perspective historico-juridique, amène à questionner les procédures applicables à l'époque pour trancher un conflit dont la nature n'est ni pénale, ni administrative : il sera notamment question de l'institution du *Yamen* (B).

A. L'absence controversée de droit privé en Chine traditionnelle.

230. Le débat des historiens du droit. Depuis le début de la période républicaine¹⁵⁵⁶, les premiers chercheurs en sciences sociales centrés sur l'histoire du droit chinois convergent tous vers un point, l'absence et/ou la faiblesse du droit civil en Chine impériale¹⁵⁵⁷. Dans la lignée de Jean Escarra qui justifiait l'absence de droits civils par la conception de l'ordre social calqué sur l'ordre naturel (ou l'ordre cosmique)¹⁵⁵⁸, les auteurs Boddes et Morris¹⁵⁵⁹ affirment que seuls les actes susceptibles de violer l'ordre social¹⁵⁶⁰ étaient prévus par la loi ; en d'autres mots, il

¹⁵⁵⁶ Soit à la fin de la période impériale, c'est-à-dire au début du XXème siècle.

¹⁵⁵⁷ Certaines études prennent comme point de départ la dynastie des Zhou Occidentaux (1122 – 770 avant notre ère), mais nous traiterons principalement du droit de la dernière dynastie, celle des Qing (1644-1911) dont le célèbre Code est un héritage de la dynastie des Tang (618 -907).

¹⁵⁵⁸ Jean Escarra, *Le droit chinois*, Sirey, 1936.

¹⁵⁵⁹ Derk Bodde, Clarence Morris, *Law in Imperial China : exemplified by 190 Ch'ing Dynasty cases : translated from the Hsing-an hui-lan : with historical, social, and juridical commentaries*, Harvard University Press, 1967.

¹⁵⁶⁰ Sur les (trop) nombreuses définitions de l'ordre social et de l'ordre cosmique présentées par les historiens du droit chinois, V. Karla W. Simon, *Civil Society in China : the Legal Framework from*

n'existerait, en Chine traditionnelle, qu'un droit de nature pénale et administrative¹⁵⁶¹. Cette justice verticale donc, serait imperméable, *a priori*, aux contentieux privés¹⁵⁶² :

« Si un conflit apparaît entre deux individus, l'individu A n'intentait pas une action en justice directement à l'encontre de l'individu B. À la place, il enregistrait sa plainte auprès des autorités, qui ensuite décidaient de poursuivre ou non l'individu B¹⁵⁶³ ».

Résultat pour certains d'une myopie culturelle¹⁵⁶⁴, le refus de reconnaître la catégorie de droit privé et, *a fortiori* de droit civil, serait lié à l'insuffisance des sources historiques¹⁵⁶⁵ au moment de la théorisation du droit chinois traditionnel¹⁵⁶⁶, ou encore à une erreur d'interprétation¹⁵⁶⁷. Ainsi, les affaires « civiles » auraient

Ancient Times to the "New Reform Era", Oxford, 2013, pp. 4-11. « 2. Debates about the Meaning of Law in Dynastic China ».

¹⁵⁶¹ Derk Bodde, Clarence Morris, *op.cit.*, p. 4 : « *The penal emphasis of this law, for example, meant that matters of civil nature were either ignored by it entirely (for example, contracts), or were given only limited treatment within its penal format (for example property rights, inheritance, marriage)* ». Le droit impérial ne cherchait pas à défendre les « droits » au sens de « rights » ; ce qui importait essentiellement étaient les actes susceptibles de constituer une violation de l'ordre social total.

¹⁵⁶² Nous constatons que ce schéma se retrouve en droit contemporain au moment de la soumission et de la réception de la demande aux tribunaux populaires. V. *Infra*, n°249 et s.

¹⁵⁶³ Derk Bodde, Clarence Morris, *op.cit.*, p. 4.

¹⁵⁶⁴ David. C Buxbaum, « Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1845 », *The Journal of Asian Studies*, vol. 30, n°2, 1971, pp. 259-260 : « *When discussing the actual workings of the [chinese] legal institutions, they [Boddes et Morris] have relied in part upon nineteenth century missionaries and British diplomats undoubtedly by and large one of the more myopic groups of men who have transmitted distortions of Western culture to the Chinese and Chinese culture to the West* ». L'auteur défend quant à lui l'existence d'un droit civil en Chine ancienne en constatant (p. 262) que plusieurs pans du droit chinois ancien (mariage, famille) se rattachent à notre actuelle catégorie de droit civil. Adoptant le modèle wébérien, il affirme que le droit traditionnel chinois est plus rationnel que beaucoup d'autres systèmes juridiques contemporains de son époque.

¹⁵⁶⁵ Philip C.C. Huang, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996. L'auteur fonde le point de départ de sa thèse sur l'ouverture des archives de *Baodi* et de *Baxian* accessibles depuis 1980. Ces dernières constituent une des principales sources de données matérielles utilisées par Linxia Liang (*Delivering justice in Qing China – Civil trial in the Magistrate's Courts*, Oxford University Press, 2007). L'auteur s'appuie également sur le fond de Danshui-Xinzhu (Taiwan), base à partir de laquelle David C. Buxbaum a défendu la thèse d'un droit civil impérial chinois.

¹⁵⁶⁶ Ainsi un argument récurrent des partisans d'un droit civil en Chine impériale consiste à dire que les auteurs Boddes et Morris ne se sont concentrés que sur les affaires transmises jusqu'au Bureau des peines (instance finale à l'époque) qui étaient de nature évidemment pénales ; or, il est vrai qu'en matière « civile » les affaires n'étaient pas supposées être transmises à l'échelon suprême.

¹⁵⁶⁷ Linxia Liang, *op.cit.* p. 16. L'auteur reprend la traduction du caractère 細 (*xi*, « mineur ») utilisé dans le *Code des Qing* pour désigner les affaires non pénales. Il faudrait le comprendre, non pas comme un manque d'intérêt porté par les Qing aux affaires civiles, mais comme faisant référence aux affaires relevant de la catégorie non criminelle ; V. aussi Pierre Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », *A Conference in Honor of Jerome Alan Cohen*, East Asian Legal Studies Program, Harvard Law school, 18 et 19 juin 2010, disponible à l'adresse : http://www.college-de-france.fr/media/Pierre-Étienne-will/UPL7851685216927713405_Adjudicating_Grievances_1.pdf [dernière consultation le 20 janvier 2018].

existé sous trois principales formes : le mariage, les terres et les contrats. La preuve empirique de leur existence résiderait dans l'acceptation et le traitement d'affaires non pénales (细事, litt. « affaire mineure ») par les anciennes juridictions chinoises. En d'autres termes, la justification principale d'un ancien droit civil chinois se fonde sur l'existence factuelle d'une procédure propre à une catégorie d'affaires non pénalement sanctionnées¹⁵⁶⁸. Est-ce là un argument suffisant pour admettre l'existence de la catégorie à part entière de droit civil ? Pour M. Bourgon, parler de « droit civil » au sens occidental, en Chine impériale, est une erreur¹⁵⁶⁹ : ce domaine du droit, tel qu'historiquement conçu en Occident, a d'abord été coutumier dans son essence. Conçu alors comme étant une pratique admise et respectée entre les individus, la coutume a été élevée *par la suite* en norme écrite (en Europe continentale) ou étendue à l'ensemble d'un royaume par les décisions de justice (en Angleterre)¹⁵⁷⁰. En Chine, les dispositions « civiles » relevées par les auteurs partisans de l'existence d'un droit civil chinois impérial sont issues principalement des codes, sans avoir nécessairement fait l'objet, au préalable, d'un processus de

¹⁵⁶⁸ Généralement, les auteurs qui soutiennent l'existence du droit civil en Chine impériale parviennent à distinguer des caractéristiques propres à une procédure civile ; inversement, pour leurs adversaires, il n'existait que très peu de différence dans le processus de résolution des conflits « privés ».

¹⁵⁶⁹ Jérôme Bourgon, « Coutumes, pratiques et droit en Chine. Quelques remarques sur des termes couramment employés dans des ouvrages récents », *Études chinoises*, vol. XXII (2003), pp. 244-282. V. Aussi, Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, *op.cit.*, p. 327 : jusqu'à la fin des Qing où les idées occidentales ont été introduites en Chine, il n'y a eu aucune tentative montrant la volonté de compiler dans un code distinct les relations civiles. En droit chinois traditionnel, seuls les intérêts étatiques et la protection d'un ordre hiérarchique de la vie sociale étaient importants ; (p. 328) « *there was no conception of civil law, as understood in contemporary societies, of the claims and suits of citizens as between themselves, in which the state has an interest, as an arbitrator, a stakeholder or an impartial adjudicator* » ; pour un point de vue chinois, Zhang Jinfan (张晋藩), *Le droit civil de la dynastie Qing* (清代民法综论), Presses universitaires juridique et politique chinoise (中国政法大学出版), Pékin, 1998, pp. 1-5 : revenant sur l'adage « 重刑轻民 » qui indique la mise en avant du pénal par rapport au civil, l'auteur constate que malgré l'absence de conception moderne de droit civil, il existait des relations personnelles et pécuniaires dans la Chine impériale qui étaient réglementées. Il défend une vision unificatrice des branches du droit (诸法合体) dans laquelle le droit civil n'est pas séparé du pénal (民刑不分), qui lui, détient la fonction principale (以刑为主). Opinion inverse, Yang Yifan (杨一凡), « Une erreur importante dans les recherches de la généalogie du système juridique chinois – remise en cause de « la fusion de tous les droits sans différenciation du pénal et du civil » (« 中华法系研究中的一个重大误区 – “诸法合体, 民刑不分” 说质疑 »), *Sciences sociales chinoises*, juin 2002, pp. 78-95 ; V. Également, Xie Peng (谢鹏), « Formation et développement du système de procédure civile dans la société féodale chinoise », (« 中国封建社会民事诉讼体制的形成与发展 »), *In Liao Zhonghong* (廖中洪) (dir.), *Recherches comparées sur les systèmes de procédures civiles* (民事诉讼体制比较研究), Édition des Procureurs Populaires de Chine (中国检查出版社), 2008, pp. 372-427 not. pp. 372-376 ; Zhang Zhaoyang, *Civil laws and civil justice in early China*, thèse Université de Californie, Berkely, automne 2010, 161p.

¹⁵⁷⁰ Jérôme Bourgon, « Uncivil Dialogue : Law and Custom did not Merge into Civil Law under the Qing », *Late Imperial China* vol. 23, n°1 (juin 2002), p. 84.

normativisation, entendu ici comme l'élévation d'une « coutume¹⁵⁷¹ » en norme de droit. Par ailleurs, soulignons également que le premier Code *civil* chinois proprement dit n'est apparu qu'au début de l'ère impériale, sous l'influence de l'Occident¹⁵⁷².

La teneur d'un tel débat, sans doute le plus important parmi les historiens du droit chinois, est révélateur du fonctionnement atypique de la justice chinoise traditionnelle. L'impuissance des chercheurs à théoriser avec certitude leurs observations du système juridique chinois traditionnel doit mettre en garde sur la grille de lecture à adopter et les concepts utilisés. Les théoriciens chinois eux-mêmes peinent à s'accorder sur leur propre histoire du droit : l'opinion dominante, sans rejeter catégoriquement l'existence d'un droit civil chinois traditionnel, ne le conçoit pas séparé du droit pénal¹⁵⁷³. Ainsi, pour étudier le droit « civil » chinois de l'époque impériale, il faudrait extraire les dispositions législatives du Code pénal qui traitent des conflits « civils » ; est-ce raisonnable de vouloir évaluer des règles à l'aune de concepts inexistant à l'époque ? Quel est l'intérêt pour un juriste occidental de constater un « droit civil pénalisé », si ce n'est prétendre à une vulgarisation extrême – et incorrecte – d'une tradition juridique deux fois millénaire ? Et, surtout, comment l'analyse d'un même système juridique permet-elle d'affirmer simultanément, l'existence et l'inexistence d'une justice civile en Chine ?

231. La distinction des conflits selon leur gravité. En Chine impériale, la législation était codifiée sous forme de Code pénal¹⁵⁷⁴ : le *Grand Code des Qing* (大清律), héritage indirect de la dynastie Tang, institue dans son article 1^{er} les « cinq châtiments » supposés s'appliquer à l'ensemble des relations réglementées aux dispositions suivantes du code¹⁵⁷⁵. Pour Linxia Liang, la structure systémique de cette codification est révélatrice de la structure juridictionnelle : à la différence du système

¹⁵⁷¹ L'existence même de « coutumes » en Chine impériale, que certains assimilent aux rites (d'origine souvent confucéenne) fait débat. V. not. Xiaoping Li, « La civilisation chinoise et son droit », *RIDC*, vol. 51, n°3, juil-sept. 1999, p. 514 : pour qui il existait un droit civil en Chine traditionnelle mais les dispositions civiles étaient accompagnées de sanctions pénales. En matière civile, à l'exception de règles sur la responsabilité, les *Li* et la coutume sont utilisés par le juge pour trancher les conflits (p. 516).

¹⁵⁷² *Supra*, n°107.

¹⁵⁷³ Yang Yifan, *op.cit.*, pp. 78-95.

¹⁵⁷⁴ *Supra*, n° 69 et s. ; Bien évidemment, les dispositions du Code ne pouvaient régler l'ensemble des comportements sociaux ; en réalité, le *Code des Qing* était composé de règles pénales, les *Lü* (律) auxquels ont été rajoutées au fil des années des « sous articles », les *li* (例), Liang linxia, *op.cit.*, p. 5 (sur les différentes catégories de sous-articles).

¹⁵⁷⁵ *Supra*, n°59.

occidental fortifié à partir d'une distinction *artificielle*¹⁵⁷⁶ entre droit civil et droit pénal, où l'État n'est supposé intervenir que dans le dernier cas, le *Code des Qing* a vocation à couvrir l'ensemble des domaines comportementaux susceptibles d'intéresser le gouvernement¹⁵⁷⁷. Cela justifie donc l'unité de juridiction et la mise en place d'un système hiérarchique strict.

Tous les litiges n'impliquaient cependant pas un comportement pénal¹⁵⁷⁸. Dans ce cas, les affaires soumises au juge, généralement traduites par « affaires mineures » (细事件) étaient conditionnées, comme pour les affaires pénales, à la procédure établie par le *Code des Qing* aux articles 332 à 343¹⁵⁷⁹. La procédure contentieuse chinoise impériale n'obéissait pas à une distinction stricte entre procédure civile et procédure pénale (ces catégories étant de toute façon inexistantes à l'époque) mais se basait sur la gravité de l'offense commise et, surtout, de la sanction à prononcer. L'auteur Linxia Liang donne ainsi plusieurs exemples dans lesquels le magistrat était saisi d'une demande en justice dont l'objet n'entrait pas dans le champ pénal mais dont les actes ou comportements des parties étaient punissables par la loi¹⁵⁸⁰. Dans ce genre de situation, un contentieux n'influçait pas systématiquement l'autre : ainsi, le juge pouvait condamner la partie qui avait commis un acte pénalement sanctionné tout en reconnaissant les torts (que nous qualifierions de « civils ») à l'autre partie.

L'absence de code de procédure civile indépendant en Chine ancienne n'empêche pas d'identifier quelques particularités procédurales selon la nature du conflit. De manière générale, les tribunaux (*Yamen* 衙门) étaient établis sur différents niveaux : à chaque échelon administratif correspondait un échelon judiciaire (selon la logique de double fonction attribuée au magistrat) et la demande en justice ne devait

¹⁵⁷⁶ Linxia Liang, *op.cit.*, p. 12.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ Pierre Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne]. L'absence d'étiquette criminelle donnée à l'acte ne signifiait pas que son auteur était exonéré de toute sanction pénale. Pour Linxia Liang, la réelle distinction du Code pénal serait celle entre les crimes (罪) et les non-crimes (无罪) ; seule cette dernière catégorie relèverait du droit « civil » des Qing.

¹⁵⁷⁹ *Grand Code des Qing*, Chapitre 5 « procédure : 1 », art. 332-336 ; Chapitre 6, « procédure : 2 », art. 337-343, traduit de William C. Jones, *The great Qing code (op.cit.)*.

¹⁵⁸⁰ Linxia Liang, *op.cit.*, pp. 216-217 : ainsi en est-il par exemple des fausses accusations. « *when civil cases involved these auxiliary matters [physical injury or self-help in taking property and exaggerated or false accusations], it is true that the magistrate often imposed punishment, although he rarely did on the basis of the primary dispute itself. [...] Past assumptions have held that punishment was often used by the magistrate in dealing with civil disputes. However, it is clear [...] that in all cases where the magistrate imposed some sort of penalty this was based not on the dispute over land, debt or marriage itself, but rather on a false accusation or an act of violence* ».

être transmise qu'à l'échelon local le plus bas¹⁵⁸¹. Contrairement aux différends de nature pénale, les affaires « civiles » de droit commun (mariage, terre, obligation, etc.) impliquant des parties ordinaires (*i.e.* dont le statut social ne relève pas d'une catégorie spéciale : militaire, minorité, clerc ou encore haut fonctionnaire¹⁵⁸²) étaient traitées par le *Yamen*¹⁵⁸³ du niveau de sous-préfecture (县) ou « préfecture¹⁵⁸⁴ » (州) du lieu de la survenance du litige¹⁵⁸⁵. Le magistrat *devait* recevoir ce type d'affaires qui lui étaient soumises¹⁵⁸⁶. Les décisions rendues par ces échelons locaux en matière non pénale étaient immédiatement exécutoires et, en principe¹⁵⁸⁷, non susceptibles d'appel contrairement à la procédure pénale¹⁵⁸⁸. Certains auteurs ont pu ainsi analyser les contentieux « civils » comme des contentieux avant tout *locaux*¹⁵⁸⁹.

L'unité de juridiction qui englobait toutes les catégories légales de contentieux – associée à la double compétence des *Yamen* (administrative et judiciaire) – permettait donc au juge de changer de casquette selon la nature de l'affaire soumise. L'idéal confucéen du *wusong* (无讼, litt. « absence de procès ») reste donc au stade d'utopie : malgré la préférence pour la résolution non judiciaire des conflits entre individus¹⁵⁹⁰, le fonctionnaire du *Yamen*, revêtant sa casquette de juge, ne pouvait ignorer les plaintes, même mineures, déposées par les justiciables. Une fois l'affaire acceptée, il se devait de rétablir la paix troublée grâce à la justesse de sa décision : or, le « juste » en Chine traditionnelle n'était pas synonyme d'application mécanique de la loi mais, au contraire, incarnait un souci d'harmonie fondée autant sur la loi, la raison et l'équité que l'efficacité. Les quelques articles du *Code des Qing* en lien avec

¹⁵⁸¹ *Grand Code des Qing*, art 332. Ainsi, l'absence de respect de la hiérarchie imposée pour déposer une demande en justice, bien que fondée, était répressible de 50 coups de bambous légers.

¹⁵⁸² *Grand Code des Qing*, chapitre 16, art. 341-343 ; Xie Peng, *op.cit.*, pp. 381-382 : la Chine de l'époque Qing avait institué une compétence dite personnelle (身份管辖) pour ce type de parties.

¹⁵⁸³ La Chine impériale n'avait qu'un seul ordre juridictionnel ; le *Yamen* était donc compétent pour les affaires de toute nature. V. Karla W. Simon, *op.cit.*, p. 15.

¹⁵⁸⁴ Le terme *zhou* (州) est ici traduit par préfecture mais désigne également, dans la Chine impériale, une unité administrative (terme générique).

¹⁵⁸⁵ Xie Peng, *op.cit.*, p. 383 : en matière pénale, la compétence du *Yamen* était déterminée par le domicile du défendeur, sa résidence ou le lieu de l'infraction.

¹⁵⁸⁶ *Grand Code des Qing*, art 334.

¹⁵⁸⁷ Xie Peng, *op.cit.*, pp. 390-391 : ce système d'instance finale applicable aux conflits « civils » a toutefois fait l'objet d'exceptions pendant les dynasties Han et Tang où l'appel était parfois possible et pendant la dynastie des Song qui prévoyait un système juridictionnel sur trois niveaux.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.* système d'échelon juridictionnel unique et final (一审终审).

¹⁵⁸⁹ Pierre-Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne] ; opinion également défendue par Maura Dykstra dans une intervention intitulée « The local court in the Qing world of Justice », Colloque *Les lieux de la loi dans l'empire chinois*, Institut d'Asie orientale, École française d'Extrême-Orient, Lyon, 12 et 13 mai 2015.

¹⁵⁹⁰ La mise en avant de la médiation était une caractéristique de la procédure, Xie Peng, *op.cit.*, p. 395.

la procédure contentieuse instituait un socle commun du procès – accès au juge, qualification des parties, rejet des fausses accusations – et mélangeait les dispositions procédurales et de droit substantiel.

B. Le traitement des affaires non pénales par le juge du *Yamen* : la recherche de la vérité factuelle ou du compromis éthique.

232. Présentation des règles de procédures. Le *Grand Code des Qing* prévoyait deux chapitres en matière de procédure, institués aux articles 332 à 343 et dont la violation était sévèrement sanctionnée. Parmi ces dispositions, les premières concernaient l'absence de respect de la hiérarchie juridictionnelle (art. 332 du *Code Qing*), l'interdiction d'accuser anonymement autrui (art 333 du *Code Qing*) et les situations dans lesquelles le magistrat ne donnait pas suite à une accusation établie (art 334 du *Code Qing*, que l'on peut rapprocher d'un déni de justice). Il est intéressant de noter, dans ce dernier cas, que la sanction applicable au magistrat différait selon la nature de l'infraction : en cas de crimes (罪) le magistrat risquait, si son inaction avait conduit, par exemple, à l'assaut d'une ville, la décapitation ; en cas d'impiété familiale grave (un enfant prévoyant de tuer son parent), le magistrat pouvait être condamné à recevoir 100 coups de bambous lourds. Dans les cas impliquant des règles matrimoniales ou en matière « patrimoniale », la peine prévue pour le magistrat devait être réduite de deux degrés. Ces sanctions disciplinaires plus que procédurales concernaient aussi bien les parties que le magistrat : ainsi, les situations de récusation du magistrat étaient également prévues (art 335 du *Code Qing*) de même que les fausses accusations d'une partie (art 336). Ce dernier article rejoignait l'article 340 du *Grand Code des Qing* qui prohibait quiconque de manigancer des faits pour accuser autrui.

Le second chapitre en matière de procédure traitait de la qualité de partie, conçue principalement selon les rapports hiérarchiques familiaux d'origine confucéenne. Ainsi l'article 337 du *Code Qing* était la traduction du principe de piété familiale confucéenne : un enfant ne pouvait, en principe, accuser ses parents, sous peine de recevoir 100 coups de bambous durs ; si l'accusation était en plus fausse, la sanction applicable était la strangulation. Les alinéas suivants traitaient des autres membres de la famille ainsi que du statut des esclaves. Il est intéressant de noter que

la qualité de partie au contentieux accordée aux femmes, aux personnes âgées de plus de 80 ans ou aux enfants de moins de 10 était subordonnée à la nature de la prétention. Enfin, étaient spécialement envisagés les cas où les parties étaient des militaires, des fonctionnaires du gouvernement ou des personnes religieuses.

Lors de la survenance d'un conflit local¹⁵⁹¹, plusieurs choix s'offraient aux administrés : ils pouvaient choisir de régler leurs affaires par la médiation¹⁵⁹² ou aller devant un *Yamen*¹⁵⁹³ c'est-à-dire opter pour la voie formelle. Cette faculté de choix se retrouve à l'heure actuelle à presque chacune des étapes du procès civil chinois ordinaire : comme nous le verrons par la suite, la loi rappelle très souvent au juge la possibilité de mener les parties à la médiation. À tel point, d'ailleurs, que le législateur chinois contemporain a du conditionner l'exercice de la médiation à la volonté des parties¹⁵⁹⁴.

233. L'accès au *Yamen*. En Chine traditionnelle, la première étape dans l'accès à la justice formelle supposait que la demande en justice ait été acceptée par le magistrat¹⁵⁹⁵. Pendant la dynastie Qing, il était distingué entre la demande dite principale (正状) et la demande dite auxiliaire (副状)¹⁵⁹⁶. Son contenu était limité à environ cent cinquante caractères et devait contenir tous les éléments factuels nécessaires à la compréhension de la demande par le magistrat¹⁵⁹⁷. La demande devait

¹⁵⁹¹ L'expression « conflit local » est reprise de l'article de Pierre-Étienne Will (« Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne]) qui les distingue des affaires impliquant un homicide, ces dernières étaient transmises aux autorités centrales : les conflits « mineurs », n'étant pas supposés parvenir aux instances centrales, auraient donc la caractéristique d'être locaux.

¹⁵⁹² Xie Peng, *op.cit.*, p. 395 : principe de mise en avant de la médiation : « 重调解轻审判 »

¹⁵⁹³ Pierre-Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne] : le mythe voulant que les chinois aient horreur des tribunaux doit être fortement relativisé. « *By all testimonies, magistrates had to devote a great amount of time to dealing with "civil" cases, and that if it was so the reason was that in a general way people were prompt to go to court, even for trifles, to the extent that quite often magistrates had to receive and handle hundreds of complaints on a court day* » ; Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, *op.cit.* pp. 10-11 : l'auteur compte qu'un tiers du total des affaires judiciaires locales examinées dans ses archives étaient de nature « civile » ce qui l'amène à rejoindre la thèse de Buxbaum en défendant l'idée que les affaires « civiles » (mineures) faisaient partie intégrante du système juridique de l'État chinois.

¹⁵⁹⁴ *Infra*, n°384.

¹⁵⁹⁵ Liang Linxia, *op.cit.* p. 53. Ce dernier ne pouvait refuser une demande en justice et devait obligatoirement examiner l'affaire avant de la rejeter. Il avait par ailleurs l'obligation de clôturer l'affaire en vingt jours à compter de la réception de la demande.

¹⁵⁹⁶ Xie Peng, *op.cit.*, p. 399 ; Zhang Jinfan, *Le droit civil de la dynastie Qing*, *op.cit.*, p. 266-316, (chap. 7 sur le système de procédure civile).

¹⁵⁹⁷ Liang Linxia, *op.cit.*, p. 27 : ces règles formalistes pouvaient cependant être écartées par le magistrat dans certains cas. L'auteur cite en exemple une femme âgée venue déposer sa « plainte » auprès du *Yamen* en dehors des jours d'ouverture ; le magistrat a accepté le formulaire de sa demande,

également respecter le droit et la « raison » (情理)¹⁵⁹⁸. En outre, la détermination du « droit » de la partie sur sa prétention (*qingqiu quan* 请求权¹⁵⁹⁹) était une condition essentielle du traitement ou non de la demande par le magistrat¹⁶⁰⁰. Les règles conditionnant l'acceptation de la demande pouvaient varier en fonction de la nature du conflit : pour un litige né d'une propriété immobilière, l'inscription du lieu de l'immeuble (la terre) était nécessaire à la demande¹⁶⁰¹ ; pour un litige contractuel, la convention était une condition de l'existence de la prétention ; en cas de responsabilité « civile », un garant devait être présent¹⁶⁰².

Ainsi, la première étape sur la voie de l'accès au magistrat concernant une demande en justice ne relevant pas d'une incrimination pénale consistait en une sorte de filtrage de la demande : cette étape supposait une appréciation formelle et un premier examen de la prétention émise par la partie. La condition *sine qua non* d'acceptation par le magistrat de la demande en justice des parties était l'invocation d'une cause méritant d'être juridiquement protégée, ce qui, ressemble, étonnamment, à la procédure contemporaine¹⁶⁰³. Le refus pour « absence de *LI* » (理¹⁶⁰⁴) par exemple, peut être interprété de deux manières selon Linxia Liang : puisque le « *LI* » peut faire référence à la concordance des faits, « l'absence de *LI* » invoqué comme motif du refus de la demande signifiait que les faits relatés dans la demande en justice étaient faux. « *LI* » signifiant également « ce qui est juridiquement juste », son absence, dans

pourtant vierge. Cela a conduit l'auteur à affirmer que « *to some extent the Qing judicial system places its emphasis on the achievement of justice in a substantive case. This emphasis might displace procedural justice. In other words, established procedural rules might be put aside if the officials believed that respecting them conflicted with the achievement of substantive justice in the case* ». Au contraire, pour Xie Peng, (*op.cit.*, p. 399), ces règles étaient très strictes, ce qui avait pour conséquence de limiter considérablement l'accès au magistrat par les parties qui ne pouvaient suffisamment détailler les faits du conflit.

¹⁵⁹⁸ Linxia Liang, *op.cit.*, p. 60.

¹⁵⁹⁹ On retrouve cette notion au cœur de l'action en justice chinoise contemporaine, V. *Infra*, n°255.

¹⁶⁰⁰ Zhang Jinfan, *Le droit civil de la dynastie Qing*, *op.cit.*, p. 276.

¹⁶⁰¹ Là encore, les exigences pouvaient varier selon les localités : ainsi dans la région de *Baodi* Linxia Liang (*op.cit.*, p. 57) énonce l'obligation faite aux parties, en matière de contentieux de propriété ou d'obligation, de joindre un contrat écrit ou un certificat d'impôt fiscal.

¹⁶⁰² *Ibid.* ; pour le contrat, Liang Linxia, *op.cit.*, pp. 56-57 : en se basant sur les archives de *Baodi*, l'auteur donne une liste d'exigences de recevabilité de la demande en justice, qu'il en soit de la non exagération des faits mentionnés par les parties, de l'obligation de représentation lorsque les parties sont des femmes, des personnes âgées ou des individus incapables physiquement ou mentalement ou encore de l'obligation d'émettre sa demande accompagnée d'un duplicata.

¹⁶⁰³ Linxia Liang, *op.cit.*, p. 48, reprenant les propos de Hiroaki Tereda : « *Although the style in which complaints of the Qing period were composed and submitted was different from that of present-day petitions in civil disputes, the conclusion that such differences resulted from the fact that under the Qing, "the petition did not claim any right (quanli) in accordance with the law" was not true* ».

¹⁶⁰⁴ Nous avons déjà évoqué ce caractère comme faisait référence à l'ordre (*Supra* n°15) ; il peut se traduire également par « raison » notamment lorsqu'il est précédé du caractère « *qing* » (情).

ce cas, signifiait que le magistrat évaluait le mérite juridique de la prétention du justiciable au stade de sa recevabilité¹⁶⁰⁵. En raison des exigences formelles propres à la demande en justice, les parties avaient tendance à exagérer les faits afin que le magistrat accepte leur affaire : cela a pu conduire, comme l'indique Liang Linxia, à une certaine victimisation du demandeur qui présentait sa demande non pénale comme revêtant un caractère punitif¹⁶⁰⁶. Si le juge ne pouvait refuser d'entendre les demandes des justiciables chinois, aucune disposition légale ne réglementait son pouvoir d'appréciation en matière d'acceptation ou de refus¹⁶⁰⁷ ; les parties avaient alors souvent recours à un discours « émotionnel et grave » pour persuader le magistrat de poursuivre l'affaire¹⁶⁰⁸.

La décision de refus ou d'acceptation du magistrat se faisait au moyen d'un « commentaire » (批). Il pouvait ordonner, par la même occasion, les mesures nécessaires, comme ouvrir une enquête ou interroger des témoins¹⁶⁰⁹. Ainsi, une méthode de recherche de la vérité des faits, celle dites des « Cinq interrogatoires » (*wuting* 五听) consistait à analyser les expressions faciales des parties au moment de les interroger¹⁶¹⁰. En matière d'investigation et de recherche des preuves, le magistrat disposait de prérogatives importantes afin d'établir l'exactitude des faits passés¹⁶¹¹. Le système « procédural » chinois était inquisitorial ; une fois les parties présentes devant

¹⁶⁰⁵ *Idem*, p. 60.

¹⁶⁰⁶ *Id.*, p. 49. D'où l'origine, par ailleurs, de la sanction pénale accompagnant les « fausses accusations ». (L'absence de distinction juridictionnelle a pu aussi y contribuer)

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Id.*, p. 48.

¹⁶⁰⁹ Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, *op.cit.*, pp. 116-121 sur l'étendue des pouvoirs du magistrat pendant la deuxième étape procédurale ; Linxia Liang, *op.cit.*, pp. 53-76 sur le contenu des commentaires du magistrat quant à la suite à ordonner de la procédure ; pp. 77-101, sur les différentes actions accordées au magistrat au cours de « l'instruction » de l'affaire. V. aussi, Xie Peng, *op.cit.*, pp. 391-392 : la méthode de « l'interrogatoire » (纠问式) a été conservée par les Qing qui ont abandonné, dans les matières non pénales, la confession sous torture, pratiquée sous les Tang à l'encontre des parties et des témoins.

¹⁶¹⁰ 1^{er} moyen = 辞听 on écoute les paroles et on juge si les propos sont incohérents (phase d'observation) ;

2^{ème} moyen = 色听 on observe les expressions du visage ; les gens n'ont pas raison, ils rougissent ;

3^{ème} moyen = 气听 on écoute le souffle des parties ; si la partie ment, elle va haleter ;

4^{ème} moyen = 身听 on observe par le corps (actions) ;

5^{ème} moyen = 目听 on observe le regard, si les propos sont incohérents, la partie ne regarde pas directement dans les yeux.

Cette méthode était utilisée pour le demandeur, défendeur et les témoins.

¹⁶¹¹ Un des premiers traducteurs en français du *Grand Code des Qing*, Guy Boulais, avait traduit le terme magistrat par « juge d'instruction », ce qui est assez révélateur sur son rôle et son implication dans le contentieux. Il pouvait donner des directives appelées « *piao* » ordonnant à un individu d'apparaître au tribunal, de mener une enquête ou de communiquer des documents (Linxia Liang, *op.cit.*, pp. 77-82).

le juge, elles devenaient les objets de l'enquête et de l'interrogatoire qui n'étaient pas limités à l'examen de leur prétention¹⁶¹².

234. La décision de justice issue du *Yamen*. La dernière étape de cette procédure liée à l'institution du *Yamen* résidait dans le prononcé d'une décision supposée mettre fin au conflit. La décision pouvait revêtir soit la forme du jugement, soit la forme d'une proposition de jugement¹⁶¹³. Le premier, dont l'objet portait nécessairement sur des affaires *non pénales*, était réputé final dès la première instance (一审终审制) et donc exécutoire dès son prononcé¹⁶¹⁴. Toutefois, sous certaines dynasties, la possibilité offerte aux parties de faire appel de cette décision, déjà exécutoire, a conduit certains auteurs à rapprocher ce système d'appel impérial du système de révision contemporain des affaires judiciaires (审判监督程序)¹⁶¹⁵ qui s'applique exclusivement aux décisions exécutoires¹⁶¹⁶. L'appel, en Chine traditionnelle, était moins perçu comme une voie de recours offerte aux parties que comme une manifestation de l'erreur du magistrat : le fonctionnaire était en effet évalué en fonction du taux de clôture et du taux d'appel de ses décisions et n'avait donc aucun intérêt à ce que les parties fassent appel de sa décision. Dans les affaires non pénales, en effet, son rôle n'était pas tant de trancher un litige que d'offrir une solution juste aux parties ; si ces dernières faisaient appel, c'est qu'elles considéraient la décision comme injuste¹⁶¹⁷.

Dans un État hautement centralisé où l'empereur détenait tous les pouvoirs, les affaires importantes – de nature pénale – faisaient l'objet quant à elles d'une *proposition* de jugement qui devait être confirmée par l'échelon supérieur¹⁶¹⁸. Là encore, cet aspect bureaucratique, permettant un contrôle effectif de l'ensemble des fonctionnaires, n'est pas sans rappeler certains mécanismes mis en place en Chine

¹⁶¹² Xie Peng, *op.cit.*, p. 392 : les pouvoirs du magistrat, à la fois juge et enquêteur étaient relativement étendu ; sous les Tang, il pouvait faire subir des interrogatoires aux parties (y compris au demandeur).

¹⁶¹³ Pierre-Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne]. Les propositions de jugement étaient rendues dans les affaires relativement graves qui nécessitaient la confirmation de la juridiction supérieure.

¹⁶¹⁴ *Ibid* : pour l'auteur, l'exécution de ces jugements était suspendue en cas d'appel, ce qui contredit catégoriquement la description faite par Xie Peng, *op.cit.*, p. 400-401 ; Derk Bodde, Clarence Morris, *op.cit.*, p. 113-122, « the Appellate System », not. p. 115 : pour ces auteurs, seules les décisions rendues dans les affaires « mineures » au sein desquelles la peine prononcée n'excédait pas la sanction des coups de bambous étaient finales et immédiatement exécutoires.

¹⁶¹⁵ Xie Peng, *op.cit.*, pp. 400-401.

¹⁶¹⁶ V. *Infra*, n°306 et s.

¹⁶¹⁷ Linxia Liang, *op.cit.*, pp. 242-243.

¹⁶¹⁸ Derk Bodde, Clarence Morris, *op.cit.*, p. 115.

contemporaine. Actuellement, chacun des échelons judiciaires est soumis à la surveillance de l'échelon supérieur (contrôle vertical) mais également à la bienveillance des fameux comités de jugement (surveillance horizontale). Cette omniscience des autorités centrales actuelles devrait-elle être rapprochée de l'omnipotence de l'ancien empereur chinois ?

Les anciens magistrats, bien que soumis au respect des règles strictes instituées dans le Code pénal, disposaient d'une relative liberté de jugement en matière non pénale, que ce soit dans la possibilité de modifier certaines règles de procédure, en traitant les affaires non pénales comme des affaires pénales¹⁶¹⁹, ou de conclure une affaire en équité lorsqu'aucune loi ne s'appliquait au cas d'espèce¹⁶²⁰. Si le juge du *Yamen* avait l'obligation de citer une disposition du Code dans sa décision lorsqu'elle revêtait un caractère pénal¹⁶²¹, il devait, avant toute chose, rendre une décision juste. Le magistrat du *Yamen* n'était pas seulement tenu à l'apaisement du conflit social ; il avait également un rôle éducatif¹⁶²². Par ailleurs, en matière non pénale, le magistrat du *Yamen* n'avait pas à saisir les autorités supérieures ; le jugement qu'il rendait ne concernait que les parties. Pour M. Huang, cela explique en partie l'absence de citation de disposition codifiée dans les décisions rendues examinées en matière de conflit de « propriété des terres »¹⁶²³. Sur ce point, M. Will rejoint le sinologue américain : en matière non pénale, les juges du *Yamen* pouvaient s'appuyer sur quelques lois codifiées, notamment les dispositions de la section « foyer » du Code, qui recouvraient, entre autre, les domaines de « propriété », de mariage, de famille et d'obligations. Et, à la vue des archives analysées par les historiens, il semblerait que le juge ne se référait « qu'occasionnellement » à ces lois¹⁶²⁴. Liang Linxia rapporte ainsi que sur soixante-dix-sept affaires provenant des archives de DanXin, seulement

¹⁶¹⁹ Xie Peng, *op.cit.*, p. 401.

¹⁶²⁰ Liang Linxia, *op.cit.*, p. 242 ; p. 248-249.

¹⁶²¹ *Grand Code des Qing*, art. 396-7 de la version de W. Jones, tel que cité par Linxia Liang, *op.cit.*, p. 241.

¹⁶²² Sur le devoir d'éducation la population par le droit, V, Pierre-Étienne. Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne].

¹⁶²³ Philip. C. C. Huang, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, *op.cit.*, p. 87 : « *Since in the official ideology of the state, the magistrate's position before the subjects in his charge was meant to be that of all-knowing father and mother, there was no reason for him to call on the code to justify his authority. It would in fact have been inappropriate to cite specific statutes in the common run of cases* ».

¹⁶²⁴ Pierre-Étienne Will, « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », préc. [en ligne].

quatre d'entre elles citaient les dispositions du *Code des Qing*¹⁶²⁵. Cela signifie-il que le magistrat du *Yamen* disposait d'un pouvoir discrétionnaire en matière non pénale ? Nous ne le pensons pas.

235. L'exigence d'un jugement juste. D'un côté, des mécanismes formels étaient mis en place pour contrôler le travail du magistrat, telle que la signature, par les parties, des « bons de confirmation » valant acceptation de la décision en justice par les parties, ou encore l'obligation faite au magistrat de transmettre des rapports trimestriels aux échelons supérieurs¹⁶²⁶. Un système de visites rendues de la part des échelons supérieurs aux échelons inférieurs avait également été instauré¹⁶²⁷. D'un autre côté, si le juge ne pouvait se référer à la loi en vigueur, cela signifiait son inadéquation à la situation ; or, un principe fondamental au cœur de la fonction judiciaire est que la peine doit correspondre parfaitement au crime. Ce principe de légalité d'inspiration confucéenne¹⁶²⁸ imposait la gradation des peines lorsque l'acte commis était répréhensible en vertu la loi. À défaut, l'application de la loi devait être écartée pour prononcer une décision juste :

« S'il existait un fossé entre les faits et le droit, de telle sorte que l'application stricte de la loi résulterait dans une injustice faite à l'une des parties, le magistrat peut introduire ce que l'on appelle *zhunqing zhuoli* ("prendre en compte la situation spécifique avant d'appliquer la loi")¹⁶²⁹ ».

Dans cette hypothèse, la décision du magistrat rendait compte, en réalité, du véritable sens du droit¹⁶³⁰. Quand le *qing* et le *LI* étaient invoqués par le magistrat dans sa décision, qu'il en soit de celle portant sur la recevabilité de la demande ou de

¹⁶²⁵ Linxia Liang, *op.cit.*, p. 241, qui reprend ici les constatations faites par Mark A. Allee.

¹⁶²⁶ *Idem*, pp. 242-243.

¹⁶²⁷ *Ibid.* Ce qui n'est pas sans rappeler le mécanisme de visite mis en place où la fonction de surveillance est confiée aujourd'hui aux représentants du peuple.

¹⁶²⁸ Jérôme Bourgon, « Le principe de légalité », In Mireille Delmas-Marty, Pierre-Étienne Will (dir.), *op.cit.*, p. 170 : comme l'explique le sinologue, « quand le summum du droit risquait d'être le summum de l'injustice, le juriste chinois comme son homologue européen devait être capable de recourir à l'équité. Seulement, il lui fallait justifier cette entorse à la loi écrite, au principe de légalité [...], en se référant à une autorité supérieure : il citait alors un Classique confucéen pour montrer que le sens littéral de la loi n'était pas adapté en l'espèce, qu'il fallait citer une autre loi, ou simplement ne rien faire ».

¹⁶²⁹ Linxia Liang, *op.cit.*, p. 248. Cette pratique est ancestrale ; voir par ex., Han Wei (韩伟), « Explication du "LI" dans les décisions de justice de la dynastie Tang », (« 唐代司法审判中“理”之解析 »), *Gazette des tribunaux populaires*, 28 mars 2014, disponible à l'adresse : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2014-03/28/content_79030.htm?div=-1 [dernière consultation le 12 mars 2018].

¹⁶³⁰ *Ibid.*

celle réputée finale, cela impliquait que la loi était incapable de conduire à un résultat juste.

Cette dernière acception semble illustrer au mieux cette particularité des jugements chinois anciens, qui n'est autre que leur *particularisme*. Un jugement circonstanciel, en d'autres mots, qui permettait, aux vues des faits soumis, de rendre une décision juste sans forcément être légale. Il est probable que le modèle wébérien, qui compare le système de justice chinoise à la justice de Kadi, n'ait pu concevoir une justice autre qu'universelle et basée sur des règles abstraites et générales¹⁶³¹. Cela a d'ailleurs conduit l'auteur de la théorie à qualifier le système juridique chinois traditionnel « d'irrationnel¹⁶³² ». La compréhension des circonstances (*qingli*) serait ainsi la seule règle valable en matière d'affaire non pénale¹⁶³³. En d'autres termes, ce *LI*, cette « raison » doit pouvoir être rapprochée du droit : si certains le considèrent comme une influence sur le droit de l'époque impériale, d'autres n'hésitent pas à le considérer comme du droit en lui-même¹⁶³⁴.

Cette logique de résolution des conflits s'inscrirait dans un schéma de pensée plus global que décrivent certains philosophes sinologues tel que François Jullien¹⁶³⁵. Pour ce dernier, le concept chinois d'efficacité est étranger à la vision dichotomique et téléologique occidentale (qui s'appuie sur le couple moyen/fin) et devrait se concevoir en termes de « potentiel de situation ». Un acte considéré comme efficace dans la logique chinoise dépendrait ainsi moins d'un objectif préalablement établi que de sa prise en compte des *circonstances* de la situation présente : le « stratège chinois » userait de la potentialité de la situation qui amènerait, elle-même, au résultat légitime¹⁶³⁶. Cette logique de pensée pourrait traduire la logique du magistrat au

¹⁶³¹ Les appréciations de Weber sur le système chinois ont été reprises par un grand nombre de sinologues, plus ou moins critiques à son égard. Par exemple, V. Robert M. Marsh, préc., pp. 281-302.

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ Jérôme Bourgon, « Uncivil Dialogue : Law and Custom did not Merge into Civil Law under the Qing », préc., p. 60, dans lequel il formule la thèse de Shiga Shûzo (reprise en partie par Philip C. C. Huang) : « *he thinks that legal decisions on civil affairs were based on neither written law nor custom, but were settled according to the material particularities of each case, with the understanding of the circumstances (qingli) as the one and only rule* ».

¹⁶³⁴ Liang Linxia en fait partie.

¹⁶³⁵ La lecture des thèses de cet auteur est certes très attrayante par le côté « exotique » qu'il offre dans la description de la pensée chinoise. Toutefois, cette lecture ne doit pas faire l'économie des contributions d'auteurs très critiques (not. en termes de méthodologie) à l'égard de François Jullien, à l'instar de Jean-François Billetier.

¹⁶³⁶ François Jullien, *op.cit.*, pp. 56-57 : « Au lieu qu'il élabore un plan, projeté sur l'avenir et conduisant au but fixé, puis définit l'enchaînement des moyens les plus adéquats pour le réaliser, nous avons vu le stratège chinois partir d'une évaluation minutieuse du rapport des forces en jeu pour s'appuyer sur les facteurs favorables impliqués dans la situation et les exploiter continûment au travers des circonstances rencontrées. [...] Le stratège chinois ne projette ni ne construit rien. [...] Plus

moment de rendre sa décision, au moins en matière non pénale : s'appuyer sur la situation présentée pour rendre justice, au moyen de l'application des lois si nécessaire, ou par le jeu de la raison. Le but étant, non pas de « rendre justice » à l'une des parties en décidant, à l'aune de norme générale préalablement établie, du gagnant et du perdant, mais de rendre une « décision juste » : cette décision n'est que la conséquence de la situation présentée au juge et non une fin en soi. Sa légitimité est dès lors évaluée non pas selon l'application correcte ou non d'une norme abstraite, mais par l'acceptation des parties des conséquences inévitables de leur situation.

236. Quelle influence sur la pratique contemporaine ? La tradition juridique impériale chinoise, malgré sa longévité, n'aura pourtant laissé qu'un maigre héritage *officiel* en termes de concept ou de technique de droit depuis la refonte du système juridique et judiciaire chinois lors de la première « ouverture » de la Chine à l'Occident. Par exemple, les transferts de droit en matière judiciaire ont permis d'importer des concepts d'égalité devant la loi – alors que ce concept avait été formulé déjà par les légistes¹⁶³⁷ – ou encore d'indépendance du judiciaire. Que reste-t-il dès lors de l'héritage traditionnel chinois ? En dépit de l'assimilation des constructions et techniques juridiques, voire de l'importation de portions de systèmes juridiques étrangers, le fond de la pensée juridique chinoise semble toujours présent, mais difficilement évaluable. Pour le comprendre, une mise en perspective s'impose. Par exemple, si aujourd'hui les juristes français s'accordent à placer le syllogisme au cœur du raisonnement juridique – cette technique de raisonnement étant enseignée dès la première année universitaire – tout en faisant remonter son origine à l'époque grecque, peu d'entre eux seraient capables d'en mesurer quantitativement et qualitativement les conséquences sur le système juridique actuel. C'est ainsi que doit être considéré l'héritage juridique de la Chine traditionnelle : toujours présent, mais difficilement évaluable au quotidien sans faire du « cas par cas ». Il est possible de réaliser certains parallèles, comme cet ancrage coriace de la tradition bureaucratique chinoise ou la concordance entre les échelons administratifs et judiciaires ; malgré tout, établir un lien de causalité aussi direct que précis pose de nombreuses difficultés. Ainsi, le phénomène de modernisation à l'origine du système juridique actuel doit être

précisément, toute sa stratégie consiste à faire évoluer la situation de façon telle que l'effet résulte progressivement de lui-même et qu'il soit contraignant ».

¹⁶³⁷ *Supra* n°26.

abordé tout en gardant à l'esprit l'existence d'un « fond chinois » qu'aucun traité inégal n'aura parvenu à détruire.

§ 2. *L'héritage contemporain ou la gestion des conflits par le politique.*

237. Comment expliquer l'écart entre le droit impérial chinois – qui ne concevait pas de droit civil à part entier – et le droit chinois positif doté d'un véritable système de résolution des conflits privés ? Comment une civilisation ancestrale a-t-elle pu connaître un changement aussi radical en à peine un siècle ? Dans la lignée d'Hélène Piquet, pour qui la Chine doit être comprise comme un « carrefour des traditions juridiques¹⁶³⁸ », nous verrons que l'évolution du système juridique chinois a été pensée à la lumière des influences étrangères dès la fin de la période dynastique (A). Plus précisément, les bases du système procédural choisi reflètent, en Chine plus qu'ailleurs, l'adhésion à un courant politique, ce qui amène à questionner la place de la justice du peuple de la fin de la première moitié du XX^{ème} siècle dans l'actuelle justice civile en Chine (B).

A. La conciliation des emprunts à l'étranger et le choix d'un modèle procédural¹⁶³⁹.

238. Les projets de création de procédure civile. L'apparition des termes « droit civil » (民法) en Chine provient de l'influence japonaise¹⁶⁴⁰. En matière judiciaire, Shen Jiaben¹⁶⁴¹ et Wu Tingfang¹⁶⁴² ont travaillé à l'abolition de l'ancien système chinois précédemment décrit pour donner naissance, en avril 1906, au projet du *Grand Code de procédure pénale et civile des Qing* (大清刑事民事訴訟律). Ce

¹⁶³⁸ Repris du titre de l'ouvrage d'Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques (op.cit.)*.

¹⁶³⁹ Cette partie s'appuie principalement sur la reconstruction historique en matière de procédure civile couvrant la période révolutionnaire et réalisée par l'auteur Jiang Xia (姜霞), « Système de procédure civile et société chinoise moderne » (« 中国现代社会与民事诉讼体制 »), *In Liao Zhonghong, op.cit.*, pp. 428-512.

¹⁶⁴⁰ Chen Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation, op.cit.*, p. 328. L'expression « *minfa* » (民法) est la traduction japonaise du concept de droit civil européen. Elle a été introduite par les chercheurs japonais qui travaillaient en tant que conseillers auprès de la Cour impériale pendant la dynastie Qing à l'approche du XX^{ème} siècle.

¹⁶⁴¹ Shen Jiaben : 沈家本 (1840-1913).

¹⁶⁴² Wu Tingfang : 伍廷芳 (1842-1922).

projet instaure un système de jurés et la mise en place d'avocat, tout en émancipant le judiciaire de l'administratif¹⁶⁴³. À la suite de l'opposition des bureaucrates, ce projet reste pourtant au stade de brouillon. C'est en 1907, avec la publication d'une « Solution expérimentale pour chaque échelon judiciaire¹⁶⁴⁴ » (各级审判厅试办章程) que sont distinguées, pour la première fois dans l'histoire du droit chinois, les affaires pénales des affaires civiles. Si les premières tendent à établir la culpabilité ou non de l'accusé, les secondes visent à trancher entre celui qui a raison et celui qui a tort¹⁶⁴⁵. Trois années plus tard, Shen Jiaben et Yu Liansan¹⁶⁴⁶ présentent le tout premier « Modèle de Code de procédure civile¹⁶⁴⁷ », formé à partir du code japonais de même nature de 1890 ; ce modèle est utilisé par le gouvernement nationaliste de Yuan Shikai¹⁶⁴⁸ mais ne réussit pas à s'implanter en Chine communiste.

239. Le droit civil, une matière politiquement neutre¹⁶⁴⁹ ? Le contexte politique est essentiel à la compréhension de la formation du système juridictionnel, en Chine peut-être plus qu'ailleurs¹⁶⁵⁰. Pendant une quarantaine d'années (1912-1949) le territoire chinois connaît d'innombrables agitations politiques¹⁶⁵¹, parmi lesquelles la bataille d'influence entre les nationalistes et les communistes reste la plus importante dans notre analyse. Cette tension se retrouve en droit dans la différence fondamentale d'interprétation du droit civil et de sa procédure devant les juridictions judiciaires : d'un côté, le droit civil au sens large est envisagé comme une garantie, une protection des droits des individus, et, d'un autre côté, la matière civile n'est que la transcription de la volonté de la classe dominante. Cette divergence, irréductible en raison des valeurs défendues, est d'autant plus intéressante qu'elle provient, à l'origine, d'un socle de pensée commun aux deux courants.

Fait souvent méconnu dans l'histoire de la Chine, les deux partis politiques que

¹⁶⁴³ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 431.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

¹⁶⁴⁵ Xin Chunying, *op.cit.*, p. 8.

¹⁶⁴⁶ Shen Jiaben et Yu liansan faisaient partie de l'Institut pour la révision du droit (修订法律馆).

¹⁶⁴⁷ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 431. « 民事诉讼律草案 ».

¹⁶⁴⁸ Yuan Shikai : 袁世凯 (1859-1916) s'est autoproclamé empereur en 1915.

¹⁶⁴⁹ Jean-Pierre Cabestan, « Chine : un État de lois sans État de droit », préc., p. 659.

¹⁶⁵⁰ Hélène Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, *op.cit.*, p. 129.

¹⁶⁵¹ Ces agitations ont commencé avant la fin de la dynastie : ainsi, citons, la Révolte des boxers (1899-1901), la chute de la dynastie Qing en 1912, le mouvement du 4 mai 1919 (mouvement nationaliste chinois) ou encore la période dite des seigneurs de guerre (1916-1928)... Sans mentionner les nombreuses guerres dans lesquelles la Chine était engagée.

sont le Parti Communiste Chinois et le Parti Nationaliste ont une racine commune, la pensée du docteur Sun Yatsen¹⁶⁵². Ce dernier, imprégné des idées occidentales en ce début de XXème siècle, tente de mettre en place un nouveau type de gouvernement après la chute de l'empire, la République de Chine¹⁶⁵³. La Constitution provisoire de la République de Chine publiée en 1912 est ainsi fondée sur la séparation des pouvoirs et l'appartenance des pouvoirs au peuple. En matière de procédure civile, des mesures tendant à l'abolition de la torture, à la réorganisation des échelons juridictionnels (sur quatre niveaux¹⁶⁵⁴) avec l'instauration d'un organe juridictionnel suprême, le *Daliyuan* (大理院) ou encore à la mise en place d'un système d'examen pour le personnel judiciaire, sont envisagées sans avoir le temps, toutefois, d'être implantées en pratique¹⁶⁵⁵.

Dès les années 30, après la prise de pouvoir des nationalistes, l'absence d'homogénéité dans l'application des lois dans les régions du nord et du sud de la Chine¹⁶⁵⁶ pousse le Guomindang à élaborer, en février 1931, une nouvelle *Loi de procédure civile* (民事诉讼法) accompagnée d'un règlement d'application (民事诉讼法旅行法) de 13 articles en mai 1932. Cette loi peut être considérée comme le tout premier Code de procédure civile à s'appliquer sur l'ensemble du territoire chinois¹⁶⁵⁷. La réforme judiciaire initiée par le Guomindang transforme le système juridictionnel : de quatre niveaux il est réduit à trois échelons avec l'abolition des tribunaux primaires¹⁶⁵⁸. Par ailleurs, la fonction de jugement et la fonction de contrôle (审查合一) sont fusionnées par l'intégration de l'organe du procureur (检察机关) au

¹⁶⁵² Dr. Sun Yatsen (Sun Zhongshan, en mandarin 孙中山, 1866-1925), premier Président de la République de Chine.

¹⁶⁵³ Élu par les révolutionnaire, Sun Yatsen conservera son titre de président quelques mois avant de devoir le concéder à Yuan Shikai, en échange du soutien de son armée (l'armée de Beiyang, au nord de la Chine).

¹⁶⁵⁴ *Loi d'établissement des tribunaux* (法院编制法) du 7 février 1911. Elle instaure la division des *Yamen* en salle de jugement primaire, locale, supérieure et suprême (大理院); chaque salle de jugement adopte un système de jugement individuel ou collégial.

¹⁶⁵⁵ Pour Jiang Xia, l'échec de ces réformes serait dû à l'instabilité sociale, politique et économique du pays du début du XXème siècle et à la difficulté rencontrée de fusionner des idées occidentales et la tradition juridique chinoise. Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 431. Il souligne également l'immaturation, à cette époque, de la pensée du droit.

¹⁶⁵⁶ Jiang Xia, *idem*, p. 435 : ainsi, au sud, la Cour Suprême de Nankin ainsi que les provinces du Sud-Ouest continuent d'appliquer la *Loi de procédure civile* de 1921 publiée par le gouvernement militaire de Guangzhou, alors que les provinces du nord appliquaient le « Règlement de procédure civile (*tiaoli*) » adopté par le gouvernement de Beiyang en 1922.

¹⁶⁵⁷ Du moins pendant les années 1931-1932 ; une nouvelle loi en matière de procédure civile a été adoptée dès juillet 1935.

¹⁶⁵⁸ Décision prise en 1930 par le Comité des affaires politiques centrales du Gouvernement nationaliste (231^e réunion), « Principes législatifs de la "loi organique des tribunaux" »

sein même des juridictions, qui lui deviennent subordonnées. La phase de préparation avant audience (准备程序) est élargie et le système de jugement rendu par défaut favorisé. La Cour Suprême (最高法院), proclamée en tant qu'organe unique et du plus haut degré, détient le monopole de l'interprétation du droit sur l'ensemble du territoire chinois. Enfin, le système de médiation civile (民事调解制度) devient la méthode obligatoire de « *traitement des affaires contentieuses personnelles et des affaires de juridictions de base*¹⁶⁵⁹ ». En mars 1945, le département judiciaire du gouvernement nationaliste prévoit d'amender la *Loi de procédure civile* en vue de faciliter les procédures de première et deuxième instances : la volonté affichée est une simplification de la procédure et une réduction des coûts de la justice¹⁶⁶⁰.

En parallèle, de 1927 à 1949¹⁶⁶¹, le parti communiste s'implante progressivement en Chine sous l'impulsion de Mao Zedong¹⁶⁶². Au cours de la première révolution agraire¹⁶⁶³ est mis en place un service « juridico-militaire de la milice ouvrière », destiné à établir des sortes de tribunaux spécialisés (专门的法庭) dans les bases révolutionnaires¹⁶⁶⁴. À défaut de véritable système judiciaire, cette milice ouvrière n'est pas compétente pour juger des contentieux privés, dont la résolution se fait principalement par la voie de la médiation populaire. La genèse des actuels tribunaux populaires date de 1931, quand la République soviétique chinoise (dans la région du Jianxi, sous le contrôle de Mao Zedong) établit cette année-là le Tribunal Suprême temporaire¹⁶⁶⁵. Ce dernier est titulaire, sur son territoire sino-soviétique, du monopole de l'interprétation du droit et de l'examen des jugements rendus par les tribunaux provinciaux et militaires ; il sert aussi de cour d'appel pour les décisions de niveau provincial ou de nature militaire. La fonction juridictionnelle est partagée entre les autorités judiciaires et administratives, puisque dans les provinces, municipalités et districts des régions soviétiques et des bases révolutionnaires

¹⁶⁵⁹ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », In Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 436 : « 建立民事调解制度, 作为对初级管辖案件和人事诉讼事件的处理方式, 为法定必须程序 ». Concernant les affaires d'autre nature, les parties se voient accorder un « droit » à demander une médiation.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 437.

¹⁶⁶¹ Cette période couvre à la fois la Guerre de la Révolution Agraire (aussi connue comme étant la Révolution du sol, 1927-1937, 土地革命战争), la Guerre Anti-Japonaise (1937-1945, 抗日战争) et la Guerre de Libération (1945-1949, 全国解放战争).

¹⁶⁶² Mao Zedong : 毛泽东 (1893-1976).

¹⁶⁶³ De 1927 à 1930, Mao Zedong soutient la révolution agraire en incitant à la redistribution des terres aux paysans.

¹⁶⁶⁴ Les bases révolutionnaires aussi appelées les *Genjudi* (根据地).

¹⁶⁶⁵ Xin Chunying, *Chinese Courts : History and Transition*, Law Press China, 2004, p. 1.

dépourvus de tribunal, ce sont les gouvernements populaires locaux qui sont chargés de rendre la justice, via la mise en place de département de jugement¹⁶⁶⁶ (裁判部), dans lesquels les chambres civiles sont distinguées des chambres pénales.

Pendant cette période de chaos révolutionnaire, les affaires civiles sont traitées principalement par le Tribunal Suprême et par les départements de jugement ; les tribunaux révolutionnaires de la République soviétique et des bases révolutionnaires (*geming genjudi*, 革命根据地 ou les zones rouges, *hongse genjudi* 红色根据地) n'ont pas vocation à s'occuper de ce genre de conflit. Leur devoir est de combattre pour la révolution et de protéger l'exécution des lois soviétiques. C'est à cette époque que sont mises en place des audiences itinérantes, un système de jurés et la technique de délibéré – selon le principe du ralliement de la minorité à la majorité. Le régime de procédure civile de la révolution du sol (1927-1937) impose la publicité des jugements (公开审判原则) et reconnaît le principe de récusation du juge. C'est également pendant la période révolutionnaire que naissent, dans une forme embryonnaire, les actuels comités de jugement : chaque affaire soumise au tribunal doit faire l'objet d'une discussion préalable par le comité du tribunal. Le délai accordé aux tribunaux pour se prononcer est de deux semaines.

240. Le développement juridictionnel en temps de guerre. Le début de la Guerre de résistance voit les communistes s'allier aux nationalistes dans leur lutte contre l'ennemi japonais. À cette époque, parce que les bases de résistance dirigées par le PCC relèvent de la direction du gouvernement national basé à Nankin, la Cour Suprême du Gouvernement de Nankin devient la Cour Suprême Nationale et a vocation à s'imposer sur l'ensemble du territoire chinois, y compris dans les zones militaires. Chaque échelon judiciaire est placé directement sous le contrôle du gouvernement et du PCC. « On peut dire que le travail judiciaire a lui aussi participé à la résistance contre les Japonais, ce qui justifiait que les organes judiciaires restent sous la direction unifiée du gouvernement¹⁶⁶⁷ ». Mais, en raison de la distance entre

¹⁶⁶⁶ « Procédure provisoire relative au traitement des affaires antirévolutionnaires et à l'établissement des organes judiciaires – instructions du Comité d'exécution centrale de la République soviétique de Chine », 13 décembre 1931 : les bureaux de jugement sont des organes judiciaires spéciaux pour résoudre les litiges civils et pénaux. V. également, juin 1932, « Règlement sur l'organisation temporaire et sur les décisions du département de jugement de la République soviétique de Chine ».

¹⁶⁶⁷ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 444 : « [...] 因而司法工作同其他工作一样也是抗日民主政治的一部分, 司法机关必然要受政府统一领导, 因此各级司法机关受同级党委和政府的领导 [...] ».

ces deux « organisations judiciaires », l'une centrale et l'autre locale, en pratique, les tribunaux de degré supérieur des zones militaires sont considérés comme les organes suprêmes au sein de la localité en question¹⁶⁶⁸. Leur but est de sanctionner les individus qui se mettent en travers des intérêts politiques, en l'occurrence, ceux qui s'opposent à la résistance.

La fonction juridictionnelle en ces temps de guerre est adaptée. La forme des demandes en justice est simplifiée (recevabilité des demandes écrites ou orales) et le principe de l'égalité face au droit est revisité : s'il n'y a théoriquement plus de distinction entre paysans, travailleurs, propriétaires, riches ou encore capitalistes, ces derniers doivent tous soutenir la lutte anti-japonaise. L'accès à la justice est facilité par les audiences itinérantes et le développement des jugements populaires : le juge a pour tâche de consulter l'opinion du peuple sur les affaires qu'il rend. Les habitants des zones communistes sont exempts de frais de justice¹⁶⁶⁹. C'est également à cette époque qu'apparaît la « méthode du juge Ma Xiwu¹⁶⁷⁰ » (马锡武) caractérisée par sa proximité avec le peuple et par un investissement important du juge en matière d'enquête et de collecte des preuves¹⁶⁷¹. Le résultat de la demande en justice est supposé satisfaire le peuple et les parties : la décision de justice n'est donc pas perçue comme la manifestation d'une justice publique ou civile, elle est avant tout destinée à assurer la stabilité sociale. Le développement de l'économie locale qui résulte du blocus instauré pendant la guerre sino-japonaise a également influencé le régime

¹⁶⁶⁸ Par exemple : « Règlement (*tiaoli*) sur l'organisation des tribunaux supérieurs des provinces du Shanxi, Gansu et Ningxia », 1939, article 7 : les tribunaux supérieurs ont six départements, respectivement celui du procureur (监察处), la chambre civile, pénale, la chambre d'enregistrement (书记室), de détention avant procès (看守所 *shou*) et des affaires générales (总务科). Le tribunal supérieur s'occupait principalement des contentieux pénaux de première instance, des appels des jugements de première instance des tribunaux locaux, des contestations des décisions des tribunaux locaux et des affaires non contentieuses. Ainsi, ce tribunal supérieur détenait le pouvoir juridictionnel (审判职能) et exerçait aussi le pouvoir *procuratorial* via les procureurs établis dans sa juridiction; il avait aussi un secrétaire pour traiter des affaires administratives judiciaires.

¹⁶⁶⁹ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 451.

¹⁶⁷⁰ Une des caractéristiques principales de la méthode de jugement du juge *Maxiwu* était de se rendre sur les lieux de l'affaire pour en comprendre exactement les faits. Il était également beaucoup plus enclin à user de la médiation entre les parties pour résoudre un conflit. V. Deng Huihui (邓辉辉), Li Zhenghua (李振华), « Évaluation de la situation présente et de l'évolution historique des principes fondamentaux de procédure civile chinois » (« 我国民事诉讼法基本原则的历史演变和现状评析 »), *Journal of Guanxi administrative cadre institute of politics and Law*, vol. 22, n°4, 2007, pp. 27-30.

¹⁶⁷¹ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, pp. 450-453.

juridique des droits de « propriété » des populations¹⁶⁷² et les contentieux en matière d'obligation. Estimé à 24% du total des contentieux en 1938, le nombre de litiges ayant pour objet le règlement d'une créance s'élève à 60% en 1942¹⁶⁷³. L'offensive de Jiang Jieshi de 1946 à la fin de la lutte anti-japonaise conduit à une révolte paysanne, le nombre de villes sous le contrôle du parti communiste augmente... Et c'est ainsi que le 1^{er} octobre 1949 Mao Zedong déclare officiellement l'instauration de la République Populaire de Chine.

241. L'instauration d'un modèle de justice populaire. En matière de procédure civile, c'est donc le modèle « communiste » dont hérite la Chine continentale, le modèle « libéral » étant exporté à Taiwan par Jiang Jieshi. Une des priorités du régime communiste est d'unifier le territoire chinois en commençant par une réorganisation de l'ordre juridictionnel qui comporte dorénavant trois niveaux. Les divisions judiciaires instituées dans les bureaux administratifs deviennent les actuels « tribunaux populaires », dans lesquels sont établis les comités de jugement et des chambres civiles distinctes des chambres pénales¹⁶⁷⁴.

« À ce stade, la structure macroscopique du régime de procédure civile chinois est déjà établie, ce qui inclut : un système d'audience publique (公开审判制), un système de procès public populaire (群众公审制), un système d'assesseur citoyen (人民陪审员制¹⁶⁷⁵), un système de défense (辩护制), un système d'appel (上诉制), un système de jugement collégial (审判合议制), un système de révision [des jugements] (复核制), un système de cours itinérantes (巡回审判制) et un système de médiation (调解制) ; tous ces systèmes constituent la base de l'établissement du pouvoir judiciaire après la création de la nouvelle Chine¹⁶⁷⁶ ».

¹⁶⁷²« Règlement (*tiaoli*) sur la protection des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la zone de Shan Gan Ning », 1942, article 3.

¹⁶⁷³ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 452.

¹⁶⁷⁴ Dans les zones émancipées, on constate également la création de chambres populaires destinées à pérenniser les réformes des terres et d'organes temporaires de masses organisés par les coopératives agricoles.

¹⁶⁷⁵ L'apparition des premiers jurés dans l'organisation judiciaire chinoise provient de l'influence étrangère du début du XX^{ème} siècle ; c'est dans la *Loi de procédure pénale et civile des Qing* (1906) que l'on trouve la première trace d'un système de juré en Chine. V. Aujourd'hui, LPC. Art. 39 (qui laisse la possibilité aux tribunaux d'organiser, selon le type d'affaire traitée, une formation collégiale composée d'un magistrat et d'assesseurs ou de magistrats uniquement ; l'importance étant que leur nombre soit impair. V. Aussi *Loi organique des tribunaux populaires*, art. 8, 37 et 38 ; CPAPN, « Décision relative à l'amélioration du système de juré populaire » (全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定) entrée en vigueur le 1^{er} mai 2005.

¹⁶⁷⁶ Wang Qifu (王启富), Liu Qinguo (刘金国), cité par Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 456 : « 至此, 我国民事诉讼制度的宏观

B. Vers un nouveau modèle de procédure civile ?

242. L'utilisation politique des tribunaux. Le régime de procédure civile mis en place par le Parti Communiste Chinois rompt tout lien existant avec les idées développées par le Parti Nationaliste et les idées occidentales¹⁶⁷⁷. Le marxisme devient la ligne directrice dans la construction d'un nouveau système juridique ; les anciennes lois établies par le Guomindang ne doivent plus être utilisées comme les fondements juridiques par les magistrats dans leurs décisions de justice. En l'absence de référent, c'est la politique de l'État communiste qui supplée les carences normatives¹⁶⁷⁸. Comme l'explique Xin Chunying, la première fonction confiée à la Cour Populaire Suprême, mise en place dès le 1^{er} novembre 1949¹⁶⁷⁹, n'est pas d'appliquer les anciennes lois mais d'être au service du nouveau gouvernement populaire. Les tribunaux populaires ont donc été pensés, avant tout, comme un *outil d'implantation du régime politique* : « les tribunaux [étaient] le produit d'une révolution et non d'une évolution¹⁶⁸⁰ ».

L'entière refonte du système est faite par « à coups », au moyen de slogans et de propagande politique : les tribunaux existent pour servir le peuple. Dès 1951, l'organe exécutif central, suivi peu de temps après par l'organe législatif, règlemente l'organisation judiciaire selon trois principes : tout d'abord, l'abolition des procédures contentieuses formalistes, lentes, compliquées qui oppressent le peuple. Ensuite, la mise en place de procédures rapides, simples et accessibles aux citoyens, fondées sur la recherche de la vérité dans les faits (实事求是). Enfin, l'établissement de principes de droit substantiel applicables dans tous les procès civils¹⁶⁸¹. Entre 1950 et 1965, six conférences judiciaires nationales ont été organisées, réunissant les membres de la

框架已经确立，包括：公开审判制，群众公审制，人民陪审员制，辩护制，上诉制，审判合议制，复核制，就地审判制，巡回审判制，调解制度，这些制度为新中国成立后的司法建设奠定了基础 ».

¹⁶⁷⁷ V. not. la « Directive sur l'abolition du Codes des six lois » (adoptées par le Guomindang) (中共中央关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示), publiée le 22 février 1949, disponible en chinois à l'adresse <http://cpc.people.com.cn/GB/64184/64186/66650/4491574.html> [dernière consultation le 12 mars 2018] ; l'ensemble des textes juridiques adoptés par le Parti nationaliste est alors aboli, laissant un vide juridique jusqu'au 29 septembre de la même année, date de la première session plénière de la Conférence Consultative Politique Populaire de Chine (CCPPC) qui adopte le Programme Commun, sorte de constitution provisoire. Xin Chunying, *op.cit.*, pp. 2-3.

¹⁶⁷⁸ « Directive sur l'abolition du Code des six lois », (5).

¹⁶⁷⁹ Les dix sept membres qui la composent ont été nommés au cours de la première session de la CCPPC.

¹⁶⁸⁰ Xin Chunying, *op.cit.*, p. 5.

¹⁶⁸¹ Deng Huihui, Li Zhenghua, préc., p. 28.

Cour Suprême, du Parquet Suprême, le Ministre de la justice et le Comité juridique central. En 1951, 891 tribunaux ont été créés, pour un total de 2 548 tribunaux et de 25 000 juges (soit trois fois plus que l'année précédente)¹⁶⁸². Le personnel judiciaire doit être formé, d'autant plus que certains juges continuent à se référer aux anciennes lois¹⁶⁸³ ; ils doivent dorénavant intégrer la ligne centrale voulant que les tribunaux « servent le peuple de tout leur cœur ».

243. Les tribunaux comme cibles politiques. La fonction politique attribuée aux tribunaux populaires s'est réalisée au détriment de leur fonction judiciaire¹⁶⁸⁴. Ce n'est qu'en 1954 avec la promulgation de la nouvelle Constitution et de la nouvelle loi organique des tribunaux, que ces derniers passent d'une tutelle administrative (direction du gouvernement central et des gouvernements locaux) à une tutelle législative ; par ailleurs, l'ordre juridictionnel repasse à quatre niveaux. La nature politique des tribunaux justifie le choix d'un système inquisitoire, sans doute plus apte à traquer les individus soupçonnés de contre-révolution¹⁶⁸⁵. Évoluant au gré des aléas politiques¹⁶⁸⁶, les tribunaux eux-mêmes n'ont pas été à l'abri de la vague de paranoïa à l'encontre des prétendus ennemis du peuple. À partir de la troisième conférence judiciaire tenue en février 1956, le mot « droit » devient lui-même connoté, car interprété comme s'opposant au leadership du parti communiste. Cette idéologie a de graves conséquences sur le système judiciaire, la notion de « procès indépendant » étant comprise comme « procès anti-peuple », « anti-parti ¹⁶⁸⁷ ». Cette « dérive extrémiste » conduit à une reconsidération idéologique des critères judiciaires imposés. À titre d'exemple, la compétence juridictionnelle n'est plus tant établie au regard de la nature civile ou pénale de l'affaire soumise au juge qu'en fonction de l'intérêt révolutionnaire : la CPS appelle ainsi, en 1961, à distinguer les conflits entre le peuple et les ennemis, tout comme les conflits pénaux de contre-révolutionnaires et

¹⁶⁸² Xin Chunying, *op.cit.*, p. 14.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 16-17 : ce qui entrainera, au passage, l'élimination de 5 000 juges, remplacés par 6 000 nouveaux cadres. L'auteur donne notamment l'exemple de certains juges qui continuaient d'appliquer les concepts de droit féodal alors que l'ancienne *Loi sur le mariage*, adoptée dès 1950, luttait pour l'émancipation de la femme. Ainsi, ils considéraient la femme comme la propriété de l'homme et refusaient les demandes de divorce pour cause de maltraitance initiée par les épouses. Cette attitude aurait conduit à près de 332 meurtres et suicides dans le territoire chinois à cette époque.

¹⁶⁸⁴ En raison notamment de la composition des membres du personnel judiciaire, qui ne sont pas juges de formation mais souvent d'anciens militaires.

¹⁶⁸⁵ Xin Chunying, *op.cit.*, p. 24. L'auteur dénombre, pour la seule période de juillet à décembre 1955, 620 000 affaires de contre-révolution et autre criminalité et dont 97% ont été jugées.

¹⁶⁸⁶ Avec, notamment, la campagne anti-droitier (juin 1957) qui fait suite à la campagne des Cents Fleurs (1957), le Grand Bond en avant (1958-1962) ou encore la Révolution culturelle (1966-1976).

¹⁶⁸⁷ Xin Chunying, *op.cit.*, p. 25.

les affaires pénales ordinaires. Les sources de droit dont disposent le juge sont la loi, en tant que fondement juridique, mais aussi les politiques annoncées, en tant que directive d'application du droit dans les procès civil et pénal. Héritage impérial ou révolutionnaire, les tribunaux doivent chercher la vérité dans les faits et mener des enquêtes sérieuses. Enfin, la domination du parti communiste et la « ligne de masse » sont présentées comme deux garanties tendant à l'amélioration du travail des tribunaux.

244. Les fondements contemporains de la justice populaire. Xin Chunying a dégagé trois caractéristiques de ce système judiciaire présentes jusqu'à la fin du régime maoïste : tout d'abord, l'utilisation de l'idéologie marxiste-léniniste comme guide, conduisant à dénigrer le statut des tribunaux qui sont dès lors considérés comme des instruments de la classe dominante. De plus, le modèle de référence reste celui de l'ex-URSS : des experts soviétiques viennent en Chine pendant que les étudiants chinois traversent la frontière dans l'autre sens. Enfin, la structure de l'économie planifiée n'incite pas au développement de la sphère du droit privé¹⁶⁸⁸. En raison de la situation politique existant entre 1957 et 1976, considérée comme une période de paralysie, la Chine est plongée dans une espèce de nihilisme juridique.

La « renaissance des tribunaux » dès la fin des années 70 s'opère dans un contexte d'ouverture de la Chine à l'étranger. Une première législation en matière de procédure civile est adoptée au cours de la 2^{ème} réunion nationale en décembre 1978, pendant laquelle les membres de cette réunion établissent la ligne directrice à adopter, à savoir, le « plan des 16 caractères » (十六字方针) : les tribunaux, en matière civile, doivent s'appuyer sur les masses (依靠群众), enquêter et rechercher (调查研究), juger localement (就地解决) et prendre comme principe la médiation (调解为主)¹⁶⁸⁹ ». C'est en 1982, date de la promulgation de la Constitution mais aussi de la *Loi de procédure civile (expérimentale)*¹⁶⁹⁰ que la Chine se dote de sa toute première législation en matière de procédure civile applicable sur l'ensemble du territoire depuis la création de la RPC. Si l'idéologie révolutionnaire est quelque peu mise de côté, cette loi est supposée répondre – avec celle sur les *Principes Généraux de Droit Civil* de 1986 – aux nouveaux objectifs de l'État chinois, l'un de nature

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 37-38.

¹⁶⁸⁹ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 483.

¹⁶⁹⁰ *Loi sur la Procédure Civile à visée expérimentale*, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1982.

économique¹⁶⁹¹ et l'autre de nature politique, la démarcation (à l'époque) de l'État et du politique. Cela signifie-t-il l'implantation d'une justice *civile* ?

245. L'évolution d'une révolution. La législation actuelle en matière de résolution des conflits privés est le produit de « l'évolution d'une révolution ». Une évolution qui doit concilier l'ancienne influence marxiste et les nouveaux standards occidentaux : le tribunal n'a plus une fonction politique – la phase d'instauration du régime communiste semble être achevée – mais dorénavant une fonction juridique et économique. Le changement d'une économie planifiée à une économie socialiste de marché nécessite une plus grande liberté accordée aux acteurs économiques ; en matière de contentieux civil, cela se traduit par une meilleure prise en compte de la volonté des parties¹⁶⁹², par l'accroissement de leur rôle en matière de collecte de preuves¹⁶⁹³ ou encore par l'abandon progressif des audiences locales, certes plus proches du peuple mais contraires au principe d'autonomie des parties¹⁶⁹⁴. En comparaison avec la loi expérimentale de 1982, la *Loi de procédure civile* de 1991 amoindrit les pouvoirs du juge, ce qui est une première dans le système juridictionnel chinois, inquisitoire à la base¹⁶⁹⁵. Force est de constater que depuis 1999, date de l'adoption du premier plan quinquennal judiciaire de la Chine (《人民法院五年改革纲要》), la procédure civile ne cesse de se développer, en grande partie grâce aux interventions répétées de la Cour Populaire Suprême. D'un côté, l'adhésion de la Chine à plusieurs organisations internationales¹⁶⁹⁶ concrétise l'internationalisation de son système juridique ; d'un autre côté, la Chine n'a pas fait totalement table rase de son passé impérial et révolutionnaire, offrant au juriste occidental un modèle de

¹⁶⁹¹ Xin Chunying, *op.cit.*, pp. 92-93 : en 1983, au cours de la 2^{nde} session du 7^{ème} Comité Permanent de l'APN, la *Loi organique des tribunaux* a été modifiée pour établir des juridictions économiques. En 1983, on comptait ainsi 44 080 affaires de nature économique enregistrées, contre 1 278 906 affaires de même nature en 1995, soit une augmentation de 2 900% en un peu plus de dix années.

¹⁶⁹² Le recours à la médiation doit être le seul choix des parties.

¹⁶⁹³ Le principe étant dorénavant que le juge n'intervient qu'en cas de difficulté rencontrée par les parties pour collecter les preuves.

¹⁶⁹⁴ Jiang Xia, « Système de procédure civile et société chinoise moderne », *In* Liao Zhonghong, *op.cit.*, p. 468. Ces audiences dites locales sont toutefois remplacées par les cours itinérantes officielles, qui incluent notamment une délégation de la Cour Populaire Suprême.

¹⁶⁹⁵ Bien que pour certains auteurs cela ne soit pas suffisant : V. Jiang Xia, *idem*, p. 483 : « On peut dire que fondamentalement [la Loi de procédure civile de 1991] en finit avec le modèle procédural inquisitoire et se rapproche du modèle procédural accusatoire de type continental. Mais, en comparaison de ce dernier, la position des parties au contentieux est encore négligée à un certain degré ».

¹⁶⁹⁶ La Chine a par exemple adhéré à l'OMC en 2001 ; elle s'est appuyée sur les principes UNIDROIT pour la création de sa *Loi sur les contrats* de 1999. V. Sur ce point, Zhang Shaohui, « L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations », *Revue de droit uniforme*, 2008, pp. 153-178.

procédure civile difficilement qualifiable. Qu'il s'agisse de considérer le juge comme éducateur plus que comme arbitre¹⁶⁹⁷ ou d'apprécier l'aisance avec laquelle le système juridictionnel a intégré, progressivement, une dimension contentieuse dans sa résolution des conflits privés, l'étude de l'application du droit par les juridictions chinoises ne peut taire l'éclectisme des facteurs qui ont façonné, pendant des années, l'activité juridictionnelle actuelle et qui permettent de dessiner les contours d'une justice polychrome.

Section II. La délimitation du cadre contentieux en matière civile.

246. Délimiter un contentieux suppose de reconnaître l'existence d'un conflit. Or, tout conflit n'est pas susceptible d'une protection juridique, encore moins en Chine. Sur un plan juridique, le conflit doit pouvoir être catégorisé, qualifié en droit pour être présenté au juge : c'est en ce sens que doit être appréhendé l'accès au juge chinois, dont les critères d'appréciation du mérite légal de la demande en justice révèlent une des logiques sous-jacentes à la résolution des conflits. Si, en principe, l'ensemble des justiciables chinois a accès à la justice, tous non pas nécessairement accès au juge (§ 1). Une fois cette première étape passée, la tenue de la phase préparatoire en Chine est tout aussi explicite quant à l'appréhension du conflit : celui-ci n'est pas que la chose des parties (§ 2).

§ 1. L'accès à l'instance civile en Chine¹⁶⁹⁸.

247. En France comme en Chine, l'accès à la justice ne peut se faire sans avoir formulé au préalable une demande en justice : à ce titre, elle constitue le réceptacle matériel sur lequel le juge chinois appréciera, dans un premier temps sa recevabilité

¹⁶⁹⁷ *Loi sur l'organisation des tribunaux populaires*, (中华人民共和国人民法院组织法) adoptée le 1^{er} juillet 1979, modifiée le 2 septembre 1983 et le 31 octobre 2006, art. 3, al. 2 : les tribunaux populaires doivent, en exerçant leur activité, éduquer les citoyens à être fidèle à leur patrie et à obéir d'eux-mêmes à la Constitution et aux lois.

¹⁶⁹⁸ Il est nécessaire de préciser que l'analyse de la procédure civile se fonde sur le fonctionnement de la procédure ordinaire de première instance (第一审普通程序) : en sont ainsi exclues les procédures spéciales, la procédure d'urgence ou encore la procédure simplifiée.

(A). La description et l'explication de la phase introductive d'instance conduisent alors, dans un second temps, à s'interroger sur l'existence même du concept d'action en Chine (B).

A. La phase introductive d'instance.

248. En Chine, la demande en justice doit être enregistrée au tribunal pour déclencher l'appareil juridictionnel. Loin d'être une simple formalité, le système d'enregistrement des demandes (立案程序) dans la justice civile en Chine impose un véritable filtre quant à l'accès au juge chinois (1). Les critères utilisés méritent une attention toute particulière : ils renseignent à la fois sur le fonctionnement de la justice, et indiquent, plus largement, une caractéristique originale du droit chinois qui est de considérer l'intérêt de l'individu dans une logique relationnelle (2).

1. Le système d'enregistrement de la demande en justice civile.

249. Un filtrage des demandes en justice. Une première originalité du système procédural chinois réside dans la mise en place d'une phase dite d'acceptation de la demande en justice (起诉和受理), consacrée aux articles 119 à 124 de la *Loi de Procédure Civile* (LPC). Cette étape ne doit pas être confondue avec la phase de préparation avant audience (审理前的准备) telle que réglementée aux articles 125 à 133. D'un point de vue organique, la première est menée par la chambre d'enregistrement¹⁶⁹⁹ (立案登记制) composée d'un seul magistrat¹⁷⁰⁰, alors que la seconde se déroule, en principe, en audience collégiale composée de trois juges. D'un

¹⁶⁹⁹ Créé en 2000, cet organe a été partiellement modifié en avril 2015 par les « Règles de la CPS relatives aux nombreuses questions concernant l'enregistrement des affaires judiciaires » (Règle [2015] n°8), publiées le 15 avril 2015, mises en vigueur le 1^{er} mai 2015 (最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定) 法释 [2015] 8 号. La procédure s'applique pour les affaires civile, administrative et pénale. La CPS oblige par ailleurs les chambres d'enregistrement à motiver les éventuels refus des demandes en justice.

¹⁷⁰⁰ Michelle Liu, Nanping Liu, « Justice Without Judges : The Case Filing Division in the People's Republic of China », *Université de Californie, Davis*, vol. 17, n°2, 2011, pp. 298-299 : si l'affaire est d'une particulière gravité, le juge chargé de l'enregistrement de la demande en justice consulte, en pratique, une formation collégiale composée des juges issus des autres chambres.

point de vue fonctionnel, néanmoins, la distinction est moins aisée¹⁷⁰¹ : si la chambre d'enregistrement, en théorie, se borne comme son nom l'indique à « enregistrer » les affaires civiles, elle exerce également une fonction de filtre car elle détient le pouvoir de rejeter les affaires non conformes aux conditions prévues par la loi. Cette prérogative la rapproche par là d'une chambre de jugement dotée d'un pouvoir décisionnel¹⁷⁰². Dans un compte-rendu publié le 8 septembre 1999, la Cour Populaire Suprême a confié onze fonctions au bureau d'enregistrement des demandes¹⁷⁰³ en insistant sur la nécessité de séparer *strictement* la chambre d'enregistrement de la chambre de jugement. La chambre d'enregistrement fait partie du bureau d'enregistrement dont les compétences sont plus étendues puisqu'il a le pouvoir de prendre des mesures de protection des preuves avant toute procédure sur demande des parties. Il est également responsable des exceptions d'incompétence soulevées par les justiciables. Le bureau est enfin chargé de communiquer les dossiers acceptés à la chambre de jugement de même échelon et de l'échelon supérieur en cas d'appel, tout en remplissant une fonction de surveillance des chambres d'enregistrement des juridictions inférieures.

La particularité de la chambre d'enregistrement chinoise dotée du pouvoir de refuser la demande du justiciable pourrait la rapprocher, dans sa fonction, d'une sorte

¹⁷⁰¹ Fu Yulin (傅郁林), « Nouvelles considérations sur la fonction et la structure de la procédure d'enregistrement en procédure civile », (« 再论民事诉讼连程序的动能与结构 »), *Journal de l'Université de Shanghai (Sciences sociales)*, vol. 31, n°1, 2014, pp. 39-53. Théoriquement, la phase introductive d'instance correspondrait à la phase dite de dépôt et d'acceptation de la demande en justice (起诉与受理) et la phase « d'instruction » à la préparation avant-audience (审理前的准备). La distinction n'est cependant pas aussi aisée.

¹⁷⁰² Les Règles de la CPS d'avril 2015 ont changé la dénomination de cet organe de contrôle anciennement appelé chambre de supervision (立案审查制) et devenu chambre d'enregistrement (立案登记制). Cette transformation intervient dans la ligne de conduite préconisée par la 4^{ème} conférence du XVIIIème Comité central du PCC d'octobre 2014 (« Décision relative aux nombreuses questions concernant la promotion de l'État de droit », préc.). Étaient ainsi préconisés : la réforme du système de contrôle des affaires avant audience ; la transformation d'un organe de supervision en un organe d'enregistrement ; la réception sans condition des affaires conformes aux exigences légales par les tribunaux populaires ; l'enregistrement et leur traitement impératifs des affaires (有案必立, 有诉必理) et enfin la protection de l'action des parties. Ce changement de dénomination témoigne, symboliquement, du changement de fonction de ladite chambre : « *cette transformation d'un modèle inquisitoire à un modèle protecteur de l'action des parties ne signifie pas la suppression des fonctions de contrôle (审查) du tribunal, ni même la réduction des conditions de recevabilité de l'affaire ; elle vise à faciliter le travail d'enregistrement et à réaliser l'exigence d'équilibre qui concerne, au sein de la procédure d'enregistrement, l'action [des parties] et le pouvoir [du juge]* », Xu Shanghao (许尚豪), « Quel contrôle à effectuer depuis le nouveau « système d'enregistrement des affaires » ? » (« “立案登记制” 后如何审查立案 »), *Gazette des tribunaux populaires (人民法院报)*, 24 décembre 2014.

¹⁷⁰³ Michelle Liu, Nanping Liu, préc., pp. 296-297 : la chambre d'enregistrement (dans le texte : *case filing committee*) ne constitue qu'un organe parmi le département de « dépôt » (*case filing division*) qui inclut également la chambre de préservation des preuves ou encore la chambre des plaintes (qui ne concernent que les requêtes internes).

de greffier doté d'un pouvoir quasi-juridictionnel, à première vue déconcertant pour un juriste français.

250. Critiques. Cette première phase est pointée du doigt par certains juristes qui la dénoncent comme un véritable obstacle à l'administration de la justice, allant jusqu'à priver les demandeurs de leur droit d'obtenir une décision de justice juste et équitable¹⁷⁰⁴. Sont dénoncés dans un premier temps les critères utilisés par les juges pour apprécier la recevabilité de la demande en justice¹⁷⁰⁵ : selon Michelle Liu, si l'article 119 de la *Loi de Procédure Civile* instaure des conditions légales, ces dernières sont bien trop vagues pour restreindre le pouvoir d'appréciation du juge. Cette pratique entrainerait certaines dérives instrumentalistes, comme en témoignerait une décision de la Cour Populaire Suprême rendue en 2001 qui ordonnait aux tribunaux inférieurs de refuser les affaires portant sur des demandes d'indemnisation civile impliquant des fraudes et des manipulations commises dans le capital marchand. Cette décision a depuis été abrogée par la CPS elle-même¹⁷⁰⁶. L'auteur précité s'appuie également sur une décision rendue par la même juridiction demandant aux juridictions de refuser les demandes en justice civile portant sur les problèmes d'indemnisation et de relocation en cas de démolition d'un immeuble. La motivation insuffisante contenue dans cette décision, disponible sur l'internet chinois, révélerait l'absence de procédé démocratique. Si la volonté de l'auteur n'est pas tant de démontrer l'arbitraire des magistrats en matière de recevabilité que de pointer l'absence de « mécanisme démocratique » dans la pratique du droit par le pouvoir judiciaire, nous nous contenterons d'apporter un éclairage quant à cette décision : le refus des juges de la Cour Suprême s'explique par la nature de l'affaire, puisqu'en matière de relogement des habitants d'un immeuble démoli, ce sont des règles spéciales, de nature administrative et non civile, qui s'appliquent¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁴ Michelle Liu, Nanping Liu, préc. p. 285.

¹⁷⁰⁵ Fu Yulin, préc., p. 41 : la chambre d'enregistrement ne se borne pas qu'à apprécier les critères formels énoncés aux articles 120, 121 et 119 de la LPC (l'auteur considère que l'exigence d'une prétention relève des conditions formelles) mais doit prendre en compte les critères des articles 124 (2), (5), (6) et (7) sans compter les conditions substantielles énoncées dans les différentes interprétations judiciaires.

¹⁷⁰⁶ Décision annulée par l'Interprétation de 2013 n°7 (法释 [2013] 7号).

¹⁷⁰⁷ La décision est disponible à cette adresse : http://www.law-lib.com/hzsf/law_detail.asp?id=96451 dont la lecture renvoie inévitablement à l'article 16 de du règlement sur la gestion des relogements des immeubles urbains (« 城市房屋拆迁管理条例 ») [lui-même disponible à l'adresse suivante : http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content_60912.htm] qui désigne comme « arbitre » compétent le département de gestion des démolitions et relogements choisi par la personne délocalisée (房屋拆迁管理部门).

Quoi qu'il en soit, les dernières règles publiées par la Cour Suprême sont très claires : la chambre d'enregistrement ne doit, en principe, effectuer qu'un contrôle de nature *formelle* sur l'affaire à enregistrer¹⁷⁰⁸. Le changement de dénomination de cet organe, auparavant dénommé « chambre de supervision » est, à ce titre, révélateur : il marquerait « *la transformation du modèle initialement inquisitoire de la procédure d'enregistrement en un modèle de protection de l'action en justice*¹⁷⁰⁹ ». On peut simplement regretter l'absence de cohérence en raison du maintien des critères énoncés à l'article 119 de la LPC, qui s'écarte d'un simple contrôle formel. Le problème qui se pose en effet est de savoir quelle est l'étendue du contrôle effectué par cet organe judiciaire : porte-t-il sur la forme ou le fond de la demande ?

251. La naissance de l'instance. En France, il est admis que c'est par la demande en justice qu'est créé le lien d'instance¹⁷¹⁰ qui peut différer, selon le mode introductif d'instance choisi par le demandeur (demande formée par assignation ou par déclaration au secrétariat de juridiction) de la saisine de la juridiction¹⁷¹¹. Ce n'est qu'une fois ce lien procédural établi que le juge peut rejeter la demande d'une partie avant toute appréciation au fond¹⁷¹², la déclarer irrecevable¹⁷¹³ ou, bien évidemment, trancher le fond de l'affaire. La principale divergence en Chine réside dans le fait que ce n'est pas le juge saisi de l'affaire qui se penche sur l'admissibilité de la demande

¹⁷⁰⁸ « Comment interpréter correctement le système d'enregistrement des demandes en justice » (« 怎样正确理解立案登记制 »), article publié sur le site des tribunaux populaires chinois, 1^{er} juin 2015, disponible à l'adresse : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2015/06/id/1638934.shtml> [dernière consultation le 10 novembre 2015]. Il est ainsi écrit que « *la transformation du système de supervision en un système d'enregistrement est destinée à assurer aux parties l'accès au recours judiciaire [dans la défense de leur droit] et à faciliter la résolution des conflits sociaux dans un cadre juridique* ».

¹⁷⁰⁹ « 立案审查制 ” 向 “ 立案登记制 ” 的转变 [...] 意味着立案程序由职权模式向诉权保障模式的转变 [...] », Xu Shanghao, préc. [en ligne].

¹⁷¹⁰ CPC français, art. 53 : « La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance ». Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 10^{ème} éd., 2017, p. 403 : l'instance est définie comme « la période qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement, l'instance se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent un certain nombre d'actes de procédure afin que l'affaire soit jugée au fond » (pp. 408 et s.) l'instance est un lien, un « rapport de droit processuel ou procédural » ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 33^{ème} éd., 2016, p. 319, n°412, l'instance y est conçue comme un « lien de droit spécifiquement procédural [qui] naît avec la demande initiale en justice et [qui] s'achève avec le jugement ou avec l'incident qui y met fin » ; pp. 324, n°420 et s. sur la création du lien d'instance.

¹⁷¹¹ *Idem*, n°421. Ainsi, dans le cas d'une demande en justice notifiée par voie d'assignation à la partie adverse, le lien d'instance est créé au moment de la notification alors que le juge sera saisi au moment de l'enrôlement de l'assignation au greffe.

¹⁷¹² Dans le cadre des exceptions de procédure, CPC français, art. 73 ; 74.

¹⁷¹³ Dans le cadre des fins de non-recevoir, invocables à tout moment de l'instance, CPC français, art. 122 et s.

en justice mais la chambre d'enregistrement. Le passage devant la chambre d'enregistrement est obligatoire puisque c'est cet organe qui autorise la saisine du juge du fond : en d'autres termes, la demande en justice chinoise ne produirait effet qu'après avoir réussi l'examen d'admissibilité par la chambre d'enregistrement. Inversement, en France, il semble plutôt que la demande en justice est présumée valable en la forme et/ou recevable jusqu'à ce que le défendeur soulève une exception de procédure ou une fin de non-recevoir, ou que le juge relève d'office une irrecevabilité d'ordre public¹⁷¹⁴. La décision d'irrecevabilité de la demande en justice prononcée par la chambre d'enregistrement chinoise (不予受理) empêche la création d'un lien d'instance¹⁷¹⁵ mais reste susceptible d'appel, à l'instar des décisions d'irrecevabilité prononcées par le juge du fond (驳回起诉)¹⁷¹⁶ en cours d'instance (art. 154 (1) et (3) de la LPC). Un aspect non négligeable de cette distinction concerne le paiement des frais de justice : le demandeur qui voit sa demande déclarée irrecevable par la chambre d'enregistrement sera exonéré des frais de justice contrairement à celui dont la demande serait déclarée irrecevable une fois les juges du fond saisis. Ce système de filtrage des demandes en justice est inexistant en France en première instance et incarne une vraie particularité du système chinois. En outre, ce dernier ne connaît pas la possibilité de recourir à l'assignation, qui, en France, entraîne la création du lien d'instance¹⁷¹⁷. En ce sens, l'accès à la justice est plus conditionné en Chine qu'en France, puisque la décision de la chambre d'enregistrement conditionne l'accès à un juge du fond.

Le Code de procédure civile français ne prévoit pas de procédure distincte d'examen de recevabilité au moment de la soumission de la demande en justice ;

¹⁷¹⁴ CPC français, art. 125.

¹⁷¹⁵ Le taux d'enregistrement des demandes en justice est estimé à 95%. Zhou Qing (周庆), Li Wei (李蔚), « Recherche sur l'application des ordonnances d'irrecevabilité dans les affaires civiles en Chine » (« 我国民事案件不予受理裁定的适用研究 »), *Journal of Beihua University* (北华大学学报), vol. 18, n°4, jul. 2017, p. 77.

¹⁷¹⁶ Fu Yulin, préc., p. 41 : pour l'auteur, ces deux ordonnances qui tendent à l'exclusion de la demande en justice, bien qu'elles soient prononcées théoriquement à des moments différents du procès (avant ou pendant l'instance), ne sont distinguables ni dans la forme, ni par leur critère d'appréciation. Elles sont toutes deux susceptibles d'appel. p. 42 : « *La seule différence réside dans le fait que la première phase adopte la forme du refus, alors que dans toutes les autres étapes du procès (phase préparatoire avant audience, audience, appel, procédure de révision), le juge rend une ordonnance dite de rejet. Dans chacune des deux décisions judiciaires rendues, l'appréciation de l'absence de conformité aux critères substantiels reste identique* » (« 唯一的差异是阶段 1 采用不予受理的方式, 其他阶段采用了驳回起诉的方式, 但两种司法决定针对实质要件不合法情形的标准却是相同的 »).

¹⁷¹⁷ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 324-326, n°421.

selon l'article 53, la demande initiale du plaideur introduit l'instance¹⁷¹⁸. Les conditions requises pour une demande en justice varient selon sa nature : une assignation en justice doit comporter, sous peine de nullité, l'indication de la juridiction, de son objet, l'exposé des faits et moyens en droit et des pièces sur lesquelles la demande est fondée¹⁷¹⁹. En matière de requête conjointe, la sanction prévue par l'article 57 du Code de procédure civile en cas de défaut d'une des mentions obligatoires est l'irrecevabilité. Cet article n'exige pas, par ailleurs, l'inscription de l'objet de la demande ni celle des moyens de fait ou de droit¹⁷²⁰. Enfin l'article 58 prévoit, lorsque le défendeur n'est pas informé de la saisine d'une juridiction à son encontre, la désignation des parties et de l'objet de la demande. En comparaison, dans une procédure civile contentieuse ordinaire en Chine, les conditions légales de la demande en justice ne varient pas puisqu'il n'existe qu'un seul mode de saisine des tribunaux¹⁷²¹. Ainsi, seuls deux articles doivent être distingués : l'article 119 de la LPC qui prévoit les conditions *matérielles* de la demande en justice et l'article 121 qui prévoit les conditions *formelles* du contenu de la demande en justice¹⁷²². Quant à la forme *stricto sensu* de la demande, celle-ci peut être orale ou écrite¹⁷²³. L'article 119 dispose donc : « *la demande en justice doit être conforme aux conditions suivantes : (1) le demandeur est un citoyen, personne morale ou autre organisation qui a un "intérêt direct" (有直接利害关系, litt. "dans une relation d'intérêts directs") dans l'affaire présentée ; (2) le défendeur est identifié ; (3) la prétention procédurale, les faits ainsi que les "motivations" (理由, litt. ses*

¹⁷¹⁸ Civ. 3^e, 9 décembre 1986, *Bull. civ.* III, n°173.

¹⁷¹⁹ Code de procédure civile français, art. 56. Le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution ajoute une condition supplémentaire commune aux deux modes d'introduction d'instance que sont l'assignation et la requête (ou déclaration) : le demandeur doit justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

¹⁷²⁰ La sanction prévue se comprend au regard du principe du contradictoire puisque dans une requête conjointe les deux parties soumettent ensemble et au même moment leur demande devant le tribunal.

¹⁷²¹ Toutefois, en France, le projet de loi Justice 2018-2022 prévoit un mode de saisine unique en matière civile. Les grands axes de ce projet peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://www.gouvernement.fr/action/projet-de-loi-justice-2018-2022> [dernière consultation le 10 juin 2018] ; V. le projet de loi de programmation de la justice (2018-2022), art. 14.

¹⁷²² Telle que les noms des parties, leur âge, leur sexe, leur nationalité, leur occupation, leur unité de travail, leur adresse, leur mode de contact, la prétention soumise, les faits et arguments invoqués ainsi que les preuves... Pour Fu Yulin, (préc., pp. 40-41) les conditions de l'article 120 et 121 de la LPC sont de nature formelle ; en revanche les conditions énumérées à l'article 119 sont à la fois de forme et de fond ; l'article 124 qui énonce les cas particuliers (demande en justice administrative soumise à une juridiction judiciaire ; conclusion d'une convention d'arbitrage rendant le tribunal incompétent d'office ; incompétence juridictionnelle ; demande de justice à l'encontre d'une affaire déjà jugée...) sont des conditions matérielles.

¹⁷²³ LPC, art. 120.

"raisons") *des parties sont concrètement mentionnés dans la demande en justice ; (4) la demande relève de la compétence de la juridiction pour accepter et traiter de l'affaire*¹⁷²⁴ ».

Parmi ces critères, deux méritent une attention particulière : le premier, qui concerne la qualité des parties à agir (a) et le troisième, qui exige la mention de de la prétention soulevée (b).

a) *Le critère de l'intérêt de la demande en justice.*

252. La divergence d'appréciation de l'intérêt en droit franco-chinois. En Chine, tout citoyen, personne légale ou autre groupe peut être partie à un litige civil dans lequel il a un « intérêt direct » ; l'article 31 du Code de procédure civile français dispose, lui, que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention¹⁷²⁵ ». Une première différence peut être constatée au niveau terminologique : le droit chinois énumère les individus susceptibles d'être parties à un procès civil (citoyen, personne morale, groupement) alors que le droit français use du vocable « à tous ceux », laissant sous-entendre une acception un peu plus libérale de l'action en justice¹⁷²⁶. Mais, quand bien même l'action française serait assimilée à une liberté¹⁷²⁷, elle n'en reste pas moins conditionnée à l'existence d'un intérêt, à l'instar du droit chinois. Or, c'est dans la qualification de cet intérêt que la différence entre les deux modes d'introduction de l'instance civile semble la plus importante.

En France, la conception traditionnelle de l'intérêt suppose qu'il soit positif et

¹⁷²⁴ LPC, art. 119 dans sa version d'origine : « 起诉必须符合下列条件:

- (一) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;
- (二) 有明确的被告;
- (三) 有具体的诉讼请求和事实、理由;
- (四) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖 ».

¹⁷²⁵ L'article 30 du Code de procédure civile français donne une définition de l'action entendue comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

¹⁷²⁶ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 115-116, n°142-143 : le parti pris d'une acception libérale est clairement défendu, les auteurs considérant l'action non comme un droit subjectif, nécessairement restreint, mais comme une *liberté* pouvant être exercée de manière égale par tous. L'action est alors une *prérogative légale* qui incarne la « liberté d'accéder aux tribunaux ».

¹⁷²⁷ *Ibid.*

concret d'une part, né et actuel, d'autre part¹⁷²⁸. Il se conçoit en principe comme personnel c'est-à-dire qu'il désigne « le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. La personne à intérêt à agir si la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique¹⁷²⁹ ». L'intérêt personnel en France est au fondement du droit subjectif ; pourtant la condition de recevabilité de l'action française n'impose pas l'invocation d'un tel droit mais seulement un intérêt personnel¹⁷³⁰. En réalité, l'intérêt personnel français se conçoit plus largement que le droit subjectif¹⁷³¹ qui puise sa source dans une règle de droit objective¹⁷³².

En Chine, si l'article 119 de la LPC exige un « intérêt direct avec l'affaire », ni la Cour Suprême, ni la doctrine n'impose que l'intérêt doit être *personnel*. Une première raison historique peut être avancée. L'exigence d'un lien direct est inscrite pour la première fois dans la *Loi de procédure civile (expérimentale)* en 1982¹⁷³³ afin de régler la question des actions populaires¹⁷³⁴. Ce mécanisme permettait à tous citoyens, organes, groupements sociaux ou encore unité de travail dotés de la personnalité juridique et de ses droits civils et qui constataient une violation des droits civils d'autrui d'intenter une action civile en justice en leur propre nom¹⁷³⁵. Si les plaideurs disposaient de la qualité de demandeur, en revanche, ils ne disposaient pas

¹⁷²⁸ *Idem*, pp. 145 et s., n° 180 et s. ; Civ. 2^e, 13 juillet 2006, n°05-13976 (l'intérêt s'apprécie au jour de la demande introductive d'instance).

¹⁷²⁹ *Id.*, p. 142, n°177.

¹⁷³⁰ Civ. 3^e, 27 janv. 1999, n°97-12970, *Bull. civ. III* n°19 : la Cour rappelle que « l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès » ; V. aussi : Civ. 3^e, 23 juin 2016, n°15-12158, JCP 2016, 1296, n°4 obs. Libchaber.

¹⁷³¹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil op.cit.*, p. 144, n°179. L'intérêt personnel né d'un intérêt lésé ne résulte pas nécessairement de la violation d'un droit subjectif mais peut résulter également de la violation d'une liberté.

¹⁷³² Henri Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice » [1964], *In Écrits. Études et notes de procédure civile*, [1973], Dalloz, éd. 2010, p. 90.

¹⁷³³ *Loi de procédure civile (expérimentale)* (中华人民共和国民事诉讼法 (试行)) entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1982, remplacée par la *Loi de procédure civile* entrée en vigueur le 9 avril 1991, modifiée respectivement en 2007, 2012 et 2017. La dernière modification résulte de la « Décision relative à la modification des lois de procédure civile et de procédure administrative », (关于修改“中华人民共和国民事诉讼法”和“中华人民共和国行政诉讼法”的决定) adoptée par le Comité Permanent de l'APN le 27 juin 2017.

¹⁷³⁴ Ces actions proviendraient de la théorie de l'intervention sociale (社会干预). En France, ces actions sont en principe prohibées : « aucun particulier ne peut exercer une action uniquement pour obtenir le respect de la loi, sans y avoir aucun intérêt personnel. [...] Le contentieux objectif pur, poussé au point limite d'évanouissement de l'intérêt personnel, n'existe pas ». Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 157, n°195.

¹⁷³⁵ Fan Fameng (樊法孟), « Essai sur l'acceptation des affaires civiles » (« 试论民事案件的受理 »), *Journal de l'Institut de droit et politique de Pékin* (北京政法学院学报), n°4, 1982, p. 36.

des droits substantiels défendus¹⁷³⁶. C'est pourquoi le législateur chinois a exigé que le demandeur ait un lien *direct* avec l'affaire tout en restreignant le champ d'intervention des autres acteurs qui ne peuvent que « soutenir » (支持) le plaideur¹⁷³⁷. Des exceptions existent au principe de l'intérêt direct chinois et de l'intérêt personnel français : le système français conçoit ainsi l'intervention de ministère public dans la sauvegarde de l'intérêt général¹⁷³⁸ ou l'intervention d'associations dans le cadre d'action de groupe¹⁷³⁹ et, depuis 2017, la Chine autorise le procureur à faire une demande en justice civile en cas de violation environnementale et de violation des intérêts des consommateurs¹⁷⁴⁰.

253. L'intérêt chinois, circonscrit à la violation d'un droit civil. Une autre raison, tirée de la lecture de la *Loi de procédure civile* peut être avancée. En Chine, le droit civil se considère dans une logique de réciprocité de droits et de devoirs¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ LPC, art. 15 : 机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为, 可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉. Le Ministère public peut se porter partie en matière de contentieux environnemental en l'absence de demande en justice déposée ; si une demande est déjà déposée, il peut soutenir l'action : LPC, art. 55, al. 2.

¹⁷³⁸ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 157 et s., n°197 et s. : en France, l'atténuation à l'exigence d'un intérêt personnel se retrouve également dans l'autorisation accordée à certaines autorités ou organisations professionnelles d'intervenir en matière économique pour défendre l'intérêt général et dans la possibilité offerte au contribuable de se substituer à la commune en matière de recouvrement de l'impôt.

¹⁷³⁹ Créée en France d'abord en matière de consommation par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », puis élargie en matière de discrimination, d'environnement, de santé et d'application de la loi informatique et liberté par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (art. 60). L'article 61 de ladite loi prévoit que le droit commun de l'action de groupe relève de la procédure civile (à l'exception, toutefois, des actions de groupes en matière de consommation, art. 92).

¹⁷⁴⁰ CPAPN, « Décision relative à la modification de la "loi de procédure civile" et de la "loi sur la procédure administrative" » (全国人民代表大会常务委员会关于修改 "中华人民共和国民事诉讼法" 和 "中华人民共和国行政诉讼法" 的决定) entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2017 portant modification des articles 55 de la LPC et 25 de la *loi sur la procédure administrative*. Avant 2017, le droit chinois ne prévoyait pas l'intervention du ministère public dans les procès civils. L'article 55 de la LPC autorise les organisations et groupements habilités en droit à agir en défense des intérêts environnementaux et des intérêts des consommateurs. Cette action, dénommée en chinois action d'intérêt public (公益诉讼) est expliquée en détail aux articles 284 à 291 de l'Interprétation rendue en 2015 par la Cour Suprême (Interprétation [2015] n°5). Depuis 2017, l'alinéa 2 permet au procureur d'intervenir directement dans ces deux matières sans action de la part des organismes habilités. En outre, un tiers au procès peut, selon l'article 56, al. 3 de la LPC, saisir un tribunal d'une demande en modification ou annulation d'une décision de justice civile s'il prouve que son contenu est erroné, partiellement ou totalement, et qu'il heurte ses droits et intérêts légaux.

¹⁷⁴¹ Qui s'illustre notamment dans l'objectif des *Principes Généraux de Droit Civil* (PGDC 1986), art. 1 et 2, repris dans les *Dispositions générales* du futur Code civil chinois aux articles 1 : « la présente loi est établie selon la Constitution pour protéger les droits et intérêts légaux des sujets civils (保护民事主体的合法权益), régler les relations civiles (调整民事关系), défendre l'ordre économique et social, s'adapter aux exigences du développement du socialisme aux caractéristiques chinoises et promouvoir les valeurs du socialisme » et 2 : « le droit civil régleme les relations patrimoniales et

Selon le principe affirmé à l'article 3 de la LPC, les tribunaux populaires qui statuent sur les contentieux civils *générés par une relation personnelle ou patrimoniale* entre des citoyens, personnes légales ou autres groupements appliquent la *Loi de procédure civile*. Cette dernière a pour objectif de protéger l'exercice des droits procéduraux des parties, de confirmer (au sens de reconnaître) les *relations* de droits et devoirs civils et, surtout, de protéger les intérêts *légaux* (合法) des parties¹⁷⁴². L'intérêt « direct » de l'article 119 de la LPC se concevrait dès lors dans une logique plus *relationnelle*, entendue comme l'intérêt né de la violation d'un devoir légal, qu'individuelle, entendue comme l'intérêt né de la violation d'une liberté¹⁷⁴³. Et, quand bien même l'intérêt direct serait strictement individuel, sa reconnaissance dépend de l'existence d'une violation d'un droit reconnu juridiquement.

Cette lecture de « l'intérêt direct » semble confirmée par différentes interprétations jurisprudentielles rendues par la Cour Suprême : tantôt, les juges le reconnaissent lorsque « *les droits et intérêts civils du demandeur ont été violés ou que ce dernier est dans un conflit avec le défendeur*¹⁷⁴⁴ », tantôt la Cour Suprême fait prévaloir la qualification de la partie (适格性) pour apprécier son lien avec l'affaire en cause, entendue comme le fait d'être sujet d'une relation juridique¹⁷⁴⁵. En 2014, la Cour Suprême précise que la partie directement intéressée par l'affaire doit s'entendre comme « *l'individu dont les droits et intérêt civils ont été violés ou qui est en conflit avec autrui et qui émet une demande en justice dans le but de protéger ses droits et intérêts civils*¹⁷⁴⁶ ». Or, les droits et intérêts civils font référence aux droits reconnus par la loi : le droit chinois parle ainsi de « droit et intérêts légaux¹⁷⁴⁷ », expression qui

extrapatrimoniales entre les citoyens, personnes morales et organisations non dotées de la personnalité juridique, considérés comme sujet de droit civil légaux [en droit] ».

¹⁷⁴² LPC, art. 2.

¹⁷⁴³ Encore que les deux peuvent être rapprochés : l'intérêt né de la violation d'une liberté individuelle suppose de démontrer également qu'un tiers a violé son devoir de respecter cette liberté : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 144, n°179.

¹⁷⁴⁴ Cao Yunji (曹云吉), « La constitution procédurale de la "partie" dans le système d'enregistrement » (« 立案登记制下“当事人”的程序构造 »), *État de droit et développement social* (法治与社会发展), vol. 137, n°5, 2017, p. 136 : « 有利害关系的原告应是指自己的民事权益受到侵害或者与他人发生争议的当事人 » (CPS, Civ., 2013 n°139).

¹⁷⁴⁵ *Ibid*, CPS, 2013 n°42.

¹⁷⁴⁶ *Ibid*.

¹⁷⁴⁷ « 合法权益 » en droit civil, il s'agirait des droits et intérêts civils (民事权益). V. Li Jianhua (李建华), Wang Guozhu (王国柱), « Discussion sur les droits et intérêts civils. La double reconnaissance par le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de l'objet protégé en droit civil » (« 论民事权益 — 民法保护对象的立法和司法双重确认 »), *Revue Juridique* (法学杂志), n°1, 2011, pp. 27-30. Les auteurs mettent en valeur trois caractéristiques des droits et intérêts civils (p. 28) : le droit civil est, dans sa

parsème la législation en matière privée. En outre, le fait que la Constitution chinoise ne soit pas une norme invocable devant le juge chinois et encore moins une norme utilisable par celui-ci¹⁷⁴⁸ confirme la circonscription des intérêts invocables devant le juges chinois aux intérêts reconnus par le législateur.

254. L'objectivisation des causes du procès civil. Par ailleurs, la Cour Populaire Suprême a listé, de manière exhaustive, les « causes¹⁷⁴⁹ » possibles de contentieux civils (民事案件案由), estimées à environ 424 dans la dernière notice de 2011 communiquée aux tribunaux populaires¹⁷⁵⁰. Il s'agit, selon la CPS, de trouver un équilibre entre un encadrement strict et réglementé des nouvelles causes de procès civil et l'adaptation nécessaire de la pratique judiciaire aux changements sociaux¹⁷⁵¹. Le problème se pose inévitablement lorsqu'un contentieux civil met en jeu des intérêts personnels *extra legem*, sans que celui-ci soit objectivement classé dans les catégories de procès¹⁷⁵² *juridiquement* reconnues¹⁷⁵³. Malgré les efforts fournis par la Cour Populaire Suprême pour actualiser les potentiels contentieux – une des causes principales de la publication de la notice de 2007 était la mise à jour des causes de contentieux par la prise en compte de la *Loi sur les droits réels* – il semble quelque

nature, une sorte d'intérêt légitime qui possède l'élément de juridicité (法律属性). Il doit, par ailleurs, être doublement reconnu dans la loi et par le judiciaire : la loi érige l'intérêt en règle de principe et le judiciaire a pour tâche de reconnaître son rôle, sa fonction.

¹⁷⁴⁸ *Supra* n°180 et s.

¹⁷⁴⁹ L'expression 案由 (*an'you*) signifie littéralement les raisons, les causes de l'affaire, entendues comme les catégories de procès.

¹⁷⁵⁰ Les premières listes en la matière ont été produites par la Cour Suprême chinoise en 2007, (Notice de la CPS relative à l'application de la « réglementation des causes des affaires civiles » (最高人民法院关于实施“民事案件案由规定”的通知), adoptée le 29 octobre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008) qui recensait 361 causes de procès ; la Cour Suprême a augmenté la liste en 2011 (Décision relative à l'amendement des « Règles sur les causes du procès civil », Interprétation [2011] n°41) qui dénombre, à l'heure actuelle, 424 grandes catégories de causes de procès.

¹⁷⁵¹ V. Propos introductifs de l'Interprétation [2011] n°41 : « *Notre précédente réglementation des causes de contentieux civils à visée expérimentale de 2001, a, depuis, démontré son rôle manifeste dans la facilitation de l'accès à la voie contentieuse pour les parties, dans la réglementation de l'enregistrement des affaires et de leur jugement et dans la répartition du travail au sein des tribunaux. Ces dernières années, au fur et à mesure des promulgations de nouvelles règles en matière civile, de nouvelles catégories de contentieux sont apparues dans l'activité juridictionnelle, ce qui nécessite de préciser, compléter et améliorer les causes de contentieux* ». (Et ce, notamment depuis la publication de la *Loi sur les droits réels* de 2007). http://www.fdi.gov.cn/1800000121_23_59603_0_7.html [dernière consultation le 22 février 2018].

¹⁷⁵² Sur l'absence de prise en compte de la notion d'intérêt (personnel) dans l'évaluation d'un nouveau contentieux, voir la très bonne analyse de Zhang Yi (张熠), « Respect ou mise à l'écart : "l'intérêt de la demande" comme complément des articles de loi relative à la procédure civile », (« 恪守抑或突破：“诉的利益”对民事诉讼法相关法条的补正 »), Site du tribunal du Jiangsu (江苏), mis en ligne le 22 janvier 2013, disponible à l'adresse : <http://www.jsfy.gov.cn/llyj/xslw/2013/01/22154658224.html> [dernière consultation le 2 février 2013].

¹⁷⁵³ Nous employons le mot « juridique » et non « légal » puisque les catégories de procès ont été listées par le pouvoir judiciaire et non le pouvoir législatif.

peu irréal – voire utopique – qu’un système juridique puisse régler exhaustivement l’ensemble des phénomènes sociaux – ou plutôt en Chine, l’ensemble des *relations* sociales.

Il ne fait aucun doute que l’admission ou non d’un intérêt légal et non seulement légitime (au sens d’intérêt personnel, né et actuel) comme fondement de l’existence de la demande en justice influence l’encadrement de l’accès au juge par les justiciables, ce qui résulte, plus largement, d’un choix de politique juridique. Malgré la détermination affichée par les autorités pékinoises de démocratiser le recours au juge et l’accès à la justice¹⁷⁵⁴, ces dernières restent méfiantes sur la question des nouveaux types de contentieux. Dans une information publiée en 2010 sur le site du tribunal supérieur de la province du Zhejiang¹⁷⁵⁵ est expliquée la méthode d’évaluation des nouveaux contentieux, basée sur la classification effectuée par la CPS. Le tribunal met surtout en garde contre les demandes en justice dont l’objet est en dehors de la liste des catégories de contentieux civils et qui seraient qualifiées de « contentieux autres » (其他纠纷) : non seulement cette pratique viole l’interprétation rendue par la CPS en la matière, mais elle n’avantage pas les statistiques judiciaires...

L’acception chinoise de la notion d’intérêt dans la demande en justice rapproche le droit chinois, dans une certaine mesure, des restrictions au droit d’agir adoptées par le juge européen¹⁷⁵⁶. Paradoxalement, l’exigence d’un droit invocable pour apprécier la recevabilité d’une demande en justice tend à confondre l’appréciation de sa recevabilité avec celle du fond du litige et certains auteurs chinois réclament, au titre des conditions de recevabilité de la demande en justice, que lui soit substituée la

¹⁷⁵⁴ V. Le discours issu de la 4^{ème} session du XVIII^{ème} Comité central d’octobre 2014 (« Décision sur les questions essentielles de la promotion de l’État de droit » (中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定), préc.) qui affirme la nécessité de transformer le système d’introduction des demandes en justice, d’un système d’examen (立案审查) à un système d’enregistrement (案登记制). « Les affaires doivent être enregistrées, les demandes doivent être traitées et l’action en justice des parties doit être protégée » (做到有案必立, 有诉必理, 保障当事人诉权). Pour une analyse critique de cette déclaration de principe : Zhang Weiping, « Repenser et reconstruire le système d’acceptation des affaires civiles » (« 民事案件受理制度的反思与重构 »), *Studies in law and business*, (法商研究), vol. 167, n°3, 2015, p. 4.

¹⁷⁵⁵ « Réponse de la chambre d’enregistrement du tribunal supérieur de la province du Zhejiang sur les nombreuses questions relatives à l’enregistrement des affaires (II) », (浙江省高院立案庭关于审查立案若干问题的解答 (二)), du 15 décembre 2010. Cette notice d’information est une réponse reprenant les diverses questions adressées par les tribunaux populaires chinois sur les difficultés rencontrées au moment de l’enregistrement des demandes en justice.

¹⁷⁵⁶ CEDH, 21 février 1986, *James c/ Royaume-Uni* ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 124, n°154.

condition d'intérêt du procès (诉的利益)¹⁷⁵⁷. Plus largement, le système d'enregistrement de la demande tel que modifié par la Cour Suprême en 2015 est loin de faire l'unanimité chez les auteurs chinois qui plaident en faveur de l'intégration de l'appréciation des conditions de recevabilité de l'action en justice dans l'instance au fond ou, en tout cas, une fois l'instance ouverte.

b) *L'exigence d'une prétention concrète (具体请求权)*.

255. L'héritage allemand. En droit chinois, la violation des droits ou intérêts civils donne lieu à une prétention (*qingqiu quan* : 请求权) de la part de l'individu lésé¹⁷⁵⁸ qui est une des conditions de recevabilité de la demande en justice¹⁷⁵⁹. Officiellement, le concept chinois *actuel*¹⁷⁶⁰ de prétention résulterait de l'héritage de la doctrine allemande du XIX^e siècle spécialisée en droit romain. En effet, Savigny (en chinois 萨维尼), et son collègue Bernhard Windscheid (温德沙伊德) sont presque systématiquement repris par la doctrine chinoise pour expliquer les concepts de prétention et d'action (诉权). Selon le premier auteur allemand¹⁷⁶¹, l'action prend sa source dans le droit substantiel subjectif (权利); elle est une espèce de « potentialité » (权能) qui naît de la violation du droit substantiel subjectif¹⁷⁶². L'auteur pandectiste voyait ainsi dans l'action en justice « une métamorphose du droit subjectif¹⁷⁶³ ». En revanche, le second auteur a, quant à lui, extrait la notion de

¹⁷⁵⁷ Cao Yunji, préc., p. 133 : « l'intérêt du procès » se concevrait comme revêtant un caractère nécessaire (必须性) (le juge doit-il ou non mettre fin au différend par une décision de justice) et comme ayant des conséquences effectives (实行性) (l'intervention du juge peut-elle mettre fin, en pratique, au conflit ?). Ce critère (non consacré dans la loi) serait utilisé dans la pratique judiciaire pour permettre à une partie de faire une demande en justice civile à l'égard d'un individu tiers à sa relation juridique.

¹⁷⁵⁸ Liang Yicui (梁宜翠), sous la direction du Pr. Zhang Dongming (张东明), *Analyse de l'action en science du droit*, (诉权的法理学分析), Mémoire de fin de 2^e cycle, Université de Huabei, 2012, p. 26 : le concept de droit « individualisé » (权利) que l'on comprend en France par droit subjectif, n'est pas le produit de l'évolution naturelle de la culture juridique chinoise mais a été importé en Chine depuis l'Occident au moment de la transition de l'ère impériale à l'ère républicaine. La théorie des droits et intérêts civils suppose que chaque droit invoqué soit légalement identifié.

¹⁷⁵⁹ LPC, art. 119.

¹⁷⁶⁰ Pourtant, la notion de prétention (请求权) existait en effet déjà à l'époque impériale : *Supra* n°233

¹⁷⁶¹ Les explications qui suivent reflètent la compréhension des thèses allemandes *par les auteurs chinois*.

¹⁷⁶² Zhan Hui (詹晖), « Analyse sur la nature de la prétention » (« 关于请求权性质的辨析 »), *Faxue Luncong* (法学论丛), vol. 493, n°9, 2014, p. 75.

¹⁷⁶³ Henri Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice » [1964], *In Écrits. Études et notes de procédure civile, op.cit.*, p. 87. C'est notamment cette « thèse subjectiviste » de l'action que Motulsky pourfend.

prétention – entendue comme droit civil substantiel, *Anspruch* – de celle de l’action pour en faire un concept indépendant. Le Code civil allemand aurait intégré le concept de prétention de Windscheid et le Code de procédure civile allemand celui d’action de Savigny¹⁷⁶⁴. Quoiqu’il en soit, cette notion allemande de prétention doit, en outre, s’entendre de manière duale. Elle regroupe, d’un côté, les droits subjectifs (selon la qualification française) qui ont pour objet exclusivement le fait de pouvoir exiger « une action matérielle ou juridique, ou au contraire, une abstention¹⁷⁶⁵ » de la part d’autrui. D’un autre côté, cette prétention n’est pas restreinte à la seule obligation de droit substantiel puisqu’elle désigne, également, la prérogative d’une personne d’exiger, judiciairement, le respect de sa prétention. « Le concept de prétention du [d]BGB désigne donc à la fois une position juridique de droit matériel et son prolongement procédural¹⁷⁶⁶ ». Or, c’est cette conception duale de la prétention qui a été reprise en droit chinois¹⁷⁶⁷ (à défaut d’avoir consacré celle d’action) : la prétention chinoise fait ainsi référence à l’obligation substantielle (mécanisme de responsabilité) *et* à la condition de revendication d’un droit¹⁷⁶⁸.

À ce titre, il n’est donc pas étonnant que le principal reproche adressé par les auteurs chinois aux théories françaises de l’action réside dans l’absence de la notion de *prétention*¹⁷⁶⁹. La « prétention » mentionnée à l’article 30 du Code de procédure civile est en effet utilisée pour apprécier le fond de l’action et ne conditionne pas, en principe¹⁷⁷⁰, son existence. En Chine, la prétention, en tant que revendication d’un

¹⁷⁶⁴ Zhan Hui, préc., p. 75

¹⁷⁶⁵ Stéphane Prigent, « Le dualisme dans l’obligation », *RDT Civ.* 2008, p. 401.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Sur l’évolution du concept d’action appréhendée par les auteurs chinois : Duan Housheng (段厚省), Guo Zongcai (郭宗才), « Recherche sur la relation entre la prétention civile et l’action civiliste » (« 民法请求权与民事诉权之关系考察 »), *Hebei Law science*, vol. 27, n°10, oct 2009, pp. 178-182 ; Zhan Hui, préc., pp. 75 et s. ; Yang Guoxing (杨国兴), He Yulong (何育龙), « Discussion sur les relations entre la prétention de droit civil et l’action » (« 论民事请求权与诉权的关系 »), *État de droit et société* (法治与社会), 2014, n°4, pp. 20-21.

¹⁷⁶⁸ Yang Guoxing, He Yulong, préc., p. 20 : la prétention désigne ainsi, le « *droit de produire une requête [...] c’est le droit d’une personne à l’encontre d’une autre d’exiger certaines choses* » « 他认为请求权是指：“法律上有权提出的请求，也即请求的权利某人向他人要求一些东西的权利” ».

¹⁷⁶⁹ Yang Ming (扬明), « Le système de droits civils, de prétentions et des voies de recours en matière privée » (« 请求权、私权救济与民事权利体系 »), *Recherches de droit comparé* (比较法研究) 2007, n°4, pp. 64-77 ; pour la doctrine chinoise, la France aurait adopté le concept de l’action romaine en traitant de manière égale le droit substantiel et l’action et aurait développé son droit procédural de manière autonome. Il est vrai que la prétention, si elle est mentionnée dans le Code de procédure civile, n’est pas réglementée en procédure ; quant au Code civil français, il s’attache aux droits subjectifs mais non à leur revendication : Yang Guoxing, He Yulong, préc., p. 20.

¹⁷⁷⁰ Pour Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, en revanche, la distinction entre droit et action connaît certaines limites, la première étant qu’il n’y a pas, comme en Chine justement, de découpage chronologique entre l’examen de la recevabilité de l’action et son examen au fond dans le cas d’une fin

droit violé, semble être la condition objective de l'existence de la demande en justice. Il est impératif de la distinguer de son homonyme de droit substantiel.

256. La prétention de droit substantiel. Une certaine confusion peut naître des deux acceptions, substantielle et procédurale, accordées à la notion chinoise de prétention. En droit civil substantiel, la prétention constitue un droit civil à part entière qui, accompagné du droit de disposer (支配权)¹⁷⁷¹, du droit « potestatif » (形成权)¹⁷⁷² et du droit de contester (抗辩权, qui est le corollaire de la prétention), forment ensemble le système de base des droits civils¹⁷⁷³. Le droit de disposer et le droit potestatif sont des créations récentes, importés des systèmes étrangers. Le pouvoir de disposer a été consacré par la *Loi sur les droits réels* de 2007 et s'applique en matière de droit réel, de droit de la propriété industrielle mais également en matière de droit de la personnalité¹⁷⁷⁴. Opposable *erga omnes*, le pouvoir de disposer fait généralement l'objet d'une action en reconnaissance¹⁷⁷⁵. Quant au droit potestatif, il est, lui aussi, la traduction d'un autre produit importé d'Allemagne : *Gestaltungrecht*. Il permet à une personne de créer, modifier ou annuler, selon sa propre volonté, une relation civile généralement envisagée dans la sphère contractuelle¹⁷⁷⁶. Seul le régime de la prétention (insécable du droit de s'y opposer pour la partie adverse) qui repose

de non-recevoir soulevée pour défaut du droit d'agir (articles 122 et 123 CPC) ; de plus, la notion d'intérêt légitime énoncée à l'article 31 dudit Code exigée pour apprécier l'existence de l'action serait « superflue et dangereuse ». Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, pp. 262-264, n°317-318.

¹⁷⁷¹ *Loi sur les droits réels* entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, art. 2, al. 3 : « *Ce que la présente loi considère comme droits réels fait référence aux droits exclusifs de disposer directement d'un bien déterminé selon la loi ; ils incluent la nue-propriété (所有权), l'usufruit (用益物权) et le droit de gage (担保物权)* ».

¹⁷⁷² Le droit potestatif peut se traduire comme « un droit par lequel son titulaire peut influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles, au moyen d'une activité proprement unilatérale » (Stéphane Prigent, préc.) ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 113- 114 n°139-140, le droit potestatif rejoint cette définition : « pouvoir de modifier par un acte unilatéral une situation juridique incertaine » (les auteurs rejettent l'assimilation de l'action au droit potestatif) ; en Chine, l'action en nullité est considérée comme un droit potestatif. V. *Loi sur les contrats*, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1999, art. 54 : « *une partie a le droit de demander au tribunal ou à l'organe arbitral la modification ou la nullité (撤销) du contrat dans les cas suivants : (1) le contrat a été conclu en raison d'une erreur importante (2) la conclusion du contrat est manifestement déséquilibrée [...]* ». Selon l'article 55 de ladite loi, l'action en nullité du contrat est soumise à un an à compter du jour où la cause de nullité est connue ou aurait dû être connue par la partie qui l'invoque.

¹⁷⁷³ Les droits civils sont distingués selon leur fonction. Zhan Hui (préc., p. 77) qualifie cette catégorie de droit civil de « dynamique » (动态权利) qui sont indissociables des droits civils statiques (静态权利).

¹⁷⁷⁴ Comme le droit au nom, à l'honneur...

¹⁷⁷⁵ *Loi sur les droits réels*, art. 33 et 37.

¹⁷⁷⁶ Stéphane Prigent, préc. Il cite l'exemple du droit de préemption, du droit de choisir dans l'obligation alternative...

sur le mécanisme de responsabilité civile servait donc de régime de droit commun en matière de revendication d'un droit, d'où son importance constatée dans la doctrine chinoise. Ainsi envisagée, la prétention en droit chinois substantiel doit être assimilée à un des deux aspects du rapport d'obligation, la créance, dont l'exécution peut être demandée sans avoir nécessairement recours au pouvoir judiciaire¹⁷⁷⁷. Elle se distingue ainsi de la prétention inscrite dans la demande en justice qui se rapproche de celle prévue à l'article 30 du CPC français.

257. La prétention née de la violation d'un droit civil. La nature et le contenu de la prétention – de droit « procédural » pour la distinguer du droit substantiel – invoquée dans une demande en justice sont fonctions de la nature des droits revendiqués à l'encontre d'autrui : il peut s'agir d'une prétention de droit réel¹⁷⁷⁸ (qui naît de la violation de celui-ci¹⁷⁷⁹), de droit extrapatrimonial¹⁷⁸⁰, d'une prétention née d'un rapport d'obligation (comme l'inexécution d'une créance)... La liste ne peut être exhaustive compte tenu de la nature nécessairement relative de la prétention. Ainsi, seule cette dernière est sujette à prescription extinctive¹⁷⁸¹ qui n'a d'effet, d'ailleurs, qu'en matière d'obligation¹⁷⁸² (soit en cas de responsabilité délictuelle, contractuelle, d'enrichissement sans cause, de gestion d'affaire ou de faute dans la conclusion du contrat). Il convient d'insister sur le fait que la prescription ne conduit pas à

¹⁷⁷⁷ Yang Guoxing, He Yulong, préc., p. 21.

¹⁷⁷⁸ « Essai sur l'application du régime de prescription contentieuse sur la prétention de droit réel » (« 论物权请求权的诉讼时效制度适用 »), disponible sur le site internet du tribunal supérieur du Jiangsu (江苏), 2013. L'action en droit réel n'était pas traitée de manière indépendante avant la loi de 2007 et faisait partie des actions en responsabilité.

¹⁷⁷⁹ Et se distingue, ainsi, de la prétention en reconnaissance du droit réel.

¹⁷⁸⁰ *Loi sur la responsabilité délictuelle* (中华人民共和国侵权责任法), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010, art. 2, al. 2 : ce que la présente loi appelle droits et intérêts civils désigne les droits extrapatrimoniaux et patrimoniaux tels que droit à la vie (生命权), le droit à la santé (健康权), le droit au nom (姓名权), le droit à la réputation (名誉权), le droit à l'honneur (荣誉权), le droit à l'image (肖像权), le droit à la vie privée (隐私权), le droit à la liberté de mariage (婚姻自主权), le droit à la protection (监护权), le droit de propriété (所有权), le droit d'usufruit (用益物权), le droit de gage (担保物权), le droit d'auteur (著作权), le droit de breveter (专利权), le droit d'usuer d'une marque (商标专用权), le droit de découvrir (发现权), le droit d'actionnariat (股权), le droit d'hériter (继承权) etc. ; l'article 3 octroie aux personnes titulaires de tels droits civils violés la prétention en responsabilité délictuelle.

¹⁷⁸¹ « Règles de la Cour Suprême relative aux nombreuses questions concernant le régime de prescription applicable dans les affaires civiles » (最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定), 21 août 2008 (Règle [2008] n°11), art. 1. La prescription n'existant qu'en matière d'obligation, elle exclue également toute prescription acquisitive en matière de propriété.

¹⁷⁸² *Ibid.*

l'abolition du droit civil initial¹⁷⁸³ mais tend seulement à en faire cesser sa protection judiciaire¹⁷⁸⁴.

Dans tous les cas, la prétention invoquée dans la demande en justice naît d'une base normative. Comme l'explique Qi Quanming, lorsqu'une partie, sujet civil, défend une certaine prétention, elle s'appuie nécessairement sur un évènement factuel mais aussi (et surtout) sur une source de droit¹⁷⁸⁵. Cette référence juridique correspond à la réglementation portant sur chacun des droits civils concrets et aux règles de la responsabilité civile. Autrement dit, en termes français, ces droits civils concrets (具体民事权利) constituent nos droits subjectifs dont leur « source de droit » provient du droit objectif. Et la prétention chinoise inscrite dans la demande en justice fait donc référence à la violation de ce droit subjectif substantiel¹⁷⁸⁶. Dès lors, on peut rapprocher les explications données par l'auteur chinois de celles offertes par Henry Motulsky :

[Qi Quanming] : « *les règles juridiques sont composées de trois parties : l'hypothèse (假定条件), le modèle comportement et le résultat juridique. Une règle de droit complète doit comporter ces trois éléments simultanément pour pouvoir devenir la base de la prétention* ». (« 法律规范作为法的三大构成要素之一，其基本的逻辑构成有假定要件，行为模式和法律后果构成。（…）一个完整的法律规范必须同时具备这三十个要素才能成为请求权的基础¹⁷⁸⁷ »)

[Henri Motulsky au sujet des droits subjectifs] : « Mais ce que je crois, c'est que l'on ne devrait appeler, dans la terminologie juridique, droit subjectif que ce que la règle de Droit reconnaît comme tel. Or, [...] il faut s'en rapporter à la structure de la règle de Droit, [...] parce que, une fois construite, toute règle de droit se compose, [...]

¹⁷⁸³ Par exemple, selon l'article 138 des PGDC de 1986 (nouvel art. 192 des *Dispositions générales* du Code civil chinois) la prescription de la prétention transforme son droit substantiel en obligation naturelle.

¹⁷⁸⁴ Cette règle est impérative et ne peut être aménagée par les parties. Sur les délais de prescription, *Supra* n°115 ; *Dispositions générales* du Code civil, art. 188 et s., le délai prescriptif de droit commun est de trois ans.

¹⁷⁸⁵ Qi Quanming (祁全明), « Introduction à la prétention et aux méthodes d'analyses fondamentales » (« 略论请求权以及基础分析方法 »), *Tribune juridique* (法学论坛), vol. 121, 2015 n°1, p. 17.

¹⁷⁸⁶ Nicolas Cayrol, « Action en justice », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, sept. 2017, Section 3 – droit comparé, n°33 : « Selon nos catégories, la "prétention" serait donc un droit subjectif. Mais les Allemands distinguent ces deux notions qui sont pour eux diversement complémentaires : à un droit subjectif peut correspondre une ou plusieurs prétentions, comme il peut y avoir une prétention là où il n'y a pas de droit subjectif ».

¹⁷⁸⁷ Qi Quanming, préc., p. 18.

d'une "présupposition" suivie d'un "effet juridique" lequel correspond à l'impératif de la règle de Droit. [...] La faculté de déclencher à son profit l'impératif de la norme : c'est cette faculté que traduit la notion juridique de droit subjectif¹⁷⁸⁸ ».

La différence terminologique influence-t-elle le contenu de l'action en justice ? En droit chinois, la prétention naît de la violation d'un droit subjectif nécessairement prévu par le droit objectif ; dans la vision française, seule l'invocation d'un droit subjectif, entendue comme la faculté de déclencher le caractère impératif de la règle de droit à son profit suffit. Mise à part le fait qu'en France, la conception plus libérale de l'intérêt dans l'action permet d'invoquer une violation de sa *liberté* sans que celle-ci ne constitue nécessairement un droit subjectif¹⁷⁸⁹, la notion chinoise de prétention semble répondre à une même logique, cependant circonscrite à un droit prévu par la loi. La prétention chinoise forme donc l'intermédiaire, le « maillon », entre le droit substantiel et la protection judiciaire¹⁷⁹⁰ et, en tant que condition de recevabilité de la demande en justice conditionne, plus largement, l'accès au tribunal. Ce point n'est pas sans poser problème par rapport à la structuration de la phase introductive d'instance.

258. L'appréciation de la prétention comme condition de recevabilité de l'action en justice. Si les critiques françaises et chinoises concernant l'appréciation d'une demande en justice ont en commun de se concentrer, généralement, sur l'exigence requise d'un *intérêt*, le droit chinois est également critiqué en ce qu'il érige l'existence d'une prétention *concrète* au niveau des conditions de recevabilité. (Il est à noter, au passage, que prétention et intérêt en droit chinois sont étroitement liés dans la majorité des cas¹⁷⁹¹, celui-ci provenant de celle-là). Pour Zhang Weiping, le problème réside moins dans l'exigence d'une prétention que dans la phase dans laquelle elle est appréciée¹⁷⁹². Il considère en effet que la phase du régime introductif

¹⁷⁸⁸ Henri Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *In Écrits. Études et notes de procédure civile, op.cit.* p. 90.

¹⁷⁸⁹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 108, n°132.

¹⁷⁹⁰ Yin Jing, *op.cit.*, p. 11 : « La prétention n'existe que pour réaliser ou secourir un droit substantiel » (请求权只是为实现或救济实体性权利而存在). En tant que « droit de recours » (救济权) la prétention constitue l'intermédiaire entre le droit subjectif violé et l'action qui vise à lui offrir une protection judiciaire.

¹⁷⁹¹ À l'exception toutefois de la possibilité offerte aux tiers de participer au procès lorsqu'ils n'ont pas de prétention directement en lien avec l'affaire mais dont la décision de justice est susceptible de les intéresser : LPC, art. 56, al. 2 et 3.

¹⁷⁹² Zhang Weiping (张卫平), « Les conditions de la demande en justice et les conditions du jugement au fond » (« 起诉条件与实体判决要件 »), *Chinese Journal of Law (法学研究)*, n°6, 2004, pp. 58-

d'instance – à l'issue seulement de laquelle débute l'instance, sous réserve de l'acceptation de la demande en justice par la chambre d'enregistrement – implique un contrôle des « conditions du fond » de la demande. Ainsi, le juge d'enregistrement doit vérifier la validité de la prétention au regard, notamment, de la compétence de juridiction, de la qualité des parties, de l'absence de délai de prescription, de l'absence de clause d'arbitrage etc.¹⁷⁹³. *A contrario*, ces aspects sont, en droit français, des causes de fin de non-recevoir qui doivent être soulevées en principe par les parties¹⁷⁹⁴ mais elles ne permettent pas de juger le fond de la demande. Aussi, la qualification par l'auteur de ces critères en « conditions de fond¹⁷⁹⁵ » témoigne de l'inexistence d'un régime de recevabilité de l'action en justice comparable au système français. Cela vient, sans doute, de l'inexistence légalement consacrée, en droit chinois, de la notion d'action¹⁷⁹⁶.

En Chine, les conditions dites formelles et les conditions dites matérielles (de recevabilité) de la demande en justice ne sont pas distinguées et font l'objet d'un examen préalable à l'instance, à la seule initiative du juge, sans que les parties ne puissent être entendues¹⁷⁹⁷. Le problème peut se poser lorsque la prétention invoquée dans une demande en justice ne peut être prouvée. Ainsi, dans un affaire assez connue en Chine¹⁷⁹⁸, le demandeur, Dong Yanbin (董延斌), saisit le tribunal populaire du

68 ; du même auteur, « Repenser et reconstruire le système d'acceptation des affaires civiles », préc., pp. 3-15.

¹⁷⁹³ Zhang Weiping, « Repenser et reconstruire le système d'acceptation des affaires civiles », préc., pp. 4-5.

¹⁷⁹⁴ Code de procédure civile français, art. 122 (définition de la fin de non-recevoir), art. 123 (possibilité de soulever les fin de non-recevoir en tout état de cause), art. 125 (la fin de non-recevoir est soulevée d'office par le juge si elle revêt un caractère d'ordre public).

¹⁷⁹⁵ Zhang Weiping, « Les conditions de la demande en justice et les conditions du jugement au fond », préc., p. 60 : « *Les procédures civiles étrangères n'ont pas ces conditions de la demande en justice propres à la Chine. À l'étranger, la procédure contentieuse en matière civile commence avec la demande en justice du demandeur, comme s'il n'y avait aucune condition relative à la demande. Si l'on admet certaines conditions, c'est le fait que la demande en justice doive être adressée au tribunal, qu'elle comporte l'identité des parties et de leurs représentants, ainsi que le but et les causes de la demande. Mais ce sont des exigences formelles* ».

¹⁷⁹⁶ L'action en tant que concept juridique général n'est pas explicitement reconnue par la *Loi de procédure civile* chinoise contrairement au droit français (CPC, art. 30). La notion d'action a pourtant été théorisée par la doctrine chinoise, utilisée dans les projets politiques de réformes judiciaires et se retrouve également dans certaines décisions de justice.

¹⁷⁹⁷ Sur les problèmes que soulève la phase d'enregistrement au regard du respect du principe du contradictoire, V. Zhang Weiping, « Repenser et reconstruire le système d'acceptation des affaires civiles », préc., p. 7. L'examen portant sur la recevabilité de la demande pour être enregistrée n'introduit pas l'instance et est conduit par le juge seulement. L'auteur regrette que les parties, à cette étape, n'aient pas l'occasion de formuler leur avis sur la demande en justice.

¹⁷⁹⁸ Exemple tiré de l'article de Zhang Yi (préc.) ; V. aussi, Liu Nanping, Liu Michelle, *op.cit.*, p. 307. Cet exemple est repris par les auteurs pour critiquer les critères énoncés à l'article 119 (3) de la LPC. Ils considèrent notamment que l'exigence imposée au demandeur d'établir l'existence des faits

quartier de Xicheng (Pékin) d'une demande de reconnaissance de la violation de son « droit à un échange équitable » (公平交易权) et de son « droit à l'information » (知情权, litt. « droit à connaître la vérité ») à la suite du visionnage du film « Lust, caution » censuré en Chine. Le premier grief invoqué vise directement le bureau des médias chinois, au motif que ces derniers n'ont pas instauré de système de gradation permettant d'apprécier le contenu et la qualité des films. Mais, le demandeur étant dans l'impossibilité de rapporter la version intégrale du film, c'est-à-dire de prouver la base objective et factuelle de sa prétention, le tribunal a refusé d'accepter la demande en justice. Concernant le second grief dirigé cette fois contre la salle de cinéma, le tribunal reconnaît l'existence d'un intérêt dans la demande, né de la relation commerciale entre Dong Yabin et la salle de cinéma. Cette relation commerciale permettait d'intégrer l'intérêt violé dans la catégorie de violation du « droit d'échange équitable du consommateur¹⁷⁹⁹ », qui constitue donc la base juridique de la prétention. Cet exemple témoigne des risques de détournement du système de filtrage des demandes en justice vers un système de restriction de l'accès au juge.

259. La protection du recours au juge via la consécration de la notion d'action ? Qu'il s'agisse de préserver la stabilité sociale ou de ne pas succomber à l'extrême libéralisation de l'action en justice, le législateur chinois a donc imposé des conditions strictes à la demande en justice : par l'instauration d'un premier filtrage exercé par la chambre d'enregistrement, celle-ci régule inévitablement le nombre de d'affaires jugées au fond¹⁸⁰⁰. Cette logique pragmatique de gestion des flux se heurte toutefois à la nécessité d'un accès à la justice consacré et protégé. Aussi, pour résoudre les « difficultés de la demande en justice¹⁸⁰¹ » (起诉难), certains auteurs

minimums au fondement de leur demande en justice constitue une entrave à l'accès à la justice : « *Because neither the legislature nor the Supreme People's Court accurately defines the scope of acceptance for the courts, deciding what constitutes "unclear facts" is inherently subjective, leaving the court ample room for manipulation* » (p. 306).

¹⁷⁹⁹ Mais, parce que la salle de cinéma a projeté le film selon les règles en vigueur sur le territoire chinois, la demande en justice ne pouvait être fondée, d'autant plus qu'elle ne pouvait être prouvée.

¹⁸⁰⁰ Xu Shanghao, préc. [en ligne] : théoriquement, c'est à la chambre d'enregistrement de décider des conflits sociaux susceptibles ou non d'être érigés en contentieux juridiques, ce qui se traduit par la notion de « *kesuxing* » (可诉性, litt. « le potentiel à être érigé en contentieux juridique »). Elle doit être distinguée de la notion dite « *keshenxing* » (可审性) qui fait référence à la potentialité de la demande en justice d'être jugée au fond.

¹⁸⁰¹ Cette expression est consacrée en doctrine pour désigner justement les difficultés d'accès au tribunal par le justiciable : Zhang Weiping, « Les difficultés de la demande en justice : réflexion sur un

chinois arguent en faveur d'une distinction plus nette du contrôle effectué par la chambre d'enregistrement : un premier contrôle ne porterait que sur le potentiel de la demande à être érigée en action (contrôle strictement formel), alors qu'un second ne se pencherait que sur la potentialité de l'affaire à être jugée au fond (contrôle de recevabilité « à la française »)¹⁸⁰². À ce stade, la recevabilité établie de la demande en justice ne devrait pouvoir être remise en cause ultérieurement par le juge¹⁸⁰³. La proposition de réduire le contrôle de la chambre d'enregistrement à un simple contrôle formel et de situer l'appréciation de la recevabilité de la demande en justice une fois l'instance ouverte est également avancée par d'autres auteurs¹⁸⁰⁴.

Enfin, une doctrine plus radicale défend l'idée de constitutionnaliser la notion d'action (诉权). Si cette dernière n'est pas mentionnée dans la loi, elle n'en reste pas moins un objet universitaire de prédilection¹⁸⁰⁵. La définition chinoise de l'action qui est majoritairement admise est la suivante :

« Le droit d'une partie qui possède une prétention d'en exiger la protection judiciaire auprès de l'État ; c'est une sorte de prétention demandant au juge d'exercer son pouvoir juridictionnel, c'est une sorte de droit à valeur constitutionnelle que possèdent, de manière égale, les citoyens¹⁸⁰⁶ ».

problème chinois » (« 起诉难：一个中国问题的思考 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), n°6, 2009, pp. 65-76 ; Cao Yunzhi, préc., p. 130, qui constate l'entrave à l'accès au juge.

¹⁸⁰² Xu Shanghao, préc. [en ligne] : « 从这个角度讲，登记立案制下的立案审查分为两个步骤，一是登记前登记要件的审查，审查诉状是否符合登记要求；二是登记后即立案后审理要件的审查，审查登记所立之案是否为真正的可审案件 » ; V. aussi, Xu Weiping (徐卫平), « Comment comprendre correctement le système d'enregistrement des affaires » (« 怎样正确理解立案登记制 »), *Gazette des tribunaux populaires* (人民法院报), 1er juin 2005, disponible à l'adresse : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2015-06/01/content_98428.htm?div=-1 [dernière consultation le 15 novembre 2015].

¹⁸⁰³ Cette suggestion n'est pas de droit positif puisque le magistrat peut, à tout moment s'il constate que la demande en justice ne respecte pas les conditions énumérées par l'article 119 de ladite loi, prononcer une ordonnance de rejet. Sur la distinction entre l'ordonnance de refus (不予受理) et l'ordonnance de rejet (驳回) : *Supra* n°251.

¹⁸⁰⁴ Zhang Weiping, « Repenser et reconstruire le système d'acceptation des affaires civiles », préc., pp. 10 et s. ; c'est également un des objectifs du plan quinquennal judiciaire (2013-2018) communiqué par la Cour Suprême chinoise (Interprétation [2015] n°3, III, (1), n°17).

¹⁸⁰⁵ Yin Jing (尹静), *Recherche sur les conflits de prétentions* (请求权冲突研究), sous la direction du Pr. Tian Tucheng (田土城), présenté le 1^{er} mai 2004, Université de Zhengzhou.

¹⁸⁰⁶ « 诉权是指当事人享有的请求权国家给予民事诉讼保护的權利，是一种向法院行使的请求权，是国民平等享有的一种宪法权利 », Qi Quanming, préc., p. 16 ; Zhan Hui, préc., p. 78 : « *l'action est le pouvoir d'exiger du juge, par l'exercice de son pouvoir juridictionnel, la protection de ses droits et de ses intérêts civils ou de résoudre un différend portant sur la violation d'un droit civil fondamental ou ayant généré un conflit avec autrui* » (« 诉权是指基于民事权益受到侵犯或与他人发生争议，请求法院行使审判权保护民事权益或解决民事纠纷的權利 »).

Ainsi, l'action servirait à protéger la prétention¹⁸⁰⁷ : celle-ci précède celle-là, puisque l'action ne serait que la manifestation procédurale de la prétention¹⁸⁰⁸. À l'instar du droit français, « l'action [chinoise] est le droit créé lorsque la prétention est soumise au juge¹⁸⁰⁹ ». L'action chinoise est très souvent présentée en doctrine dans son sens purement procédural¹⁸¹⁰ pour désigner le droit de recours : elle est un droit accordé par l'État¹⁸¹¹ au justiciable qui peut exiger la protection judiciaire de sa prétention. Comme en Allemagne, où l'on a compris la sanction judiciaire comme étant une « réalité substantielle distincte de l'intérêt particulier auquel prétendent les plaideurs¹⁸¹² », la « philosophie procédurale chinoise » consacre, ou plutôt aimerait consacrer, ce droit d'accès au juge au niveau constitutionnel par la notion d'action¹⁸¹³.

La mise en exergue de cette phase préalable à l'instance et destinée à apprécier la recevabilité de l'action doit conduire à une première constatation : le procès chinois n'est pas seulement la chose des parties. Si ces dernières ont l'initiative de la demande, celle-ci doit être appréciée par la chambre d'enregistrement pour être transmise aux magistrats. Cette distinction organique n'est pas aussi radicale en France, puisque le greffier ne peut refuser l'enregistrement d'une demande en justice, quand bien même elle serait irrecevable et mal fondée. En réalité, ce point de procédure n'est que la manifestation d'une divergence de taille entre le système procédural français et chinois, reflétée, très largement, dans les pouvoirs accordés au juge. Rappelons que du point de vue politique, l'organisation des sources de droit chinoises combinée à la

¹⁸⁰⁷ Shi Shangkuan (史尚宽), cité dans Yang Guoxing, He Yulong, *op.cit.*, p. 20.

¹⁸⁰⁸ Qi Quanming, préc., p. 17. L'action chinoise serait donc à rapprocher, dans une certaine mesure, du droit d'être entendu par le tribunal allemand (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) lorsqu'elle n'est envisagée que du seul point de vue procédural. L'action chinoise serait ainsi garantie, d'une part, par un élargissement de la protection judiciaire des prétentions (qui s'est traduit, en 2012, par la suppression de la médiation obligatoire (LPC, art. 122) et par la création d'une procédure pour les litiges de faible montant (LPC, art. 162)) et, d'autre part, par le développement du régime des actions des tiers (LPC, art. 56), supposé contribuer à l'exigence d'une procédure plus « équitable » (公证程序请求权). V. Liu Xiao (刘肖), « Protéger l'action : l'idée directrice de l'amendement de la "Loi de procédure civile" », (« 诉权保障：“民事诉讼法”修改的重要理念 »), *Vision juridique* (法制视点), 2013 n°6, p. 55.

¹⁸⁰⁹ Yang Guoxing, He Yulong, *op.cit.*, p. 21 : « 诉权只是请求权在当事人向法院提起诉讼时才产生的一项权利 ».

¹⁸¹⁰ Zhan Hui, préc., p. 78 : le contenu de l'action inclut un élément procédural (le droit d'exiger, en procédure, l'exercice par le tribunal du pouvoir juridictionnel) et un élément substantiel (exiger la protection des droits et intérêts civils ou la résolution d'un conflit civil).

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² Nicolas Cayrol, « Action en justice », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, sept. 2017, Section 3 – droit comparé, n°32.

¹⁸¹³ Qi Quanming, préc., p. 17. L'auteur affirme que l'action est bien un droit constitutionnel (一种宪法权利).

hiérarchie institutionnelle tend à restreindre la marge de liberté accordée aux juges dans l'appréciation du droit au moment de son application. En revanche, d'un point de vue technique ou professionnel, ces derniers disposent de pouvoirs conséquents sur le justiciable, à tel point que ce système est qualifié d'inquisitorial. C'est donc par l'étude des relations entre les parties et le juge que nous tenterons de qualifier l'office du juge civil en Chine. Par souci de clarté, cette analyse suivra les étapes du procès civil.

§ 2. *La préparation de l'audience.*

260. Les dernières réformes chinoises de procédure civile laissent deviner la volonté du législateur chinois d'orienter la structure du procès vers un modèle plus anglo-saxon, en insistant particulièrement sur la phase de préparation à l'audience. Cette nouvelle orientation du procès est apparue en réponse aux critiques adressées aux tribunaux chinois et, notamment, à son système de preuves¹⁸¹⁴. Mme Woo a mené une enquête auprès de trois tribunaux intermédiaires et a pu établir, empiriquement, la procédure allant du dépôt de la demande en justice à la fixation de la date d'audience. Ainsi, une fois la demande en justice déposée à la chambre d'enregistrement, celle-ci peut, pour en apprécier la validité, conduire une première phase d'instruction afin de récolter des preuves suffisantes¹⁸¹⁵. Si la demande est acceptée, elle sera transmise au président du tribunal pour signature et approbation de l'acceptation de l'affaire ; le dossier est ensuite transmis à juridiction en charge de l'audience, qui doit désigner son président, son secrétaire et les autres membres de la formation collégiale si nécessaire. Il convient d'insister sur le fait que l'auteur relève que ce n'est qu'à ce moment-là que le défendeur est informé de la demande en justice, transmise par le président d'audience et qu'une date d'audience est fixée.

¹⁸¹⁴ Margaret Y-K. Woo, Wang Yaxing, « Civil Justice in China : An Empirical Study of Courts in Three Provinces », *American Journal of Comparative Law*, 53(4), 2005, p. 925 ; Wang Han, « The Improvement of Civil Pretrial Procedures in China : The Comparison of Pretrial Procedures in China, Japan and South Korea », *Cross-Cultural Communication*, vol. 7, n°3, 2011, p. 57. Les critiques recensées et formulées avant 2012 comprennent, entre autres, la double fonction du juge chargé de la mise en état de l'affaire et de son jugement ou encore l'absence de limite quant à la production de preuve par les parties. L'auteur appelle à une séparation nette des deux phases de jugement et à l'amélioration des délais concernant la production des preuves.

¹⁸¹⁵ La procédure décrite ci-dessous n'est pas clairement établie par la *Loi de procédure civile* ; elle a été décrite à la suite d'une observation empirique de la pratique des juges au sein de trois tribunaux intermédiaires. Margaret Y-K. Woo, Wang Yaxing, préc., p. 925.

A. La mise en état enfermée dans des délais stricts.

261. Les délais de procédures. Si la procédure préparatoire peut paraître contraignante et longue, des délais sont fixés par la loi qui tendent à prouver le contraire : selon l'article 123 de la *Loi de procédure civile* (tel que modifié par la réforme de 2012) le tribunal doit indiquer au demandeur la décision d'acceptation ou de refus dans les *sept jours* suivant le dépôt de la demande en justice. Cette décision est susceptible d'appel¹⁸¹⁶. À partir du moment de l'enregistrement de la demande (valant acceptation), le tribunal a un délai légal de *cinq jours* pour transmettre une copie de la demande en justice au défendeur¹⁸¹⁷ ; dès sa réception, celui-ci a *quinze jours* pour présenter sa défense au tribunal. L'absence de défense produite dans le délai légal n'a, selon l'article 125, aucune influence sur la poursuite de l'audience¹⁸¹⁸. Enfin, lorsque le tribunal reçoit la réponse du défendeur, il dispose de *cinq jours* pour la communiquer au demandeur¹⁸¹⁹. Il est à noter que c'est au moment de cette phase préparatoire que le défendeur peut soulever une incompétence de juridiction ; en cas d'inertie de sa part, le tribunal est présumé être compétent¹⁸²⁰. Une fois la formation collégiale constituée, les parties doivent en être informées dans un délai de *trois jours*. Ses membres peuvent alors procéder à toutes les mesures nécessaires pour récolter les informations et les preuves indispensables¹⁸²¹, comme par exemple, envoyer l'un d'entre eux mener une enquête¹⁸²² ou encore charger un tribunal extérieur de procéder à une vérification de fait¹⁸²³. C'est également à ce moment là que le tribunal peut appeler les tiers à participer à l'affaire¹⁸²⁴.

Cette phase préparatoire ne conduit pas nécessairement à l'audience. En effet, selon les cas distingués par la loi, le tribunal peut réserver un traitement particulier à certaines affaires¹⁸²⁵. Par exemple, depuis la dernière réforme de la *Loi de procédure civile* de 2012, les affaires qui répondent aux critères de la procédure dite d'urgence et

¹⁸¹⁶ LPC, art. 123.

¹⁸¹⁷ LPC, art. 125.

¹⁸¹⁸ LPC, art. 125, al. 2.

¹⁸¹⁹ LPC, art. 125.

¹⁸²⁰ LPC, art. 127, al 2 ; en dehors des cas où l'affaire relève d'une juridiction spécialisée (incompétence matérielle) et dans l'hypothèse où la partie s'adresse au mauvais degré de juridiction.

¹⁸²¹ LPC, art. 129.

¹⁸²² LPC, art. 130.

¹⁸²³ LPC, art. 131. Le tribunal chargé de mission dispose alors d'un délai de principe de trois mois pour terminer son enquête. (al. 3).

¹⁸²⁴ LPC, art. 132.

¹⁸²⁵ Pour le détail des procédures spéciales, LPC, art. 177-197.

de supervision (督促程序¹⁸²⁶), seront traitées selon cette procédure prévue aux articles 214 à 217 de ladite loi ; le tribunal peut également décider d'adopter la forme de la médiation pour résoudre le contentieux ou encore de le traiter selon la procédure simplifiée (简易程序¹⁸²⁷). Enfin, il peut se prononcer pour l'ouverture d'une audience. À ce stade, Mme Woo constate généralement un délai d'au minimum trente-cinq jours entre l'enregistrement de la demande et l'ouverture de la première audience¹⁸²⁸.

La phase de préparation avant audience est menée par le juge qui est chargé d'ouvrir et de conduire l'audience ; ainsi, le droit chinois n'impose pas de séparation dans les fonctions de mise en état et juridictionnelle. Outre la critique évidente - mais sans doute un peu simpliste - qui amènerait à questionner l'impartialité du juge chinois au cours du procès civil¹⁸²⁹, cette double fonction du juge conduit à se pencher également sur l'étendue de ses pouvoirs et sa relation avec les parties.

B. L'office du juge chinois.

262. Mesurer l'office du juge implique d'identifier sa relation aux parties et de considérer, plus largement, la dynamique du procès : est-elle le seul produit de la volonté des parties ou le juge a-t-il un pouvoir d'intervention, une prérogative de régulation, une direction ferme de l'instance ? Ce n'est que par la répartition des rôles

¹⁸²⁶ Procédure dérogatoire créée par la *Loi de procédure civile* de 1991 : lorsque le créancier est titulaire d'une créance non contestée par le débiteur. Pour une présentation détaillée, voir Zhang Wusheng (章武生), « Réforme et perfection de la procédure d'urgence » (« 督促程序的改革与完善 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), vol. 2, 2002, pp. 123-134 ; voir également l'interprétation rendue par la CPS « Règles relatives aux nombreuses questions concernant la procédure d'urgence et de supervision », (最高人民法院适用督促程序的若干问题的规定) Interprétation [2001] n°2 (法释 [2001] 2 号) ; V. Aussi les explications de cette procédure sur le site de l'APN dans un article intitulé, « Qu'est-ce que la procédure d'urgence et de supervision ? » (« 什么是督促程序 ? ») http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/flwd/2000-12/17/content_9790.htm [dernière consultation le 30 mar 2017].

¹⁸²⁷ LPC, art. 157-163.

¹⁸²⁸ Margaret Y-K. Woo, Wang Yaxing, préc, p. 926.

¹⁸²⁹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 884, n°367 ; pp. 913-914, n°384 : en cas « d'exercice successif et cumulatif, pour la même affaire, de fonctions judiciaires distinctes au sein de l'organe exerçant la fonction juridictionnelle » (p. 884) comme la double fonction (de mise en état et de jugement) attribuée au magistrat chinois, l'exigence d'impartialité *fonctionnelle* semble plus nécessaire en matière pénale et administrative ; les auteurs relèvent ainsi que pour le juge de la mise en état en matière civile (p. 913), « le seul fait d'instruire le dossier, de le mettre en état, ne le met pas en état de partialité, puisqu'il s'agit, conformément à la jurisprudence *Morel*, de régler des questions de procédure distinctes de celles traitées au fond par le tribunal ». La limite à ne pas franchir réside dans l'impossibilité pour un juge de la mise en état qui aurait ordonné des mesures provisoires à l'égard d'une partie de siéger au fond, ce que ne semble pas interdire le droit chinois.

de chacun des protagonistes que pourra être délimité le domaine d'intervention du juge. En France, la dynamique du procès civil peut être déduite de ses principes généraux. Nous en citerons deux qui, intrinsèquement liés, forment une clé de répartition des rôles entre le juge et les parties¹⁸³⁰ : le principe d'initiative et le principe dispositif.

1. le principe d'initiative.

263. La demande de désistement d'instance subordonnée à l'acceptation du juge chinois. En France, le principe d'initiative est formulé aux articles 1 à 3 du CPC. L'article premier dispose que « seules les parties introduisent l'instance hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi ». Loin d'être restreint à la seule impulsion du procès, cet article concerne également l'extinction de l'instance et la maîtrise de son déroulement¹⁸³¹. En Chine, l'ouverture de l'instance est subordonnée à l'acceptation de la demande en justice par la chambre d'enregistrement. La mise en place d'un tel filtre peut être justifiée par le souci de contrôler le flux judiciaire ; en revanche, le fait que les parties doivent demander l'autorisation au juge pour abandonner le procès avant tout jugement rendu public ne peut trouver pareil fondement¹⁸³². Selon l'article 143 de la *Loi de procédure civile*, est considéré comme un abandon de la demande en justice la non-représentation du demandeur sans raison légitime (按撤诉处理) et la demande, par ce dernier, de désistement (撤诉处理). Contrairement au droit français, la procédure civile chinoise ne semble pas distinguer entre le désistement d'action et le désistement d'instance¹⁸³³. La demande abandonnée

¹⁸³⁰ Sur l'importance des vingt-quatre articles que constituent les principes directeurs du procès civil français, énoncés aux articles 1 à 24 du CPC : V. Loïc Cadet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, pp. 431 et s., n°501 et s.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² LPC, art. 145, al. 1 : « Avant le prononcé du jugement, lorsque le demandeur demande l'abandon de sa demande en justice, le tribunal décide d'y faire droit ou non ». V. Gao Dan (高丹), « Discussion sur la relation entre la partie et le juge dans le procès civil » (« 民事诉讼中当事人与法官关系的探讨 »), *Journal de l'Université d'Harbin*, vol. 28, n°1, 2007, p. 54 : l'auteur critique l'idée dominante en Chine voulant que seule l'acceptation de la demande en justice par le juge détermine le point de départ de l'instance (ce qui remet évidemment en cause le principe de l'initiative des parties).

¹⁸³³ Sur le désistement d'action : CPC, art. 384, 385 ; Civ. 2^e, 14 mars 1967 : Jurisdata n°1967-099123, *Bull. civ.* II, n°123 (sur l'incompatibilité entre le désistement d'action et la reprise du procès) ; sur le désistement d'instance : CPC, art. 394 ; 395 (sur l'accord du défendeur) ; art. 398 : « le désistement d'instance n'emporte pas renonciation à l'action, mais seulement extinction de l'instance » ; quant au

peut refaire l'objet d'une nouvelle instance¹⁸³⁴, ce qui l'assimile au désistement d'instance français¹⁸³⁵.

Aucun critère n'est donné par la loi au juge pour refuser ou admettre la demande de désistement ; en cas de demande conjointe des deux parties, il semble néanmoins que le juge ne puisse refuser leur demande¹⁸³⁶. Cependant, si cette requête est formulée par le demandeur après les débats mais refusée par le défendeur, le magistrat peut la rejeter¹⁸³⁷. Il est à noter également qu'un désistement de la part de défendeur¹⁸³⁸ n'influence pas le cours du procès et le juge pourra alors rendre un jugement par défaut ; cependant, le magistrat qui a fait droit à la demande de désistement du demandeur devra continuer le procès si le défendeur a soulevé une contre-demande¹⁸³⁹.

Enfin, la nature privée du procès civil chinois trouve une autre limite en cas d'action de groupe : la partie demanderesse à une action publique ne peut se désister après la fin des débats¹⁸⁴⁰. Les parties n'ont donc pas la liberté de mettre fin à l'instance de leur propre chef ; encore faut-il que le juge l'autorise expressément. À première vue, le procès chinois ferait donc fi du principe d'initiative, en conditionnant non seulement l'accès au palais, mais aussi sa sortie.

264. Si le principe d'initiative permet aux parties de choisir le début et la fin du procès, le principe dispositif leur offre la possibilité de déterminer la matière litigieuse (审理范围) au sein de laquelle devra se prononcer le juge¹⁸⁴¹. En France, le juge ne peut se prononcer, en principe, que sur les points soulevés par les parties¹⁸⁴² ; ces

rôle du juge français, celui-ci peut constater le désistement (art. 384, al. 3) ou déclarer le désistement parfait en cas de refus illégitime du défendeur (art. 396).

¹⁸³⁴ Interprétation [2015] n° 5, art. 214.

¹⁸³⁵ CPC français, art. 385.

¹⁸³⁶ *Le droit de la procédure civile en République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas*, (中华人民共和国民事诉讼法, 配套解毒与案例注释), China Legal Publishing House, Pékin, 2013, p. 247, affaire n°67 : en l'espèce, les deux parties avaient trouvé un compromis. Le tribunal, fondant sa décision sur le principe de libre disposition des droits des parties au cours du procès, fait droit à la demande d'abandon. Comparer avec la France, CPC, art. 395.

¹⁸³⁷ Interprétation [2015] n° 5, art. 238, al. 2.

¹⁸³⁸ LPC, art. 144 : l'abandon du défendeur vise notamment l'hypothèse où il ne comparait pas à l'audience sans raison légitime.

¹⁸³⁹ Interprétation [2015] n° 5, art. 239 ; pour les demandes formulées par les tiers sans prétention distincte : art. 240.

¹⁸⁴⁰ Interprétation [2015] n° 5, art. 290.

¹⁸⁴¹ Loïc Cadiet, *et al.*, *op.cit.*, p. 759, n°219 : « parce que les parties décident d'intenter un procès, elles disposent de leur contenu ».

¹⁸⁴² CPC, art. 12 : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le

dernières ont la maîtrise de l'objet du litige, des faits et des preuves du litige¹⁸⁴³. Sans même aller jusqu'à démêler les éléments de fait ou de droit qui entraînent chacun des problématiques spécifiques, il convient, tout d'abord, d'évaluer l'existence ou non d'un tel principe en Chine. En d'autres mots, si les parties n'ont pas la pleine maîtrise du déroulement de l'instance, ont-elles le contrôle de son contenu ?

2. Le principe dispositif.

265. Présentation des principes directeurs du procès. Les principes directeurs du procès civil détaillés dans la LPC ne sont pas explicites quant à la répartition des rôles entre le juge et les parties¹⁸⁴⁴. Au nombre de quinze, ils concernent tout d'abord le but, le domaine et l'application territoriale de la *Loi de procédure civile* elle-même (LPC, art. 1 à 4). Les principes suivants ne répondent pas à une logique organisée, puisque l'on trouve, pêle-mêle, le principe d'égalité et de réciprocité pour les parties de nationalité étrangère (LPC, art. 5), le principe d'indépendance du jugement (LPC, art. 6), la fameuse maxime obligeant les juges à prendre les faits comme base et le droit comme critère (LPC, art. 7) et le principe d'égalité des droits procéduraux qui impose au tribunal le devoir de garantir l'exercice égal des droits des parties (LPC, art. 8). La médiation populaire, volontaire et légitime a également été consacrée dans les principes directeurs du procès (LPC, art. 9), tout comme le principe d'utilisation de la langue locale (LPC, art. 11) qui précède les principes du contradictoire (LPC, art. 12), de disposition des droits par les parties et de bonne foi (LPC, art. 13, al 1 et 2). Enfin, les deux derniers principes sont caractéristiquement chinois en ce qu'ils consacrent le devoir de supervision de l'activité juridictionnelle par le procureur (LPC, art. 14) et le principe du soutien à la

fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé »

¹⁸⁴³ Loïc Cadet *et al.*, *op.cit.*, p. 759, n°219 et s. Cette maîtrise d'une partie du procès civil renvoie aux articles 4 et 5 du CPC (objet du litige), 6 à 8 du CPC (faits) et 9 à 11 (preuve) ; en matière de preuve, toutefois, le juge peut ordonner d'office toute mesure instruction (CPC, art. 10).

¹⁸⁴⁴ Sur les principes fondamentaux en procédure civile, Deng Huihui (邓辉辉), Li Zhenhua (李振华), *préc.*, pp. 27-30 ; Cai Siming (蔡思明), « La reconstruction des principes fondamentaux en procédure civile » (« “民事诉讼法” 基本原则之重构 »), *Journal de l'université de Shenyang*, 2011, n°5, pp. 21-24, dans lequel l'auteur propose l'ajout de deux principes fondamentaux, le principe de « l'audience directe » et le principe de « l'audience ininterrompue ».

demande en justice (LPC, art 15)¹⁸⁴⁵. À l'exception des articles 8¹⁸⁴⁶, 12 et 13 de la LPC, aucun de ces principes ne permet de déterminer la relation entre le juge et les parties.

Il n'est donc pas surprenant de constater, une fois n'est pas coutume, que les juges de la Cour Suprême sont intervenus dans ce domaine. Dans une de leurs interprétations de 2015, ils rappellent que le juge doit statuer sur les points clés que sont la question de l'application du droit, les preuves et les faits débattus par les parties¹⁸⁴⁷. Cela permet donc d'exclure, dans un premier temps, les faits non pertinents. Néanmoins, qui a le devoir de fournir ces éléments ? Le juge doit-il s'en tenir à la matière contentieuse délimitée par les prétentions des parties et aux faits invoqués par elles ?

266. Une question d'équilibre. En France, l'équilibre recherché du procès civil – plus en doctrine qu'en matière jurisprudentielle – repose sur une distinction prétorienne entre les faits et le droit. L'ancien adage « *donne moi les faits, je te donnerai le droit* » a pourtant été remplacé, depuis un arrêt de l'Assemblée Plénière de 2007¹⁸⁴⁸ par la maxime suivante : « *donne moi les faits, donne moi le droit, je te donnerai un jugement*¹⁸⁴⁹ ». La question qui se pose est de trouver une *harmonie* entre

¹⁸⁴⁵ Ce dernier principe est d'origine soviétique ; il permet à un organe, un groupement social ou encore une entité de travail de « soutenir » (支持) l'individu ou le groupe dont la demande en justice tend à faire sanctionner un comportement qui viole les intérêts individuels, collectifs (集体) ou étatiques. Par exemple, la *Loi sur la protection des droits des femmes* (妇女权益保障法), adoptée le 28 août 2005, prévoit, dans son article 54, la possibilité pour les associations féministes de venir « soutenir » les femmes qui ont besoin d'aide au procès.

¹⁸⁴⁶ Il est intéressant de savoir que le principe d'égalité des parties implique le principe d'égalité des armes. Or, la représentation en Chine n'étant pas obligatoire, beaucoup d'auteurs en réalité justifient le pouvoir accordé au juge comme venant combler les positions défailtantes d'une des parties à l'instance. V. Hao Zhixian (郝志贤), Wang Shuo (王硕) « Le pouvoir d'interprétation et la position du juge dans le procès civil » (« 民事审判中的释明权与法官在诉讼中的角色定位 »), *Journal of Liaoning Administrators College of Police and Justice*, 2003, pp. 21-22.

¹⁸⁴⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 228. « 法庭审理应当围绕当事人争议的事实, 证据和法律适用等焦点问题进行 ».

¹⁸⁴⁸ Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11343, *Bull. Ass. plén.* n° 10 : « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes » ; ces règles particulières incluent notamment les règles issues des directives de l'Union européenne (justifié par leur caractère d'ordre public et par leur primauté sur l'ordre interne) : Cass., ch. mixte, 7 juillet 2017, n°15-25651 ; *RTD Civ.*, 2017, p. 872 obs. P. Jourdain ; *idem*, p. 882, obs. P-Y Gautier.

¹⁸⁴⁹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, pp. 446-447 n°585, qui regrettent que la concentration des moyens imposée en première instance ne s'accompagne pas d'une obligation faite au juge de soulever d'office un moyen de droit.

un juge simplement arbitre, qui se contenterait de trancher les litiges tels qu'apportés par les parties¹⁸⁵⁰ et, inversement, un juge défenseur de la vérité qui ne reste pas lié par les faits et fondements invoqués par ces dernières mais qui peut, au contraire, appliquer d'office la règle de droit correcte à leur litige.

En Chine, pour mesurer l'office du juge chinois, il faut se placer du point de vue des parties qui disposent de leurs droits substantiels et procéduraux en vertu de l'article 13, alinéa 2 de la *Loi de procédure civile*. Le corollaire de ce principe directeur réside dans la maxime « *bugao buli* » (不告不理) qui, littéralement, signifie que « *ce qui n'est pas dit ne doit pas être traité* ». À première vue, donc, le juge chinois serait lié par les demandes des parties et ne pourrait aller au-delà. Pourtant, en pratique, certains auteurs déplorent un outrepassement des fonctions par les magistrats, qui élèvent certains points du litige non évoqués par les parties¹⁸⁵¹. De plus, la portée générale du principe dispositif consacré à l'article 13 de la LPC doit être relativisée puisque son application reste conditionnée par l'existence d'autres règles de droit, dont l'harmonisation se révèle parfois difficile. En matière d'appel par exemple, le juge n'est pas obligatoirement lié par les demandes d'appel des parties en cas d'erreur de droit dans le jugement initial¹⁸⁵².

3. La création commune de la matière litigieuse

267. Les prétentions des parties. L'importance des faits dans le procès civil chinois, associée au principe de libre disposition des droits par les parties, permet à ces dernières de modifier leurs prétentions selon la situation de l'affaire¹⁸⁵³. Si, par exemple, une partie change le montant de sa demande d'indemnisation après avoir eu

¹⁸⁵⁰ L'interdiction du juge de statuer en dehors de ce qui lui est demandé est le corollaire du principe de détermination de l'objet du litige par les parties. Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 761, n°220.

¹⁸⁵¹ Liu Ying (刘颖) (Juge au Tribunal Populaire de Mishan (Heilongjiang), « Discussion sur le principe de "ce qui n'est pas dit ne doit pas être jugé" en procédure civile » (« 浅议民事诉讼中的不告不理原则 »), *Journal du Guangming*, 2011, article disponible à l'adresse : <http://www.dyzxw.org/html/article/201105/26/71541.shtml> [dernière consultation le 10 avril 2018]; V. Aussi Gao Dan (préc., p. 55) qui critique le pouvoir de clarification (释明权) accordé au juge et insuffisamment réglementé. Il déplore également l'exercice du pouvoir, par le juge, de « réglementation » du débat entre les parties (辩论规范权) : le juge doit, selon lui, rester en dehors du litige pendant les discussions des parties.

¹⁸⁵² *Infra* n°300.

¹⁸⁵³ LPC, art. 51.

connaissance d'une mesure d'expertise, le juge ne doit pas rejeter sa demande¹⁸⁵⁴. Lorsque l'audience a commencé, les parties peuvent aussi, toujours sur le fondement de la libre disposition de leurs droits procéduraux, produire une nouvelle preuve¹⁸⁵⁵ ou encore élargir une prétention¹⁸⁵⁶, à condition, semble-t-il, que le délai accordé par le juge en matière de preuve ne soit pas expiré¹⁸⁵⁷. Le contrôle de la procédure par le juge tel qu'affirmé dans la loi (qui va jusqu'à détailler l'ordre de parole qu'il doit appliquer aux parties, LPC, art. 141) se heurte de plus en plus à la volonté de la Cour Suprême d'investir davantage les parties dans la procédure¹⁸⁵⁸. Les juges de la Cour Suprême préconisent ainsi au juge ordinaire de réunir les parties, avant l'ouverture de l'audience, afin de clarifier les points litigieux¹⁸⁵⁹. Ces réunions avant audience (庭前会议), non prévues par le législateur, sont destinées à éclaircir la prétention du demandeur et la réponse du défendeur, à organiser l'échange de preuves ou encore à établir « les points clés du conflit » (归纳争议) qui devront recueillir l'approbation des parties¹⁸⁶⁰.

Contrairement au système français qui indiquait les charges des parties et du juge relativement au fait et au droit¹⁸⁶¹, le droit chinois ne connaît pas de telle distinction. L'article 7 de la LPC qui vise à délimiter la matière litigieuse en l'encadrant par les faits et le droit, ne renseigne en rien sur la répartition des rôles de chacun des protagonistes au procès. On peut seulement déduire, *a contrario* de la lecture littérale de l'article 119, alinéa 3 de la *Loi de procédure civile*, que la loi n'impose pas l'obligation aux parties d'apporter la règle de droit visée dans leur prétention. Cette situation pourrait être rapprochée de celle de la France puisque les parties ont l'obligation d'énoncer leurs moyens de droit uniquement en cas d'assignation, type de saisine qui n'existe pas en Chine¹⁸⁶².

Toutefois, en Chine, l'exigence de formuler une prétention et d'en indiquer ses

¹⁸⁵⁴ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, pp. 99-100, affaire n°30.

¹⁸⁵⁵ LPC, art. 139, al. 1.

¹⁸⁵⁶ LPC, art. 140 : le défendeur peut quant à lui soumettre une « demande reconventionnelle » (litt. contre-demande : 反诉) qui sera jointe à l'instance en cours (合并审理).

¹⁸⁵⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 232 : les juges précisent le délai en admettant cette possibilité dans la phase postérieure à l'acceptation de la demande en justice mais antérieure à la fin des débats.

¹⁸⁵⁸ *Infra* n°281 et s.

¹⁸⁵⁹ Interprétation [2015] n°5, art. 225.

¹⁸⁶⁰ Interprétation [2015] n°5, art. 226.

¹⁸⁶¹ Le Code de procédure civile français distingue en deux sections à part entière, l'office du juge selon qu'il se rapporte au fait ou au droit. Si le domaine des faits peut, en principe, être rapporté à « l'office des parties », le domaine du droit a relevé, pendant longtemps, de l'office du juge.

¹⁸⁶² *Supra* n°251.

raisons (理由) dans la demande en justice semble indiquer le contraire. En effet, la prétention opère comme une passerelle entre les faits invoqués et le droit d'agir en justice (l'action) ; or, cette prétention trouve nécessairement sa cause dans la violation d'un droit ou d'un intérêt civil *légalement* reconnu, donc dans le manquement à une règle de droit objective. En d'autres mots, bien que les parties n'aient pas à invoquer explicitement la référence juridique sur laquelle s'appuie leur demande en justice, elles ne peuvent, en réalité, se contenter d'une situation de fait non catégorisée par le droit pour gagner leur procès¹⁸⁶³.

268. La conception française de l'objet et de la cause du litige. La délimitation de la matière litigieuse fait appel, en Chine comme en France, aux deux conceptions que sont l'objet du litige et la cause du procès. En France, l'objet du litige est déterminé par les parties (CPC, art. 4, al. 1) et le juge est, en principe, lié à leurs conclusions. Toutefois, en raison du pouvoir de requalification accordé au juge français (CPC, art. 12), il est admis que celui-ci a la *faculté*¹⁸⁶⁴, sous certaines réserves¹⁸⁶⁵, de modifier le fondement juridique des prétentions qui lui sont soumises. L'essentiel étant que le juge ne modifie pas l'objet du litige, c'est-à-dire le résultat économique et social espéré par les parties. Il convient de noter, au passage, que cette possibilité offerte au juge de requalifier les fondements juridiques invoqués semble exclure, par conséquent, le droit de la matière litigieuse¹⁸⁶⁶.

Quant à la cause du litige, cette notion serait consacrée en droit français à l'article 6 du CPC. Loin de susciter l'unanimité chez les auteurs, elle se conçoit tour à tour comme la prétention des parties¹⁸⁶⁷, comme un ensemble de faits propres à déterminer le droit subjectif invoqué, comme étant la « règle de droit invoquée par le demandeur » (*i.e.* restreinte au seul fondement juridique¹⁸⁶⁸), le « présupposé ou l'hypothèse de cette [même] règle¹⁸⁶⁹ » ou encore comme un « ensemble de faits

¹⁸⁶³ C'est en tout cas l'avis de Ji Gefei (纪格非), « Sur la transition fonctionnelle de la demande en justice civile et la réforme de son contenu » (« 论我国民事起诉状的功能转型与内容再造 »), *Science du droit moderne* (现代法学), vol. 35, n°6, 2013, pp. 392.

¹⁸⁶⁴ Cass., ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11343 ; *Supra* n°266.

¹⁸⁶⁵ Cette modification est soumise à une triple condition : la requalification de la prétention de doit pas modifier l'objet du litige, elle doit se fonder sur des éléments de fait dans le débat et respecter le principe de contradictoire.

¹⁸⁶⁶ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 411, n°541 : si la matière litigieuse ne peut être modifiée par le juge français (en vertu du principe dispositif), alors le droit ne peut en faire partie.

¹⁸⁶⁷ *Idem*, p. 410, n°540 : conception de Motulsky.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ *Ibid.* Cette conception serait notamment celle de M. Cadiet et M. Jeuland.

juridiquement qualifiés¹⁸⁷⁰ ». La conception retenue par le Code de procédure civile français serait celle de Motulsky qui voyait dans la cause de la demande les *circonstances factuelles propres à déterminer le droit subjectif invoqué*. Cette conception factuelle de la cause de la demande permettait jusqu'en 2007¹⁸⁷¹ de la distinguer de la cause du procès. Ces deux notions étant dorénavant assimilées l'une à l'autre, l'intérêt principal de l'identification de la cause du procès – ou de la demande – réside moins dans l'identification de la relation entre le juge et les parties que dans la mise en œuvre de l'interdiction de juger deux fois la même affaire¹⁸⁷².

269. La conception chinoise de l'objet du procès (诉讼标的). En Chine comme en France, les parties doivent – en principe – invoquer le fondement juridique dans leur demande en justice¹⁸⁷³. La notion chinoise d'objet du litige se retrouve aux articles 52, 54 et 56 de la LPC et concerne la possibilité pour le juge de joindre les instances lorsque plusieurs parties formulent une demande ayant le même objet (art. 52), voire de faire un appel aux demandeurs potentiels pour mener une action conjointe (art. 54). En dehors de ces cas, la *Loi de procédure civile* chinoise n'est pas plus explicite concernant le domaine de l'objet du litige dont l'identification est un produit doctrinal.

La notion chinoise d'objet du procès (qui se traduit également par le but du procès, 诉讼标的) est importée du droit continental et est considérée par les auteurs chinois comme une des questions centrales de procédure civile¹⁸⁷⁴ en ce qu'elle

¹⁸⁷⁰ *Ibid.* Il s'agirait d'une conception mixte de la cause de la demande défendue notamment par Vizioz.

¹⁸⁷¹ Cass., ass. plén., 7 juillet 2006, *Césareo*, *Bull. AP*. n°648 : en l'espèce, un individu intente une première action en justice à l'encontre son frère, cohéritier de leur père, au motif qu'il a travaillé sans rémunération au service de leur père. Après avoir été débouté de sa demande, il introduit une nouvelle demande basée cette fois-ci sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Les juges d'appel déclarent sa demande irrecevable invoquant l'autorité de la chose jugée du premier jugement. La Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, confirme cette solution, reconnaissant une identité de causes des deux demandes successives, formées entre les mêmes parties et tendant au paiement d'une somme d'argent au titre d'un travail non rémunéré. Elle impose l'obligation de concentration des moyens dès la première instance.

¹⁸⁷² Code civil français, art. 1355 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

¹⁸⁷³ Ji Gefei (纪格非), préc., pp. 132-145 ; Pour la France, depuis l'arrêt *Césareo*, les parties ont l'obligation de concentrer les moyens de droit dès la première instance.

¹⁸⁷⁴ Par ex., Jiang Wei (江伟), Han Yingbo (韩英波), « Réflexion sur l'objet du procès » (« 论诉讼标的 »), *Faxuejia* (法学家), n°2, 1997, pp. 3-14 ; Li Xilian (李喜莲), « La délimitation de "l'intérêt de la partie" en procédure civile » (« 民事诉讼法上的“利害关系人”之界定 »), *Journal universitaire du Xibei (sciences juridiques)*, n°1, 2012, pp. 139-147.

délimite le contentieux et le domaine de la matière litigieuse ou encore permet la jonction et la disjonction d'instance. Si les acceptions de l'objet du procès varient selon les écoles de pensée, toutes s'accordent à dire que le but du procès dépend de l'action engagée par les plaideurs. Un des premiers courants considéraient que le but de procès devait s'assimiler à la seule prétention, de droit substantiel, soulevée par le demandeur¹⁸⁷⁵. Cette conception a été largement critiquée en ce qu'elle permettait au demandeur d'engager une nouvelle action en justice pour la même affaire mais avec une prétention différente. Aussi, le but du procès a été assimilé au résultat juridique espéré par les parties : dans ce cas, le demandeur n'aurait qu'à expliquer les faits « bruts » sans avoir à motiver sa demande en droit. Cette conception a évolué en une théorie duale qui définit l'objet du procès comme la réunion de la relation juridique (soit le fondement juridique de la demande en justice (诉的声明)) et les faits générateurs du contentieux¹⁸⁷⁶. Cette conception la rapprocherait, dans une certaine mesure, de celle française.

Toutefois, et de manière surprenante, l'intérêt de délimiter l'objet ou le but du procès ne résiderait pas tant dans la délimitation de l'office du juge que dans la possibilité offerte à une partie de formuler une nouvelle demande en justice fondée sur le même objet. Bien que la procédure civile chinoise ne consacre pas explicitement l'interdiction de juger deux fois la même affaire (一事不再¹⁸⁷⁷), cette prohibition est appliquée en pratique selon le critère de l'objet du procès¹⁸⁷⁸. En Chine, la démarcation de ce qui revient au juge d'une part, et aux parties, d'autre part, s'analyse selon la *cause* du procès (案由, littéralement, les raisons de l'affaire).

¹⁸⁷⁵ Ce courant est dénommé « école ancienne de droit substantiel » (旧实体法说), il précède une autre école de pensée formée en critique du premier courant (新诉讼标的的理论).

¹⁸⁷⁶ Jiang Wei, Han Yongbo, préc., pp. 4-5 (sur l'évolution de la conception de l'objet du procès au travers des différents courants de pensée) ; Yang Hui (杨慧), « Rappel sur le lien entre la cause du procès civil et le but du procès » (« 简述民事案由与诉讼标的的关系 »), *Recherche théorique* (理论研究), n°6, 2010, p. 100.

¹⁸⁷⁷ La seule règle qui fait référence à ce principe se trouve à l'art. 124, al. 1^{er} (5) de la LPC qui dispose : « Le tribunal accepte la demande en justice en fonction des situations suivantes : [...] (5) si les parties forment de nouveau une demande en justice et demande la révision d'un jugement, d'une ordonnance ou d'un jugement de médiation qui possède force obligatoire, à moins, que le tribunal ait fait droit à une demande de désistement » ; Interprétation [2015] n°5, art. 208, al. 3 : si une telle demande est introduite en première instance, le juge doit la rejeter ; en revanche, un demandeur qui verrait sa demande déclarée irrecevable par la chambre d'enregistrement ou par le juge saisi de l'affaire au fond peut réitérer sa demande (art. 212) ; V. Xu Tong (徐彤), « Fondement théorique et pratique judiciaire du principe *Non Bis In Idem* » (« 一事不再理原则的理论基础与司法实践 »), *Journal of Sichuan University of Science & Engineering*, vol. 28, n°3, 2013, pp. 80-84.

¹⁸⁷⁸ Zhang Weiping, « Les conditions de la demande en justice et les conditions du jugement au fond », préc., p. 60 ; Jiang Wei, Han Yingbo, préc., p. 4.

270. La conception chinoise de la cause du procès (案由). En Chine, la cause du procès se comprend, dans la pratique judiciaire, comme le « *résumé du contenu de l'affaire*¹⁸⁷⁹ ». En 2011, la Cour Suprême a opéré une mise à jour de la taxinomie des contentieux sur la base des nouvelles causes du procès civil, elles-mêmes établies selon la nature des relations juridiques litigieuses¹⁸⁸⁰. En outre, la cause du procès est utilisée comme un outil de statistique judiciaire¹⁸⁸¹.

En droit chinois, cette notion sert moins à définir les rôles respectifs du juge et des parties dans la délimitation de la matière litigieuse qu'à rationaliser, objectivement, celle-ci. Officiellement, la catégorisation des procès selon leur cause – *i.e.* selon la nature de la relation juridique litigieuse – permettrait de garantir une meilleure application de la loi aux faits litigieux. Pour la Cour Suprême, l'utilité de cette catégorisation des procès civils réside en effet dans l'aide apportée aux parties et au juge dans la qualification, correcte, du litige. Quant à la possibilité de modifier la cause du litige en cours du procès, aucune règle ne semble prévue en la matière, si ce n'est l'indication suivante donnée par la Cour Suprême : « *lorsque la modification ou l'élargissement des prétentions faites par les parties au cours du procès modifient la nature de leur relation juridique, le tribunal doit modifier, relativement, la cause du procès*¹⁸⁸² ». En outre, les juges de Pékin ont précisé que la cause du procès devait correspondre à la nature de la relation juridique existante entre les parties pendant la phase de mise en état¹⁸⁸³, impliquant par là que les juges du fond ne sont pas liés par la cause du procès définie par le demandeur et retenue par la chambre d'enregistrement¹⁸⁸⁴. Toutefois, dans un jugement rendu en 2006 par la Cour Populaire Suprême, celle-ci indiquait :

¹⁸⁷⁹ Jiang Wei, Han Yingbo, préc., p. 8 : « 司法实践中, 案由一般被认为是案件的内容提要 ».

¹⁸⁸⁰ « Notice de la Cour Suprême relative à la diffusion des « Règles sur les causes des procès civils » modifiées » (最高人民法院关于印发修改后的“民事案件案由规定”的通知), (Interprétation [2011] n°42), disponible à l'adresse suivante : <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-3456.html> [dernière consultation le 26 février 2018]; Yang Hui, préc., p. 100.

¹⁸⁸¹ Interprétation [2011] n°42, (1), (2).

¹⁸⁸² Interprétation [2011] n°42, (6) : « 当事人在诉讼过程中增加或者变更诉讼请求导致当事人诉争的法律关系发生变更的, 人民法院应当相应变更案件案由 ».

¹⁸⁸³ Interprétation [2011] n°42, (5) : « 当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不一致的, 人民法院结案时应当根据法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系的性质, 相应变更案件的案由 ».

¹⁸⁸⁴ Au contraire, pour certains auteurs, il faudrait distinguer le contrôle formel effectué par la chambre d'enregistrement qui ne dispose pas du pouvoir de modifier la cause du procès du contrôle au fond : dans ce cas, c'est au juge qu'il revient de requalifier, si nécessaire au vue de l'ensemble des faits de l'affaire, la cause du procès. Ainsi, la cause jugée peut être différente de la cause enregistrée ; toutefois,

« Dans une première instance, selon les "Nombreuses règles en matière de preuve civile", quand la nature de la relation juridique ou les effets des actes civils invoqués par les parties ne sont pas "conformes" (一政) à ce qu'a déterminé le juge à partir des faits de l'affaire, le tribunal doit (应当) informer les parties qu'elles peuvent modifier leur prétention ; si les parties ne modifient pas leur prétention, le juge doit rejeter leur demande en justice et ne peut se prononcer sur le fond du litige ; le tribunal qui rend un jugement portant sur une relation juridique non invoquée par les parties les remplacent [dès lors] dans l'exercice de leurs droits, et, ce faisant, viole les droits de la défense et rend la procédure illégale¹⁸⁸⁵ ».

La cause chinoise du procès s'entend donc d'un complexe de faits et de droit invoqué au soutien de la demande – illustrée en l'espèce par la « relation juridique » ou par les « conséquences des actes civils » – mais constitue, également, la catégorie de droit à laquelle se rapporte la prétention. Concrètement, lorsque le juge chinois est saisi d'une affaire civile, il doit étudier, à la lumière des prétentions invoquées et des faits de l'affaire, à quelle catégorie de procès se rapporte le litige. Cette catégorie détermine les règles à suivre propres à l'affaire dont il est saisi. En outre, l'erreur sur la nature de la relation juridique invoquée par le demandeur est un moyen de défense à part entière, comme l'illustre l'affaire suivante. En octobre 2012, la mère de Xia meurt dans un accident de circulation dans la ville A. Son mari, Hu, missionne un proche, Mei, afin de traiter des modalités d'indemnisation avec la personne responsable de l'accident. Mei réussit à négocier, à la suite d'une première procédure devant un organe arbitral, une indemnisation à hauteur de 100 000 yuans (environ 12 880 euros). Il donne 5 000 yuans à Hu et garde le reste pour lui. Après avoir plusieurs fois réclamé son argent, Hu transmet la totalité des droits acquis à la suite du décès de son épouse à sa fille, Xia. Celle-ci forme une demande en justice au tribunal de la ville A et réclame à Mei, défendeur dans l'affaire, le remboursement de la totalité de l'indemnisation, soit 105 000 yuan. Le défendeur, quant à lui, conteste la compétence de la juridiction saisie : en l'espèce, cette affaire ne relèverait pas du contentieux

le juge qui rejette au fond la demande de la partie initiatrice du procès ne peut modifier la cause invoquée dans sa demande en justice. Yang Hui, préc., p. 100.

¹⁸⁸⁵ Cour Populaire Suprême, Civ. 1re, 2004, n°107 (*Beijing New China International Industry & Commerce Economic Development Co., Ltd., Hainan China International Industry & Commerce Co., Ltd. v. China Resources Land (Beijing) Co., Ltd.*) (2004 民一终第 107 号) : « 根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，一审诉讼中，当事人主张的法律关系的性质或民事行为的效力与法院根据案件事实作出的认定不一致的，法院应当告知当事人可以变更诉讼请求；当事人坚决不变更诉讼请求的，法院应当驳回其起诉，而不应作出实体判决；法院径对当事人未予主张的法律关系作出裁判，既是代替当事人行使起诉权利，又剥夺了对方当事人的抗辩权利，构成程序违法 ».

contractuel (mandat) puisque le demandeur n'a pas la qualité de mandataire et ne dispose donc pas du droit de réclamer la somme perçue. Le tribunal compétent, selon le défendeur, est celui du ressort de sa propre ville, dans le Jiangxi¹⁸⁸⁶. Dans cette affaire, pour décider de faire droit ou non à l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, les juges doivent d'abord procéder à la qualification du litige qui leur est soumis en le rapportant à l'une des catégories juridiques établies par la CPS. En l'espèce, trois solutions sont possibles : il peut s'agir d'un litige se rapportant à la catégorie de l'enrichissement sans cause (不当得利纠纷), d'un litige en matière de protection des droits réels (物权保护纠纷) ou d'un conflit contractuel né dans le cadre d'un contrat de mandat (委托合同纠纷). Les juges retiennent la dernière catégorie et rejettent l'exception d'incompétence. Sur le fond, Mei est condamné à restituer au demandeur les 105 000 yuans. Dans ce cas d'espèce, la qualification objective opérée par le juge chinois correspond à la prétention émise par le demandeur. Dans d'autres cas, cependant, lorsque la cause réelle du procès – entendue, rappelons-le, comme la nature des relations juridiques constatées par le juge – diffère de la cause invoquée par les parties – la nature des relations juridiques invoquées par les parties – le juge chinois doit faire primer la réalité des faits sur la réalité juridique soulevée par les parties. Or, selon l'article 35 des « Règles en matière de preuves civiles », lorsqu'un tel décalage est observé par les juges entre la nature des relations juridiques invoquées et les faits constatés, ils n'ont pas l'obligation de se prononcer sur le fond de l'affaire mais disposent du droit « d'informer » (释明权) les parties de la possibilité de modifier leur prétention¹⁸⁸⁷.

Ledit article implique aussi qu'elles ont le droit de refuser ; cette situation n'est pas expressément prévue par les textes, mais la doctrine a établi trois solutions possibles. La première hypothèse suppose que le juge ne dispose pas du pouvoir de modifier la cause du procès, il doit alors continuer à juger l'affaire selon les prétentions des parties. Dans le deuxième cas, après avoir modifié la cause du procès, le juge devrait rejeter la prétention des parties lorsqu'elles refusent de la faire évoluer.

¹⁸⁸⁶ Exemple tiré à partir de l'article de Li Zi (李子) « Réflexions sur la détermination de la cause civile de l'action » (« 对确定民事诉讼案由问题的一点思考 »), *Journal of Qiqihar Junior teacher's College*, vol. 3, n°133, 2013, pp. 75-76.

¹⁸⁸⁷ « Règles en matière de preuve civile », entrées en vigueur le 21 décembre 2001 (最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定), (Règles [2001] n°33), art. 35 dans sa version originale : « 诉讼过程中, 当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的, 不受本规定第三十四条规定的限制, 人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求 ».

Dans le dernier cas, le juge doit simplement continuer à juger l'affaire selon la nouvelle catégorie de droit adoptée¹⁸⁸⁸. Cette dernière solution semble être la plus appropriée en ce qu'elle n'implique pas forcément un changement de résultat juridique ; à l'instar du droit français, le juge peut se contenter de redonner l'exacte qualification au litige qui lui est soumis sans nécessairement influencer sur la solution finale. Et si tel était le cas, les parties ont toujours eu la possibilité de modifier leur prétention en appel sur la base du changement de paradigme opéré par le juge. Cette tension existante entre le respect du principe dispositif et la recherche de vérité factuelle trouve son fondement dans le « pouvoir de clarification » accordé au juge chinois.

4. Le pouvoir de clarification du juge.

271. Non définie dans les textes, cette prérogative joue un rôle prépondérant en pratique : elle constitue une garantie au respect du contradictoire en ce qu'elle permet, à chaque étape du procès, d'informer les parties de toute évolution du litige. Les parties auront dès lors le choix de s'adapter ou non à la nouvelle situation. On peut concevoir le pouvoir de clarifier comme étant une compensation offerte en garantie du respect des principes de contradictoire, d'égalité de traitement et, surtout, du principe dispositif. Assimilé par la doctrine chinoise au pouvoir conféré au juge français en vertu de l'article 8 du Code de procédure civile¹⁸⁸⁹, le pouvoir de clarification du juge chinois va bien au-delà de la simple demande d'explication aux parties. Au moment de l'enregistrement de la demande tout d'abord, l'article 124 de la *Loi sur la procédure civile* énumère cinq situations dans lesquelles le magistrat doit informer les parties de l'absence de conformité de leur demande et leur expliquer comment traiter le problème¹⁸⁹⁰. Le juge du fond a également un devoir d'information

¹⁸⁸⁸ Voir l'article expressément consacré à la question disponible sur le site des tribunaux populaires chinois et intitulé « Comment traiter les affaires [civiles] dont les causes ont évolué alors que les parties refusent de modifier leur(s) prétention(s) ? » (« 变更案由后当事人拒绝变更诉讼请求应如何处理)), mise en ligne le 04 septembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/09/id/1432648.shtml> [dernière consultation le 26 mars 2018].

¹⁸⁸⁹ CPC, art. 8 : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

¹⁸⁹⁰ Ainsi, dans les cas où le litige est de nature administrative (art 124 (1)) ou si les parties ont conclu une clause d'arbitrage ou ont explicitement désigné un organe autre compétent pour régler leur litige (124 (2, 3)), lorsque l'affaire ne relève pas du ressort du tribunal (124 (4)) et enfin lorsque les parties

pendant la préparation avant audience, concrétisé en premier chef par son devoir d'informer les parties de leurs droits et devoirs¹⁸⁹¹. Les réunions préparatoires avant audience organisées avec la participation des requérants illustrent la mise en avant du pouvoir de clarification¹⁸⁹². Cette obligation se retrouve également en matière de preuve : le principe étant, en Chine comme en France, que celui qui allègue les faits doit les prouver¹⁸⁹³, le juge doit aussi expliquer aux parties « les exigences et conséquences juridiques en matière de preuve¹⁸⁹⁴ » ; son devoir de clarification devient dès lors un pouvoir de direction de la phase préparatoire puisqu'il appartient au juge, après en avoir informé les parties, de s'assurer que ces dernières fournissent les preuves dans un délai raisonnable, en respectant le principe de bonne foi et en intégralité. Le juge chinois, au cours de l'audience, devient le chef d'orchestre du procès :

« Il a le devoir d'encadrer les prétentions des parties et les points litigieux à débattre, en se plaçant comme arbitre, il oriente [complètement] le débat des parties. Par exemple, si un fait soulevé par une partie n'est pas clair, il peut user de son pouvoir de clarification en l'interrogeant (发问释明) afin de rechercher la volonté réelle des parties¹⁸⁹⁵ ».

Sans énumérer toutes les occasions où le juge est tenu à son devoir de clarification qui se décline sous plusieurs aspects (notamment dans la phase probatoire : interrogatoire, information, enquête...) il reflète, sans aucun doute, l'aspect inquisitorial du procès chinois : le juge dirige, du début à la fin, le processus judiciaire. Un processus judiciaire qui, en théorie, ne peut laisser de place à l'imprévisible : la

font une demande sur une affaire déjà jugée, le magistrat a l'obligation de les informer de la démarche à suivre pour poursuivre leur litige.

¹⁸⁹¹ LPC, art. 126.

¹⁸⁹² Dans un article publié sur le site du tribunal populaire de Lunan (ville de Tangshan, Hebei), les magistrats ont également l'obligation d'informer les parties en cas de problème sur leur identification, sur leur(s) prétention(s) ou sur les raisons et faits qu'elles invoquent : Wang Yan (王彦 magistrat), « Discussion sur le devoir d'information du juge » (« 谈法官的释明义务 »), disponible à l'adresse suivante : <http://court.gmw.cn/html/article/201309/13/137331.shtml> [dernière consultation le 16 mars 2018].

¹⁸⁹³ LPC, art 64, al 1 ; CPC, art. 6.

¹⁸⁹⁴ Règles [2001] n°33, art 3. (« 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果, 促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。当事人因客观原因不能自行收集的证据, 可申请人民法院调查收集 »). De plus, les parties qui, en raison d'une cause objective, ne réussissent pas à rassembler les preuves, peuvent se faire aider par le tribunal dans la collecte des preuves (alinéa 2).

¹⁸⁹⁵ Wang Yan, « Discussion sur le devoir d'information du juge » préc. [en ligne]: « 通过释明使法官真正理解当事人真实的意思和主张, 当事人了解法官审理此案的法律框架, 发挥开庭审理的作用 ».

réalité matérielle prime sur les droits et devoirs des parties, le droit semble même parfois s'effacer devant le fait.

272. Conclusion du Chapitre 1. Le modèle de procédure civile chinois moderne tente de s'imprégner de valeurs occidentales qui amènent à sa privatisation : rappelons ainsi qu'à l'origine, la *Loi de procédure civile* était utilisée indifféremment en contentieux civil ou administratif. Le but de cette loi, affirmé dans son article 2, est de protéger les parties dans l'exercice de leurs droits procéduraux tout en garantissant aux tribunaux leur pouvoir d'enquêter sur les faits. Cette quête de la vérité des faits implique d'accorder au juge les prérogatives nécessaires à la découverte de la vérité, de nature plus particulièrement objective. L'image du célèbre Ma Xiwu¹⁸⁹⁶ ou du juge Baozheng¹⁸⁹⁷, cette « figure emblématique de la probité, de la pureté et de l'impartialité¹⁸⁹⁸ » doté de pouvoirs presque surnaturels lors de ses enquêtes, illustre ce côté inquisitorial qui, loin d'être perçu comme violant l'équilibre du procès, lui permet à lui seul de découvrir la justice : une justice qui n'est autre que la perception exacte de la réalité dans les faits¹⁸⁹⁹. Il ne faudrait pas minimiser l'impact de cette conception héritée de la justice : bien que la modernité du système judiciaire chinois se soit fondée sur les transferts de droit étrangers, ses aspects inquisitoriaux et très pragmatiques ne sont pas des produits importés de France ou d'ailleurs, mais constituent bel et bien un fond culturel propre à la Chine¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁶ *Supra*, n°240.

¹⁸⁹⁷ Haut fonctionnaire de la dynastie Song (960-1127) ; V. également, *Supra*, n°60.

¹⁸⁹⁸ Bin Li, « Assesseurs ou jury populaire ? Variations autour de la participation des citoyens à la justice en Chine », *Diogenes*, 2012/3, n°239-240, p. 126.

¹⁸⁹⁹ Zhao Xinhui (赵信会), « Définition fondamentale d'un modèle de procédure civile et modifications du droit existant en la matière » (« 民事诉讼模式的基本定位与民事诉讼法修改 »), *Hebei Law Science* (河北法学), n°23, févr. 2005, p. 58.

¹⁹⁰⁰ En ce sens, Roderick O'Brien, « The survival of Traditional Chinese Law in the People's republic of China, 40 *Hong Kong L. J.* 165, 2010, p. 172.

Chapitre 2. Le contentieux civil en Chine : à la recherche de la vérité objective comme garantie de la justesse du jugement.

273. L'établissement de la vérité fait partie intégrante de la fonction du procès tout en constituant une base de la résolution des conflits privés. En revanche, savoir de quelle vérité il est question est plus problématique. La vérité juridique se réalise dans le jugement : elle peut s'éloigner de la vérité matérielle ou, plus exactement, de la vérité factuelle. Le degré de tolérance quant à l'écart entre les deux est, à notre sens, assez révélateur de la conception de la justice adoptée dans tel ou tel système de droit. Bien entendu, toute conception est évolutive et le rapport entre justice et vérité n'y échappe pas. Par exemple, la tendance émergente au siècle des Lumières à l'individualisation, tant sociale que juridique, a conduit, dans certains droits européens, à une libéralisation des modes de preuve¹⁹⁰¹. La preuve constitue en effet le « carrefour du fait et du droit, du fond du droit et des règles de procédure, du rôle des parties et de l'office du juge¹⁹⁰² » : elle est l'instrument, « l'outil de la manifestation de la vérité¹⁹⁰³ ». En France, on admettrait dans le procès civil la suffisance d'une vérité subjective, à l'inverse du droit pénal qui exigerait une vérité objective¹⁹⁰⁴. Quoiqu'il en soit, dans chacune des matières, la vérité retenue par le juge sera celle qui aura emporté sa conviction. En Chine, la vérité en droit aurait tendance à se concevoir de manière plus objective que subjective : cela se manifeste notamment, dans son droit des preuves (A) mais pas seulement. Il apparaît en effet que le triomphe de la vérité « réelle » (entendue comme celle se rapprochant le plus de la vérité factuelle) commande également l'agencement des voies de recours et, surtout, leur finalité : il est en effet moins question d'offrir aux parties un « droit de recours » que de s'assurer de l'exactitude, de la justesse, du jugement rendu et contesté (B). Bien entendu, ces aspects du droit de la procédure civile chinoise ne doivent pas être réduits à des divergences insurmontables : non seulement, ils ne

¹⁹⁰¹ Rolf Stüner, préc., pp. 810-811 : « La découverte de l'individu comme figure centrale de l'ordre juridique mena sur le continent à un éloignement du système de preuves légales, qui était devenu suspect aux témoins tout comme aux juges, en tant que forme de mise sous tutelle ». L'auteur constate que c'est surtout le droit allemand qui a « sauté le pas » vers la libre appréciation des preuves, contrairement au droit français.

¹⁹⁰² Loïc Cadiet, « La preuve », In Frédérique Ferrand (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Actes du colloque de Lyon le 12 juin 2003, Éditions juridiques et techniques, 2004, p. 119.

¹⁹⁰³ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 846, n°253.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.* Encore que cette distinction ne doit pas être affirmée comme catégorique.

deviennent caractéristiques qu'en comparaison de certains droits étrangers mais, en plus, les évolutions récentes des droits chinois et français en matière de voies de recours – pour ne citer que cet exemple –, laissent suggérer certains rapprochements procéduraux entre les deux pays.

Section I. La recherche d'une vérité objective.

274. En droit chinois, le juge joue un rôle prépondérant dans la recherche de la vérité et ce, à un double niveau. Dans le domaine du droit des preuves, une place importante lui est réservée en matière d'administration de la preuve : cette place reflète, dans une certaine mesure, l'ancien aspect inquisitorial du procès chinois. À un second niveau, si le droit des preuves est réglementé par le législateur chinois, on ne peut que constater l'énergie que la Cour Suprême consacre au développement et à l'amélioration de cette matière (§ 1). Or, l'implication des juges de Pékin, qui n'hésitent pas à expérimenter leur proposition au sein des juridictions nationales, conduit à un résultat quelque peu atypique qui s'éloigne du modèle procédural chinois actuel. L'orientation des réformes préconisées conduit à amoindrir, semble-t-il, la participation du juge dans la recherche des preuves au profit d'une plus grande libéralisation de celle-ci (§ 2).

§1. La construction judiciaire du droit chinois des preuves.

275. Nonobstant son héritage impérial, le droit chinois des preuves a reçu l'influence soviétique en faveur d'un système plutôt inquisitoire (A). Les modifications apportées à la *Loi de procédure civile* ces vingt dernières années tendent à se détacher, progressivement, de ce modèle en s'inspirant de législation étrangères européennes. À titre d'exemple, les débats doctrinaux chinois concernant le mode de preuve à adopter (libre ou légale) s'appuient sur des considérations familières tels que les droits de la défense ou le principe de loyauté probatoire. Plus généralement, on constate que le dynamisme sous-jacent au développement du droit

chinois des preuves s'orientent vers une responsabilisation des parties dans le procès civil (B).

A. La racine inquisitoire du droit chinois des preuves.

« *Les questions de vérité sont scientifiques. Les questions de preuve culturelles*¹⁹⁰⁵ ».

276. Preuve et culture. La question de la preuve se rapporte dans une large mesure à celle de la découverte de la vérité, le problème étant alors de connaître la nature de cette dernière¹⁹⁰⁶. Pour certains auteurs français, la vérité judiciaire ne constitue qu'un élément parmi d'autres pour former le but du procès et doit donc être relativisée¹⁹⁰⁷. Notamment en matière civile¹⁹⁰⁸, la vérité admise par le juge dans sa solution n'est pas la vérité matérielle – ou encore la vérité « réelle¹⁹⁰⁹ ». L'exemple le plus connu réside, il nous semble, dans la confrontation entre la vérité scientifique – par exemple en matière de filiation biologique – et la vérité judiciaire – où la filiation paternelle peut être présumée des liens maritaux¹⁹¹⁰. Par des « artifices de technique juridique¹⁹¹¹ », la vérité biologique – ou matérielle – peut ainsi différer de la vérité judiciaire. L'adéquation entre vérité judiciaire et vérité matérielle impose un standard

¹⁹⁰⁵ Xavier Lagarde, « D'une vérité à l'autre », *Gazette du Palais*, 22 juillet 2010, n°203, p. 12.

¹⁹⁰⁶ Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, éd. 2002, p. 130, n°116. Pour l'auteur la question ne se pose pas ; il ne peut s'agir que d'une vérité « contingente », « humaine » : « elle réside dans l'esprit du juge et non pas dans la réalité » ; Xavier Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP G*, 27 avril 2005, n°17, doct. 133, n°3 : devant les insuffisances de l'entendement humain pour accéder à la vérité, le droit de la preuve se construit plutôt autour de l'idée de vraisemblance. « L'homme reprend possession de la vérité de telle sorte qu'il n'y a plus lieu de réfléchir à la vérité des faits mais seulement de trancher la question de savoir si tel propos est vrai ou faux ».

¹⁹⁰⁷ *Ibid.* ; Valérie Lassere-Kiesow, « La vérité en droit civil », *Études et commentaires, Chr. Rec. Dalloz*, 2010, n°15, pp. 907 et s. ; Mustapha Mekki, « Preuve et vérité », p. 2. article disponible à l'adresse : [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(M.%20Mekki\).pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(M.%20Mekki).pdf) [dernière consultation le 28 août 2015].

¹⁹⁰⁸ Georges De Leval, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », *In* Georges De Leval (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Commission Université-Palais, vol. 126, Liège Anthémis, 2011, pp. 25-54 ; Marcel Caratini, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gazette du Palais, Doctrine*, 1986-2, pp. 405-406.

¹⁹⁰⁹ Nous utiliserons comme synonymes les qualificatifs de « réel », « objectif » ou encore « matériel » pour qualifier le substantif de « vérité » qui se rapporte aux faits. Pour une conceptualisation sémiotique de la problématique probatoire, Éric Landowski, « Vérité et vérité en droit », *Droit et Société*, 1988-8, p. 53 (sur la distinction entre le « vrai » synonyme de conformité au réel et la vérité relative).

¹⁹¹⁰ *Ibid.* « Ce qui est vrai en droit n'est pas directement lié à ce qui peut l'être "en fait" c'est-à-dire selon tel ou tel système de signification autre que celui construit pour le droit ».

¹⁹¹¹ Georges De Leval, *op.cit.*, p. 28.

probatoire plus élevé dans le procès pénal que dans le procès civil¹⁹¹² : si le premier tend à établir la culpabilité de l'accusé dont l'issue peut entraîner une privation de liberté, le second tend à résoudre un conflit d'intérêts purement privés¹⁹¹³. On peut donc en déduire que l'exigence de vérité sera différente selon la nature de procès en question ; la preuve, qui participe à la manifestation de la vérité, sera soumise à des exigences différentes.

Le droit chinois de la preuve est très similaire à son homologue français. Néanmoins, il convient de soulever deux points d'ordre « culturel », dont le degré d'importance dans la compréhension du droit chinois des preuves est établi mais difficilement démontrable. Le premier élément concerne l'influence de la théorie impériale de la rectification des noms¹⁹¹⁴ dans la construction du réel. Sans prétendre à évaluer concrètement son influence dans la société chinoise contemporaine, il semble que ce souci d'équivalence entre un acte, un fait et sa dénomination soit révélateur du sens de la vérité accepté en Chine. À titre d'exemple, selon cette théorie, un individu titulaire du titre de fonctionnaire qui devient corrompu ne peut plus être qualifié de fonctionnaire, puisque ce statut ne permet pas un tel comportement dégénéré. La simple parole, le seul acte, produit des effets dans la réalité ; or, toute catégorisation, pour maintenir l'ordre, doit correspondre à cette réalité. Le désordre – notamment de l'ordre social –, dans ce cas, correspond à une divergence entre un nom et un acte, une parole et une chose ; le rétablissement de l'ordre doit passer par la rectification des noms et donc par le réagencement du réel. Ce rapport à la réalité est-il transposé ou non dans la recherche de la vérité ? Il est impossible de l'affirmer. En revanche, l'insistance particulière de la part des Chinois sur les faits¹⁹¹⁵ plutôt que le droit¹⁹¹⁶ ne semble pas y être étrangère. Or, la preuve n'est-elle pas, justement, l'intermédiaire entre le fait et le droit, entre la réalité et le verbe ?

Le second élément concerne la distinction entre procès pénal et civil, axée sur leur finalité ; il semble qu'en Chine, une telle distinction puisse être opérée entre les procédures amiables et contentieuses, mais non au sein même de ces catégories. La

¹⁹¹² Laurent Kennes, « Vérité et preuve pénale », *In* Georges De Leval (dir.), *op.cit.*, pp. 124-189.

¹⁹¹³ Florence Bussy, « L'erreur judiciaire », *Rec. Dall.*, 2005, p. 2254, n°12. La vérité en droit civil est parfois subordonnée à d'autres impératifs comme la sécurité juridique ; elle sera même écartée en matière diffamatoire pour ne pas porter atteinte à la vie privée.

¹⁹¹⁴ *Supra* n°31.

¹⁹¹⁵ A propos de l'importance de se situer dans le domaine factuel et non juridique pour accéder à la vérité objective, Marcel Caratini, *préc.*, p. 406.

¹⁹¹⁶ Incarné dans l'adage chinois « 事实求是 » (*shishi qiushi*) : « la vérité vient des faits ».

procédure chinoise amiable, est une procédure sociale, préventive, en partie sous le contrôle du judiciaire mais dont l'issue permet de rétablir la fameuse « harmonie chinoise¹⁹¹⁷ ». À l'inverse, la procédure contentieuse a pour but de faire triompher la vérité et de ce seul triomphe, les conséquences interviendront sous la forme de la décision judiciaire. En Chine, la matière civile n'échappe pas à cette recherche de la vérité objective¹⁹¹⁸, matérielle, à l'instar du droit allemand qui impose une obligation de vérité (*Wahrheitspflicht*) aux parties concernant l'affirmation des faits et consacre, par corrélation, la conception d'un juge « fort »¹⁹¹⁹.

277. Ces changements de points de vue peuvent justifier les particularités chinoises du droit des preuves, même si une analyse détaillée démontre également l'influence des théories étrangères, qu'elles viennent de la famille des droits continentaux ou soient d'origine soviétique. Avant la promulgation de la *Loi de procédure civile à titre expérimental* en 1982, seule la *Loi de procédure pénale* de 1979 faisait office de modèle procédural chinois¹⁹²⁰. « *Selon cette procédure, les tribunaux [étaient] responsables de trouver la vérité, la charge de la preuve qui incomb[ait] aux parties [était] minimisée et les prétentions des parties ne pos[ai]ent aucune restriction au pouvoir souverain du juge*¹⁹²¹ ». De ce système « super-inquisitoire » et soucieux du crime, la Chine a progressé, en à peine trente ans, et atteint un stade où son système procédural et surtout probatoire matière civile peut être qualifié de complet¹⁹²².

L'ensemble des preuves civiles admissibles est répertorié dans l'article 63 de la

¹⁹¹⁷ *Infra* n°334 et s.

¹⁹¹⁸ Comme le résume Stéphanie Balme (*Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 173), « en Chine, le procès civil ne vise pas à construire une vérité juridique, mais à appliquer le plus strictement possible le droit à des "faits objectifs" ».

¹⁹¹⁹ Frédérique Ferrand, « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, (actualisé en janvier 2018), n°64 : l'orientation du procès civil allemand vers la recherche de la vérité est un héritage du modèle autrichien de la fin du XIX^{ème} siècle, qui insiste sur la fonction sociale du procès, sur son rôle de protéger l'intérêt général en plus de l'intérêt privé.

¹⁹²⁰ *Loi sur la procédure pénale de la RPC*, (中华人民共和国刑事诉讼法), adoptée le 1^{er} juillet 1979 pendant la deuxième session de la 5^{ème} APN, modifiée successivement en mars 1996 et mars 2012.

¹⁹²¹ Zhang Nanning, Walton Douglas, « Recent trends in evidence law in China and the new evidence scholarship », *Law Probability and Risk*, Oxford University Press, n°9, 2010, p. 105.

¹⁹²² Pour une opinion inverse, qui dépeint un droit chinois des preuves « à moitié plein ou à moitié vide », V. Me Prouzet, avocat au Barreau de Paris : http://www.droitfrancechine.org/content/download/570/2993/file/file_8a4cd09264469d07a95c0acda5c77f3e.pdf [dernière consultation le 1er août 2015] ; V. Également « Le droit de la preuve en Chine » rédigé par Me Weissberg et Mme Liu Ying : <http://www.weissbergavocats.com/warvarbitration/pdf/lapreuve.pdf> [dernière consultation le 1er août 2015]. Le portrait du droit chinois des preuves dépeint par ces deux présentations est essentiellement négatif sans s'attacher à une étude détaillée du droit positif en la matière.

*Loi de procédure civile*¹⁹²³. Les catégories de preuve incluent les déclarations des parties (当事人的陈述), les preuves écrites (书证), matérielles (物证), les données visuelles et audiovisuelles (视听资料), les données électroniques (电子数据), les témoignages (证人证言), l'opinion des experts (鉴定意见) et enfin les rapports d'enquête (勘验笔录). Bien que la Chine n'ait pas formellement opté pour un système de preuve légale (法定证据) ou libre (自由心证)¹⁹²⁴, cet article témoigne de la préférence du législateur chinois envers le premier modèle¹⁹²⁵ ce qui semble correspondre de manière plus générale à l'encadrement strict du pouvoir judiciaire chinois¹⁹²⁶. La doctrine chinoise propose quant à elle un modèle mixte, alliant preuve libre et preuve légale¹⁹²⁷. À ce titre, l'exemple de la France est souvent utilisé¹⁹²⁸, où la combinaison du principe de preuve libre en matière de fait juridique et du nouvel article 1359 (ancien 1341) du Code civil en matière d'acte juridique permet une

¹⁹²³ Comp., Code civil français, ancien art. 1315 (« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ») ; nouvel art. 1358 issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (art. 4) qui renforce le principe de liberté de la preuve et, « lorsque la loi en dispose autrement », les cas exigeant une preuve légale (art. 1359-1362).

¹⁹²⁴ Cette absence de choix a été un sujet abondamment commenté en doctrine qui généralement opte pour un système mixte. V. Yang Hong-chao (杨红朝), « Sur la combinaison entre l'évaluation souveraine de la preuve et la preuve libre : analyse d'un modèle de preuve civile » (« 论自由心证与证据规则结合之证明模式——以我国民事证明模式的选择为中心 »), *Journal de l'Université des technologies de Wuhan* (éd. sciences sociales), vol. 19, n°4, août 2006, pp. 539-543 ; Wen Wen (温文), Tan Ren-Jie, (谭任杰) « Le choix entre la preuve légale et la preuve libre – Analyse à partir du système de preuve civile » (« 法定证据与自由心证之抉择——以民事证据制度的选择为视角 »), *Journal de l'Institut juridique et des sciences politiques du Shanxi*, vol. 24, n°2, 2011, pp. 122-123 ; Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2013 (actualisation janvier 2018), n°27 : la preuve légale fait référence à « la preuve conditionnée par des règles légales imposant certains modes de preuve prédéterminés et ordonnant au juge de tenir pour vrais les faits établis par certains procédés de preuve » et la preuve libre, aussi appelée morale, désigne la preuve pouvant être apportée par tous moyens, et « lorsqu'elle laisse au juge le soin, au regard de son intime conviction fondée sur les éléments probatoires dans le débat, de décider si tel fait est ou non prouvé ».

¹⁹²⁵ L'article 63 de la LPC a été amendée en 2012 : « les sortes de preuve sont les suivantes » est ainsi devenu « les preuves incluent » ; la preuve issue des données électroniques a été rajoutée, de même que « la conclusion d'expert » a été remplacée par « l'opinion de l'expert ».

¹⁹²⁶ Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°27 : « Lorsqu'un système juridique opte pour le système de preuve légale ou pour celui de preuve morale, il indique par là indirectement mais nécessairement quelle est son attitude envers ses juges nationaux. La théorie de la preuve légale manifeste une certaine méfiance envers les magistrats, car en réglementant les procédés de preuve et leur force probante, le législateur tente par avance de pallier une éventuelle faillibilité du juge en lui imposant "une" vérité légale. ».

¹⁹²⁷ Sur la mixité du système de preuve français : Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°29-30.

¹⁹²⁸ Wen Wen, Tan Ren-Jie, préc., p. 123 ; Yang Hong-Chao, préc., pp. 539-540, qui qualifie le contenu du système de preuve français, en raison du principe d'exclusion des preuves, de modèle de preuve légale.

hiérarchisation des preuves qui s'impose au juge¹⁹²⁹. Pour les auteurs chinois, le problème de fond sous-jacent à un tel choix n'est autre que l'étendue du pouvoir d'appréciation accordé au juge¹⁹³⁰.

« Autrement dit, est-ce la loi qui anticipe la collecte et l'utilisation des preuves ainsi que le critère d'appréciation pour chaque catégorie preuve (证据的标准) établi, ou faut-il laisser le juge faire libre usage des preuves et de leur appréciation en fonction de la situation concrète et de son « intime conviction¹⁹³¹ » ?

En effet, le pouvoir d'appréciation accordé au juge chinois provient de ce que la Chine a longtemps usé – et use toujours – du principe de « rechercher la vérité dans les faits » (事实求是, *shishi qiushi*)¹⁹³². Ce principe impose, au moment de l'administration de la preuve, d'effectuer une analyse « au cas par cas », c'est-à-dire une évaluation *in concreto*¹⁹³³. L'article 63 de la LPC, en raison de sa généralité, serait alors de nature purement taxinomique, aiguillant les parties sur la nature des pièces à offrir au juge. Certains principes, communs au système français, permettent certes d'exclure des preuves *a posteriori* de leur soumission (exclusion des preuves obtenues de manière illégale ou restriction des preuves fournies hors délai). Pourtant, la largesse accordée au juge en matière de recevabilité des preuves, associée à la relative faiblesse normative en droit substantiel probatoire, incitent à reconsidérer la signification chinoise accordée à la distinction entre système de preuve légale et

¹⁹²⁹ Wen Wen, Tan Ren-Jie, préc., p. 123 : « Bien que la France applique le système de libre appréciation des preuves, il demeure encore des restes d'une certaine tradition de preuve légale ; l'article 1341 du Code civil régleme la priorité des preuves écrites, ce qui est un exemple de limitation de preuve » ; L'écrit est ainsi qualifié de « reine des preuves », Xavier Lagarde, « D'une vérité à l'autre », préc., p. 6.

¹⁹³⁰ Yang Hong-chao, préc., p. 539 : « 这两种模式的根本区别在于法律是否给法官使用证据的评判证据的自由 ».

¹⁹³¹ *Ibid.* Ce problème est d'ordre institutionnel et politique puisqu'il tend à apprécier, de nouveau, la place du juge et, plus largement, du pouvoir judiciaire dans le système politique. Sa soumission au législateur ne lui permet pas de s'éloigner de sa volonté en appliquant le droit qui, en Chine, ne peut (ou plutôt ne *doit*) être interprété. Dans la réalité, il semble difficile d'appliquer une règle sans en dégager au préalable le sens, ce qui impose un méta-référent. En matière de preuve, le *degré de vraisemblance* des discours constitue la valeur sous-jacente à l'évaluation des preuves par le juge. V. Éric Landowski, préc., p. 55.

¹⁹³² Ce principe de rechercher la vérité dans les faits est lié avec l'origine inquisitoire du système procédural chinois. V. Zhirong Tao, Elizabeth Fahey, « The Pretrial Discovery Process in Civil Cases : A Comparison of Evidence Discovery Between China and the United States », 37 B.C., *Int'l & Comp. L. Rev.* 281, vol. 37, n°2, (2014), p. 298. Les auteurs rappellent ainsi que la Chine a toujours mis l'accent sur un procès dont la fonction est de clarifier les faits et sur un juge dont la responsabilité est de déterminer les faits de l'affaire. Cet élément qui fait partie plus largement de la culture judiciaire, doit être pris en compte au moment de proposer des améliorations. Pour ces derniers, l'idéal pour la Chine serait de renforcer les pouvoirs accordés aux parties en matière de collecte et de production de preuves.

¹⁹³³ Yang Hong-chao, préc., p. 540.

système de preuve libre¹⁹³⁴.

Dans un second temps, la logique amène à se pencher sur une différenciation des effets probants des catégories de preuves listées, ce qui est typique des systèmes de preuve légale. Selon le dernier alinéa de l'article 63 (LPC) : « *la véracité des preuves doit être vérifiée afin de la considérer comme référence dans l'établissement des faits*¹⁹³⁵ ». La loi elle-même n'impose que certains critères de gradation telle que la supériorité de la preuve écrite sur le témoignage¹⁹³⁶ ou encore de l'original sur la copie¹⁹³⁷. Elle laisse au juge l'appréciation souveraine des données audiovisuelles¹⁹³⁸ et impose de confronter les déclarations des parties, considérées comme des « preuves imparfaites », aux autres preuves de l'affaire. Il est à noter que le silence d'une des parties n'influence pas, en théorie, le résultat du procès, le juge devant alors fonder sa décision sur « *les preuves établissant les faits de l'affaire*¹⁹³⁹ ». Outre certaines exigences formelles¹⁹⁴⁰, c'est surtout l'exigence de confrontation des preuves entre les parties (résultat du principe contradictoire) qui s'impose comme critère de recevabilité de la preuve, point sur lequel nous reviendrons en détail par la suite¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁴ Sur la signification de cette distinction pour les juristes occidentaux de droit privé: Georges De Leval, *op.cit.*, p. 29 : « il y a preuve légale quand la loi détermine les procédés de preuve, précise la valeur probante de chacun de ceux-ci et réglemente les conditions de leur recevabilité ».

¹⁹³⁵ LPC, art. 63, al 2 : « 证据必须查证属实, 才能作为认定事实的根据 ».

¹⁹³⁶ Xavier Lagarde, « D'une vérité à l'autre » p. 6 ; par l'opposition des systèmes de preuves de *common law* et de *civil law*, l'auteur met en exergue la caractéristique du droit civil français dont le « système de preuve légale [...] fait varier la force probante en considération du désintérêt de l'auteur de la preuve ». En Chine, bien que la taxinomie des preuves ne suive pas de manière si évidente ce cette raison sous-jacente, les principes en la matière rejoignent la distinction de base entre preuve parfaite et imparfaite. Citons ainsi la règle de complétude des preuves (补强证据规则) qui exclut, par exemple, les témoignages d'une personne en lien avec une partie ou son représentant ou les données audio-visuelles dans lequel un doute existe s'ils ne sont pas complétés par d'autres preuves. La règle dite « de la meilleure preuve » (最佳证据规则) signifie quant à elle que les documents ou matériels originaux ou encore les autres matériaux dans lequel aucun doute n'existe ne peuvent être contredits que par une preuve tout aussi parfaite. V. *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systématique et analyse de cas, op.cit.*, pp. 140-141.

¹⁹³⁷ LPC, art. 70.

¹⁹³⁸ LPC, art. 71.

¹⁹³⁹ LPC, art. 75. À condition, bien sur, que le silence de la partie résulte de son propre choix et ne soit pas la conséquence d'une violation du contradictoire.

¹⁹⁴⁰ LPC, art. 66 créé avec l'amendement de la *Loi sur la Procédure Civile* en 2012 (production d'un reçu par le tribunal au moment de la réception de la donnée probatoire) ; « Nombreuses Règles de la CPS en matière de preuve civile », (Interprétation [2001] n°33). Par exemple : art. 14 (annotation de l'origine de la preuve, son contenu et objet) ; art. 20 (contrôle du tribunal exercé sur une copie ou un duplicata devant mentionner la source originelle et les circonstances de l'obtention).

¹⁹⁴¹ Nous reviendrons plus tard sur la force probante nécessairement relative des données probatoires en Chine (subordonnées au principe contradictoire).

278. La charge de la preuve. L'aménagement de la charge de la preuve relève du domaine du législateur en France¹⁹⁴² et en Chine. Toutefois, la Cour Populaire Suprême chinoise joue un rôle de première importance dans cette matière. Ainsi, si par principe, celui qui invoque un fait doit le prouver¹⁹⁴³, des dérogations judiciaires de droit substantiel sont prévues en matière délictuelle (art. 4 des Règles [2001] n°33), contractuelle (art. 5) ou en droit du travail (art 6). L'article 7 des Règles n°33 de 2001 précise qu'en cas d'impossibilité d'établir la charge de la preuve en raison de l'absence de dispositions normatives, le tribunal devra décider à quelle partie incombe cette charge selon le principe de justice (d'équité) et de bonne foi. Cette règle est renforcée par la dernière interprétation judiciaire de 2015, qui régleme, en réalité, la charge de *l'allégation* des parties¹⁹⁴⁴. Selon l'article 91, le tribunal doit ainsi, « selon les principes suivants », déterminer la responsabilité de la charge de la *l'allégation* (确定举证证明责任的承担), à l'exception d'autres dispositions légales. Or, ces principes en question sont de véritables règles de répartition, beaucoup plus détaillées que les principes d'équité ou de bonne foi prévus en 2001 : « la partie qui défend l'existence d'une relation juridique doit rapporter la preuve des faits fondamentaux générateurs d'une telle relation ; la partie qui défend la modification

¹⁹⁴² Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 454-455, n° 595 : l'aménagement de la charge de la preuve appartient au législateur qui règle, dans le Code civil, les modes *d'admission* de la preuve alors que les questions *d'administration* de la preuve relèvent de la procédure civile ; Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°13 : « La preuve en législation. Loi de fond ou de procédure ».

¹⁹⁴³ LPC, art. 64 ; Interprétation [2001] n°33, art. 2 ; principe réitéré dans « l'Interprétation judiciaire de la CPS concernant l'application de la "loi de procédure civile" » (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释), adoptée le 18 décembre 2014, entrée en vigueur le 4 février 2015 (Interprétation [2015] n°5), art. 90, qui rajoute « à l'exception des autres règles de droit » ; France : CPC, art. 6 (charge de l'allégation) et 9 (charge de la preuve).

¹⁹⁴⁴ Il est surprenant de constater que les Chinois règlementent (inconsciemment ?) la charge de *l'allégation*, définie comme « la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit » (Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, op.cit.*, p. 87). Deux remarques peuvent être faites. La première est d'ordre terminologique concernant la notion de prétention (*Supra* n°257) ; deuxièmement, si, en principe, la charge de l'allégation intervient avant la charge de la preuve (qui naît de la contestation des faits par l'autre partie (p. 88), en Chine, la distinction ne semble pas exister, à moins de considérer l'examen de la chambre d'enregistrement comme un contrôle ne portant que sur l'allégation des faits. Le magistrat responsable de la décision ne devrait alors contrôler que la charge de la preuve. En France, la charge de l'allégation (CPC, art. 6) est distinguée, en théorie, de la charge de la preuve (CPC, art. 9) bien qu'en pratique, celle-ci suit celle-là : Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, pp. 463-470, n°526-529. La charge de l'allégation fait référence à la responsabilité des parties d'apporter les « faits de nature à fonder la prétention » (n°526) : le juge français ne peut, en principe, aller au-delà des faits invoqués par les parties ; la charge de la preuve se réfère aux éléments de faits propres à établir le bien-fondé, le succès de la prétention ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 459, n°605.

ou la fin d'une relation juridique, ou la violation de ses droits, doit rapporter la preuve des faits fondamentaux [générateurs de tels évènements]¹⁹⁴⁵ ».

La charge de la preuve en droit chinois doit être comprise plus largement qu'en droit français. Ce dernier, en matière civile, restreint *en principe* cette responsabilité aux parties ; néanmoins, et sans doute en raison de l'impossibilité pour le juge de refuser de statuer sur une affaire en raison d'un simple doute sur un fait¹⁹⁴⁶, le législateur français a prévu des mécanismes qui lui permettent de découvrir la vérité en dehors des parties via les mesures d'instruction : « le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » (CPC, art. 10). En Chine, si l'idée de base est analogue, la formulation des articles en la matière incite à repenser les mesures d'instruction dans le cadre d'une véritable répartition de la charge de la preuve entre les parties, d'une part, et le tribunal, d'autre part¹⁹⁴⁷. Le système de preuve chinois, tout comme le système de preuve français, ont en commun de laisser le juge participer activement à la découverte des faits. En France, cette participation s'incarne notamment dans le recours aux mesures d'instruction détaillées aux articles 143 et suivants du Code de procédure civile¹⁹⁴⁸. En Chine, en comparaison, seuls quatre articles législatifs en matière de preuve font référence au « pouvoir d'instruction » du juge chinois : les articles 64 (qui pose le principe de la charge de la preuve), 67 (concernant l'instruction, par le tribunal, sur des preuves détenues par les tiers), 78 (sur la demande d'expertise) et 89 (sur le rapport d'enquête) de la LPC. La répartition actuelle de la charge de la preuve judiciaire en Chine est une

¹⁹⁴⁵ Interprétation [2015] n°5, art. 91 : « 人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任 ».

¹⁹⁴⁶ Sous peine de déni de justice : Code civil art. 4 ; Civ. 2^e, 28 juin 2006, n°04-17224, *Bull.* II, n°174, p. 166 : cassation au visa de l'article 4 du Code civil de l'arrêt d'appel qui refuse de statuer sur le montant des intérêts d'une pension alimentaire invoquant l'impossibilité d'en déterminer le montant. Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 465, n°610.

¹⁹⁴⁷ Georges De Leval, *op.cit.*, p. 34. L'auteur décrit la charge de la preuve comme « l'aide à la décision qui au final permet de surmonter les incertitudes » qui doit reposer, avant tout sur un devoir de collaboration entre les parties (p. 32) et non, entre les parties et le juge. À moins que l'on considère qu'il est du devoir du juge de faire éclater la vérité indépendamment de l'équilibre « privé » du procès...

¹⁹⁴⁸ Les mesures d'instruction constituent un sous-titre prévu aux articles 143 à 284-1 du Code de procédure civile du Titre VII portant sur l'administration judiciaire de la preuve.

construction prétorienne¹⁹⁴⁹, basée sur l'interprétation de l'article central en la matière, l'article 64 de la *Loi de procédure civile*.

279. La participation du juge chinois dans la recherche de la vérité.

L'article 64 de la LPC dispose, en effet, dans son alinéa 2 que « *lorsque la partie et son représentant, en raison d'un facteur objectif (客观原因), ne peuvent collecter personnellement la preuve, ou, si le tribunal estime la preuve nécessaire au jugement de l'affaire, le juge peut procéder à une mesure d'instruction (调查收集)*¹⁹⁵⁰ ». Cet article est donc à rapprocher de la combinaison des articles 143¹⁹⁵¹ et 146, alinéa premier¹⁹⁵² du Code de procédure civile français. Dans une première interprétation de la *Loi de procédure civile* publiée en 1992, la Cour Populaire Suprême ne distinguait pas les mesures d'instruction selon l'auteur de leur initiative. Seules étaient établies les situations où les preuves étaient à *la charge des tribunaux*, c'est-à-dire : dans le cas où une partie ou son représentant ne pouvaient objectivement procéder personnellement à la collecte des preuves (qui reprend, presque littéralement, une partie de l'article 64 alinéa 2) ; lorsque le tribunal estimait nécessaire une mesure d'expertise ou une consultation de spécialiste ; lorsque les preuves présentées par les parties étaient contradictoires et ne pouvaient ainsi être reconnues ; enfin, pour les autres preuves dont le tribunal estimait qu'il devait collecter lui-même¹⁹⁵³. Par l'interprétation de 2001, la Cour Populaire Suprême précise le champ d'application des mesures d'instruction initiées, cette fois-ci, à la demande des parties¹⁹⁵⁴. Ces dernières peuvent demander au tribunal de procéder à la collecte des preuves lorsque celles-ci sont détenues par les départements étatiques et que leur consultation est conditionnée à une autorisation judiciaire ou encore lorsque ces preuves impliquent

¹⁹⁴⁹ « Opinion de la CPS sur les nombreuses questions relatives à l'application de la "Loi de procédure civile" de la RPC » (最高人民法院关于适用“中华人民共和国民事诉讼法”若干问题的意见) du 14 juillet 1992 (Opinion [1992] n°22, abrogées le 4 févr. 2015, par l'Interprétation [2015], n°5), art. 73 ; Règle [2001] n°33, art. 3 alinéa 2, Chapitre 2 « les preuves collectées par les tribunaux », art. 15-31 ; Interprétation [2015] n°5, art. 94-98.

¹⁹⁵⁰ La traduction littérale de l'expression « 调查收集 » est « enquête et collecte », que nous avons remplacée, par souci de commodité pour le lecteur français, par le terme « instruction ».

¹⁹⁵¹ CPC, art. 143 : « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

¹⁹⁵² CPC, art. 146 : « Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver ». L'alinéa 2 de cet article impose la limite suivante : « En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

¹⁹⁵³ Opinion [1992] n°22, art 73.

¹⁹⁵⁴ Interprétation [2001] n°33, art. 17.

un secret d'état, commercial ou encore une donnée de la vie privée d'un individu¹⁹⁵⁵.

L'existence d'une « cause objective » affirmée dans l'article 64, al. 2 de la LPC est réitérée à l'alinéa 2 de l'article 3 des Règles en matière de preuve civile de 2001 qui posent le principe de l'assistance du tribunal en matière probatoire à la demande des parties¹⁹⁵⁶, ainsi qu'en son article 17 (3)¹⁹⁵⁷, qui se contente de reformuler, sans plus de précision, la règle de l'article 64, al. 2 de la LPC¹⁹⁵⁸. L'interprétation judiciaire de 2015 n'explique pas plus clairement ces « facteurs objectifs » : il est ainsi surprenant, voire cocasse, de pouvoir lire, dans son article 94, que « *les preuves auquel se réfère l'article 64, alinéa 2 de la Loi de procédure civile, qui ne peuvent être collectées par les parties ou leur représentant en raison d'un facteur objectif incluent : [...] les autres preuves ne pouvant être obtenues par les parties et leur représentant en raison d'une cause objective*¹⁹⁵⁹ ». Cette espèce d'enchaînement normatif tautologique constitue de manière évidente un cheval de Troie permettant l'immixtion du juge dans le procès civil. Généralement, on considère que la vérité du procès est relative puisque, en toute logique, le juge ne peut se prononcer que sur les faits démontrés par les parties¹⁹⁶⁰. Or, la participation du juge dans la recherche et dans la production des preuves tend indéniablement à élargir sa vision de la situation conflictuelle et incarne, indubitablement, la racine inquisitoire de la procédure civile chinoise¹⁹⁶¹. Cette « juridictionnalisation » du litige originellement privé – au sens où les parties ne sont plus les seules maîtresses de la matière litigieuse – qui intervient *en amont* de la décision finale, confère à cette dernière une autorité moins juridique

¹⁹⁵⁵ Règle [2001] n°33, art. 17 (2).

¹⁹⁵⁶ Interprétation [2001] n°33, art. 3 al 2 : « *Les parties qui, en raison d'un facteur objectif, ne peuvent exercer elles-mêmes la collecte des preuves, peuvent demander au tribunal populaire de procéder à une mesure d'instruction* ».

¹⁹⁵⁷ Interprétation [2001] n°33, art.17 (3) : « *Lorsqu'une des conditions suivantes est remplie, les parties et leur représentant peuvent demander au tribunal populaire de procéder à une mesure d'instruction : (3) (concernant) les autres données que les parties et leur représentant ne peuvent collecter eux-mêmes en raison d'un facteur objectif* ».

¹⁹⁵⁸ Interprétation [2001] n°33, art. 3, al. 2 ; art. 17, al. 3.

¹⁹⁵⁹ Interprétation [2015] n°5, art. 94 (3).

¹⁹⁶⁰ Georges De Leval, *op.cit.*, p. 39 : « [...] Le périmètre de la saisine du juge est circonscrit par les parties et il ne peut s'en affranchir. Il peut donc avoir une vision fragmentaire de la situation de fait qui est à l'origine du litige [...]. C'est l'une des raisons pour lesquelles la vérité judiciaire est une vérité relative : les éléments pris en compte par le juge peuvent ne refléter que partiellement la situation réelle des parties en matière civile ».

¹⁹⁶¹ Florence Bussy, préc., p. 2554, n°11 : « Dans une procédure inquisitoire, [...] l'institution judiciaire maîtrisant la recherche des preuves, [...] peut centrer ses investigations sur les éléments qui lui paraissent décisifs. [...] La procédure inquisitoire est plus propice à la découverte de la vérité que la procédure accusatoire, ce qui sous-entend que le juge est davantage soucieux d'appréhender la réalité des faits que ne le sont les parties, préoccupées avant tout de convaincre le juge afin d'obtenir gain de cause ».

qu'objective¹⁹⁶², comme si de la résolution du différend subjectif dépendait un intérêt supérieur impliquant de découvrir la vérité à tout prix¹⁹⁶³. Cela explique sans doute pourquoi les possibilités de remise en cause de la décision judiciaire sont plus axées sur l'erreur du juge et l'erreur dans l'établissement des faits que sur une mauvaise application du droit¹⁹⁶⁴.

280. L'encadrement des mesures d'instruction. Tout en laissant cette soupape de sécurité offerte au juge, la Cour de Pékin, dans sa volonté sans doute, de libéraliser le procès civil, a également tenté de limiter cette ingérence : pour la première fois en droit chinois, elle érige ainsi en principe la mesure d'instruction initiée à la demande des parties, et liste, de manière exhaustive, les cas dans lesquels c'est le tribunal qui en a l'initiative¹⁹⁶⁵. La tendance irait donc vers l'encadrement du pouvoir d'office du juge concernant les mesures d'instruction, tout en améliorant l'assistance judiciaire offerte aux parties en cas d'incapacité à collecter une preuve. Le droit chinois des preuves tend, d'un côté, à renforcer la participation active des parties dans l'obtention et la production des données probatoires et oblige ainsi à leur responsabilisation. D'un autre côté, le juge reste maître de l'instruction du procès lorsqu'il le considère « nécessaire »... Est-ce par souci de faire triompher la recherche d'une vérité objective ou les innovations récentes en la matière tendent-elles à reconnaître, petit à petit, un « droit à la preuve chinois » ?

¹⁹⁶² Ce qui justifie que l'erreur judiciaire soit une *admise* comme une des causes principales des voies de recours en Chine. *Comp.* en France, Fl. Bussy, préc., p. 2253 n°3.

¹⁹⁶³ Roger Perrot, cité par Georges De Leval, *op.cit.*, p. 40 : « Par hypothèse, le procès en matière civile met en cause nos intérêts privés, c'est-à-dire des intérêts dont nous avons la maîtrise. À la différence du contentieux pénal et du contentieux administratif, où les questions concernant l'intérêt général pèsent de tout leur poids, le procès civil apparaît comme le prolongement de nos droits subjectifs sur le plan judiciaire. Et cela explique la subtilité, mais aussi la complexité des rapports qui existent entre les plaideurs et leur juge. [...] À la différence du juge pénal il ne lui appartient pas de courir après la vérité ; la vérité que le jugement révélera sera fonction de ce que les parties lui ont apporté [...] ».

¹⁹⁶⁴ V. not. le recours en révision, *Infra*, n°305 et s.

¹⁹⁶⁵ Interprétation [2015] n°5, art. 96 : les preuves que le tribunal *considère nécessaires* au jugement de l'affaire et auxquelles se réfère l'article 64, alinéa 2 de la LPC incluent : (1) celles en lien avec un intérêt étatique, social et public ; (2) celles qui portent sur une relation personnelle ; (3) celles renvoyant aux dispositions de l'article 55 de la *Loi de procédure civile* ; (4) en cas de risque que les parties violent dans une mauvaise intention les droits et intérêts légaux d'autrui ; (5) les domaines qui impliquent la recherche d'une partie, la suspension ou la fin de l'audience, la récusation... *Comp.* France : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 466 n°611. Comme en Chine, la mesure d'instruction en France peut être sollicitée par la partie ou à l'initiative du juge mais dans la limite de l'article 146 du CPC. Mais, « [...] le droit consacré à l'article 1°, C. pr. civ. n'est pas illimité ni inconditionnel : il suppose en effet d'abord que la partie alléguant le fait ne soit pas en mesure de le prouver, ensuite que la mesure d'instruction envisagée puisse avoir une utilité probatoire ».

B. La responsabilisation des parties au procès civil.

281. Lié à « l'importance grandissante de la quête de la vérité des faits¹⁹⁶⁶ », ce « droit à la preuve », expression émergente dans la doctrine française et énoncée pour la première fois en 2012 par les juges français¹⁹⁶⁷, doit contribuer, dans une certaine mesure, au procès équitable¹⁹⁶⁸. Ce droit à la preuve français ne saurait évidemment être illimité¹⁹⁶⁹ et doit répondre à des exigences de nécessité probatoire¹⁹⁷⁰ ; par ailleurs, le droit à la preuve ne peut s'exercer que dans le respect du principe de loyauté probatoire, axé sur une collaboration renouvelée entre le juge et les parties¹⁹⁷¹. Si l'idée d'un droit à la preuve en tant que droit subjectif en Chine doit être rejetée¹⁹⁷², l'office du juge en la matière laisse à penser que la découverte de la vérité – finalité intrinsèque au droit à la preuve – reste prioritaire. Pourtant, la responsabilisation croissante des parties dans le procès civil chinois témoigne de ce que la Chine veut imposer certaines limites à cette exigence, limites qui constituent, schématiquement, ce que l'on dénomme en France les droits de la défense¹⁹⁷³. Autrement dit, si la France se tourne de plus en plus vers un modèle où l'exigence de prouver un fait peut primer sur des considérations juridiques individualistes – telle que la vie privée –, la Chine tend, progressivement, à opter pour la tendance inverse. L'affirmation

¹⁹⁶⁶ Cyril Grimaldi, « Preuve et droits fondamentaux », Rapport rédigé par dans le cadre des journées internationales du 3 au 7 juin 2013 aux Universités d'Amsterdam et de Liège portant sur la preuve, 44p., disponible à l'adresse : [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(C.%20Grimaldi\)_0.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(C.%20Grimaldi)_0.pdf) [dernière consultation le 15 septembre 2015], p. 3.

¹⁹⁶⁷ Civ. 1^e, 5 avril 2012 n°11-14.177, *D.* 2012. 1596 note G. Lardeux ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. Hauser.

¹⁹⁶⁸ Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire Procédure Civile, op.cit.*, n° 4 : le droit à la preuve peut être analysé comme un droit subjectif processuel qui implique une obligation de collaboration de la partie adverse et du juge.

¹⁹⁶⁹ L'exigence de loyauté étant une première limite, Georges De Leval, *op.cit.*, pp. 37-38.

¹⁹⁷⁰ Surtout dans le cas où le droit à la preuve est confronté au droit à la vie privée : Civ. 1^e, 5 avril 2012 n°11-14.177. Cassation au visa des articles 9 du Code de procédure civile et du Code civil et des articles 6 et 8 de la Convention EDH l'arrêt d'appel qui rejette une lettre écrite versée aux débats au motifs qu'elle a été produite sans l'autorisation de son rédacteur ni des deux soeurs du demandeur en cassation, violant ainsi l'intimité de leur vie privée et le secret des correspondances. Pour la Cour de cassation, « en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁹⁷¹ Cyril Grimaldi, *op.cit.*, p. 33.

¹⁹⁷² Du fait de l'inexistence des « droits à » dans la culture juridique chinoise.

¹⁹⁷³ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, pp. 632 et s., n°172 et s. : si les droits de la défense sont l'héritage d'une « époque où les justiciables subissaient les procès plutôt qu'il n'y participaient », ils exigent aujourd'hui une participation plus active des parties par l'application, notamment, du principe du contradictoire. V. les propos de Marie-Anne Frison-Roche, repris par les auteurs au sujet des droits de la défense : « il ne s'agit plus d'accorder "des faveurs [...] à une partie structurellement en position de faiblesse", mais "d'arracher la personne de cet état d'infériorité pour la mettre à force égale avec l'autre" ».

graduelle des droits de la défense en Chine passe par le renforcement du principe du contradictoire (2) qui suppose, au préalable, que les parties soient sur un même pied d'égalité (1)¹⁹⁷⁴.

1. La mise à égalité des parties au procès civil.

282. L'ajustement des délais probatoire. Mettre les parties sur un pied d'égalité ou affirmer, dans un vocabulaire français, le principe d'égalité des armes¹⁹⁷⁵, implique tout d'abord qu'aucune des parties n'ait de position privilégiée¹⁹⁷⁶. En Chine, cela devait passer, prioritairement, par l'alignement des délais probatoires accordés aux parties. Grâce à l'intervention des juges de Pékin en 2015, cette innovation est confirmée. En effet, avant 2015, le magistrat qui acceptait l'affaire devait envoyer aux parties une lettre d'acceptation tout en précisant le délai accordé pour la production et l'échange des preuves¹⁹⁷⁷. La Cour Suprême avait déjà précisé, en 2001, que ce courrier devait également expliquer aux parties les exigences relatives aux preuves invoquées, le principe de répartition de la charge de la preuve, la possibilité de demander au tribunal des mesures d'instruction et les conséquences en cas de non-respect du délai accordé¹⁹⁷⁸. Les parties pouvaient convenir entre elles – et le peuvent toujours – du délai probatoire, effectif avec l'autorisation du tribunal ; en cas de délai imposé par le juge, les hauts magistrats s'étaient accordés sur un minimum de trente jours à compter de la notification de l'acceptation de la demande en justice à la partie défenderesse¹⁹⁷⁹.

Or, avec l'amendement de la *Loi de procédure civile* en 2012, le législateur chinois a ajouté un nouvel article 65, dont le premier alinéa impose aux parties de

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁹⁷⁵ Exigence composante du procès équitable tel que mentionné à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ; pour une présentation de l'évolution française et européenne de cette notion, V. Jean-Pierre Dintilhac, conseiller à la Cour de cassation, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », Rapport annuel de la Cour de cassation, *L'égalité*, 2003, deuxième partie, disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html [dernière consultation le 1er octobre 2015]. V. Également le rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation, « La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation ».

¹⁹⁷⁶ Ce qui implique également, en France, l'État ou le procureur : CEDH, 22 sept. 1994, requête n° 13616/88, *Hentrich c/ France*. Pour la Chine, nous nous contenterons d'analyser l'égalité des parties.

¹⁹⁷⁷ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, p. 133 (commentaires et explications sous l'art. 64).

¹⁹⁷⁸ Interprétation [2001] n°33, art. 33.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

communiquer les preuves de leurs défenses dans un « délai raisonnable » (及时)¹⁹⁸⁰. Le point de départ n'est pas précisé et la durée de ce délai est laissée à l'appréciation du juge, « *selon la situation concrète des parties*¹⁹⁸¹ ». Les juges de Pékin sont ainsi de nouveau intervenus en 2015 pour éclaircir cette ambiguïté légale, en estimant que le délai probatoire serait établi *pendant la phase préparatoire* à l'audience et non plus à compter de la notification faite aux parties de l'acceptation de la demande en justice ; paradoxalement, le délai minimum est réduit à quinze jours en première instance et à dix jours en appel¹⁹⁸². Cet ajustement, souligné par la doctrine chinoise, témoigne, indubitablement, du souci d'efficacité procédurale – en réduisant les délais probatoires – et de la nécessité de (re)mettre les parties sur un même pied d'égalité¹⁹⁸³. Auparavant, le délai était certes plus long, mais démarrait au moment où les parties étaient informées de l'acceptation judiciaire de la demande en justice, offrant ainsi un avantage considérable au demandeur sur le défendeur. Par la réduction du délai minimum et la prorogation du point de départ, le défendeur est supposé être « au même niveau » que le demandeur. Si ce changement peut paraître minime au premier abord, il s'accompagne également de sanction en cas de preuve produite hors délai.

283. Les sanctions des preuves produites hors délais. En 2015, le droit chinois des preuves serait passé d'une possibilité de « produire la preuve à tout moment » (证据随时提出主义) à l'exigence de « produire la preuve dans les délais accordés » (证据适时提出主义)¹⁹⁸⁴. Avant 2015, en cas de preuve produite en dehors du délai probatoire, le principe énoncé dans les Règles de 2001 était la perte du « droit de prouver » (证据权)¹⁹⁸⁵. Dorénavant, en cas de preuve communiquée au tribunal hors délai, il convient de distinguer les cas où la partie agit *intentionnellement* ou non. En effet, sans cette précision, les sanctions légales qu'encourent les parties en cas de

¹⁹⁸⁰ Ce point a été sujet de débat lors de l'amendement de 2012.

¹⁹⁸¹ LPC, art. 65, al. 2.

¹⁹⁸² Interprétation [2015] n°5, art. 99.

¹⁹⁸³ V. Sur ce point les explications données par M. Song Chunyu (宋春雨), membre de la première chambre civile de la CPS, « Réflexion sur les nombreuses questions de preuves au sein de l'interprétation judiciaire de la "loi de procédure civile" », (« 论“民事诉讼法”司法解释中的若干证据问题 »), *Journal of law application*, n°4, 2015, p. 28.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.* ; Zhirong Tao, Elizabeth Fahey, préc., p. 303.

¹⁹⁸⁵ Interprétation [2001] n°33, art. 34 : la partie qui ne communique pas les données probatoires dans le délai imparti est réputée abandonner son droit ; pour les preuves communiquées hors délai, le tribunal n'organise pas de contre-interrogatoire lors de l'audience. L'expression utilisée de droit de prouver est la traduction de l'expression « 证据权 » qui ne doit pas être assimilée au « droit à la preuve » français.

production de preuve hors délai sont relativement laxistes. Ainsi, si la partie ne justifie pas d'une cause raisonnable de son retard, le juge pourrait choisir entre sermonner la partie et intégrer la preuve litigieuse au dossier ou ne pas l'intégrer¹⁹⁸⁶. Or, avec l'article 102 de l'interprétation judiciaire de 2015, le principe est renversé : le tribunal ne *doit pas* accepter une preuve communiquée intentionnellement hors délai ou « clairement » hors délai. Il peut, si la preuve en question concerne un fait fondamental de l'affaire, l'intégrer au dossier et prononcer les sanctions prévues à l'article 65 (*i.e.* prononcé d'un avertissement voire d'une amende après que la partie qui a été mise en demeure de s'expliquer sur la tardiveté du dépôt de preuve refuse de fournir des explications) la *Loi de procédure civile*. Cependant, lorsque la partie rencontre des difficultés dans la production de preuve, l'article 65 de la LPC reste relativement souple, puisqu'elle peut demander au juge une prolongation du délai avant l'expiration du premier terme¹⁹⁸⁷. Le juge peut y faire droit si la demande est justifiée au regard des circonstances de l'affaire et, dans ce cas, le nouveau délai s'applique également à la partie adverse¹⁹⁸⁸.

La référence à l'intention de la partie, critère subjectif, dans l'appréciation de la suite à donner en cas de preuve produite hors délai n'est pas si anodine. En effet, le droit chinois des preuves et, plus largement, le droit de la procédure civile chinoise est de plus en plus ouvert aux exigences de justice, d'équité et, notamment, de loyauté. L'insertion du principe de bonne foi à l'article 13 de la LPC (accompagné du principe dispositif) est en le meilleur témoin : érigé au rang de principe fondamental du procédure civile, il a vocation à s'appliquer à l'ensemble de la procédure.

2. La mise en place d'une « loyauté » probatoire.

284. L'exigence de loyauté probatoire commune aux parties et au juge. La loyauté procédurale en matière probatoire doit s'apprécier dans un premier temps du côté des parties. Comme en matière de preuve présentée en dehors des délais accordés par le juge, le droit chinois régit les « preuves illégales¹⁹⁸⁹ ». En 2001, l'illégalité attachée à la preuve s'attachait uniquement à la méthode d'obtention de la

¹⁹⁸⁶ LPC, art. 65, dernier alinéa.

¹⁹⁸⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 100.

¹⁹⁸⁸ LPC, art. 65, Interprétation [2015] n°5, art. 100.

¹⁹⁸⁹ En chinois : 非法证据. *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systématique et analyse de cas, op.cit.*, p. 140.

preuve ; en 2015, l'illégalité a été élargie à l'illégalité en soi dans la formation de la preuve¹⁹⁹⁰. Si le domaine de l'illégalité a été étendu, les critères permettant au juge d'apprécier la légalité de la preuve ont, en revanche, été précisés. Ainsi, est considérée comme illégale une preuve « *obtenue ou créée en violation grave des droits et intérêts légaux d'autrui, en violation d'une règle de droit prohibitive ou en violation grave de l'ordre public*¹⁹⁹¹ ». L'ajout de la condition de gravité est justifié, pour certains, par les problèmes pratiques de l'évaluation de la violation en matière civile, notamment dans le cadre de la vie privée¹⁹⁹². La constatation d'une preuve obtenue ou formée de manière illégale a pour conséquence son exclusion des preuves permettant d'établir les faits de l'affaire¹⁹⁹³.

La loyauté doit être également attendue du juge qui doit fonder sa décision sur les preuves ayant fait l'objet d'un contre-interrogatoire de la part des parties et qui ont été produites en cours d'instance¹⁹⁹⁴. La preuve peut ne pas être débattue publiquement dans trois situations : en cas de secret d'État, de secret commercial ou en matière de vie privée¹⁹⁹⁵. La contradiction¹⁹⁹⁶ en Chine est incarnée par la

¹⁹⁹⁰ Song Chunyu, préc., p. 29.

¹⁹⁹¹ Interprétation [2015] n°5, art. 106 : « 对以严重侵害他人合法权益，违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据 ».

¹⁹⁹² Song Chunyu, préc., p. 29. L'auteur donne l'exemple du cas du divorce : les preuves permettant d'établir la faute d'un époux relèvent nécessairement du domaine la vie privée du foyer, tombant inévitablement dans le champ d'application de l'article 68 des Règles de 2001. L'ajout de la condition de gravité permettrait ainsi d'atteindre l'équilibre entre la justice substantielle et la justice procédurale.

¹⁹⁹³ Règle [2001] n°33, art. 68 ; Interprétation [2015] n°5, art. 106 ; le principe d'exclusion des preuves illégales (非法证据排除规则), V. *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, pp. 140-141 ; Du Wanhua (杜万花), « Analyse sur les points importants de l'interprétation judiciaire de la "Loi de procédure civile" » (« “民事诉讼法” 司法解释重点问题解析 »), *Journal of Law Application*, (法律适用), n°4, 2015, p. 5 ; Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », Professeur du centre de l'innovation coopérative pour la civilisation judiciaire et du laboratoire des sciences de la preuve (Université des Sciences politiques et juridiques de Chine), article provenant d'un résultat préliminaire issu du projet « Major project of National Social Science Fund – research on procedural evidence rules » (approbation n° 11&ZD175), disponible à l'adresse : <http://www.bu.edu/ilj/files/2015/03/Baosheng-Zhang-Reflecting-on-Development-of-Evidence-Law-in-China.pdf> [dernière consultation le 03 mars 2018], accompagné du sommaire de l'« Opinion d'uniformisation du droit des preuves des tribunaux populaires », tel qu'adopté dans le projet du 30 août 2013 (pp. 11-18). L'auteur critique le fait que la légalité d'une preuve se substitue à son admissibilité. « [...] *From the perspective of evidence policy, admissibility is much more extensive than legality. The exclusion of evidence should firstly be the exclusion of irrelevant evidence, and then the exclusionary rules of hearsay evidence, character evidence and illegally-obtained evidence and so on. Therefore, replacing admissibility with legality impedes the comprehensive implementation of evidence policy immensely* ». Cette critique semble concernée la matière pénale plus que civile et a été émise avant la nouvelle interprétation judiciaire de 2015.

¹⁹⁹⁴ LPC, art. 68.

¹⁹⁹⁵ LPC, art 68, al. 2.

¹⁹⁹⁶ En ce sens, l'exigence de la contradiction est un remède *a posteriori* qui couvre, sur le plan conceptuel, le relativisme inhérent au principe dispositif chinois.

soumission des preuves à l'interrogatoire (质证) des parties¹⁹⁹⁷. Définie comme « l'activité, pour les parties et leur représentant, consistant dans la proclamation publique (宣读), l'exposition (展示), l'identification (辨认), la mise en cause (质疑), l'explication (说明) et la contradiction (辩驳) de l'ensemble des preuves, sous le contrôle des juges¹⁹⁹⁸ », cette étape est une condition d'admissibilité de la preuve. Cette facette du contradictoire a été renforcée en 2015¹⁹⁹⁹ ; ainsi, même lorsque la preuve n'est pas sujette à débat entre les parties – suite à un accord entre elles avant l'ouverture d'audience – elles devront néanmoins fournir une explication²⁰⁰⁰. Le domaine du contre-interrogatoire a, par la même occasion, été délimité à la véracité, la connexité, la légalité et enfin l'intensité de la force probante de la preuve discutée²⁰⁰¹. Les experts, dont les opinions sont assimilées à des témoignages²⁰⁰², ont quant à eux le devoir de se soumettre à l'interrogatoire des parties²⁰⁰³ ; quant aux « personnes qui détiennent des savoirs spécialisés » (专门知识的人) elles peuvent, à la demande des parties, se substituer à elles dans la conduite de l'interrogatoire à l'encontre d'une opinion d'expert²⁰⁰⁴. Si la légalité d'une preuve est donc un critère de son admissibilité, sa soumission à l'interrogatoire des parties pendant l'audience constitue aussi un critère de sa validité. Cette pratique incarne le principe du

¹⁹⁹⁷ Sur la contradiction conditionnant l'approche à la vérité : Georges De Leval, *op.cit.*, p. 40.

¹⁹⁹⁸ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, p. 140.

¹⁹⁹⁹ Le « contre interrogatoire » est réaffirmé comme une des pratiques visant à renforcer le mécanisme de protection judiciaire des droits de l'homme (强化人权司法保障机制) ; il doit être protégé en droit, dans son exercice par les avocats, au même titre que la débat (依法保障律师履行辩护代理职责, 落实律师在庭审中发问、质证、辩论等诉讼权利) : V. les « Opinions de la Cour Populaire Suprême relatives à l'approfondissement de la réforme des tribunaux populaires » (Interprétation [2015] n°3) qui détaille de manière pratique le quatrième plan quinquennal de réforme des tribunaux populaires de 2014-2018 (人民法院第四个五年改革纲要), n°11, disponible à l'adresse : http://news.xinhuanet.com/legal/2015-02/26/c_127520462.htm [dernière consultation le 20 oct. 2015] ; Interprétation [2015] n°5, art 103 : toutes les preuves sont soumises au contre interrogatoire des parties ; à défaut, elles ne peuvent être acceptées par le juge ; le contre-interrogatoire reste sous la direction du juge (art 104).

²⁰⁰⁰ Du Wanhua, préc, p.5.

²⁰⁰¹ *Ibid.*

²⁰⁰² *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, p. 154. À l'instar, semble-t-il, des « expert witness » des procédures accusatoires anglo-saxonnes. En revanche, le fondement sur lequel repose cette assilation de l'expert au témoin semble différé : dans les pays anglo-saxons, le statut de témoin vient de ce que ce sont les parties qui le choisissent et le paie ; en Chine, le statut de témoin vise à mettre en avant le fait que le juge n'est pas tenu par ses analyses. En ce sens, la modification de la *Loi de procédure civile* a modifié l'expression de « conclusion d'expert » (鉴定结论) en « opinion d'expert » (鉴定意见).

²⁰⁰³ LPC, art. 79 ; Règle [2001] n°33, art. 59 : « 鉴定人应当出庭接受当事人质询 ».

²⁰⁰⁴ Interprétation [2015], n°5, art. 122. Les opinions formulées par ces personnes dotées d'un savoir spécialisé valent conclusions des parties. Article 123 : elles peuvent être soumises à l'interrogatoire des magistrats et des parties sur autorisation du juge.

contradictoire dans sa forme chinoise, influencée par le système anglo-saxon et sa méthode de la *cross-examination*. Qu'il s'agisse donc du droit chinois, américain, français ou allemand, « pour tout mode de preuve, [...], seules peuvent servir de fondement à la décision les preuves que les parties ont été mises à même de discuter contradictoirement²⁰⁰⁵ ».

§ 2. La libéralisation du droit chinois des preuves.

285. À défaut de superstructure européenne encadrant le développement juridique du droit des preuves, les juges chinois ont recours à la doctrine pour améliorer efficacement le mécanisme en place. L'engouement pour le droit de la preuve en Chine conduit ses penseurs à se rapprocher du système américain (B), érigé en véritable remède aux lacunes du système actuel (A).

A. État critique du droit positif chinois en matière de preuve.

286. L'appel à la libéralisation des preuves. Quelles sont les principales critiques adressées au droit chinois des preuves ? Outre celles ayant trait à de la légistique (concernant la généralité des termes employés dans la réglementation du droit des preuves), l'absence de lignes directrice en matière de recevabilité, de présentation et d'évaluation des effets probatoires des différents modes de preuves est généralement pointée du doigt. De la même manière, l'incompréhension de certains principes, tels que l'assimilation du degré de l'effet probant relatif à la catégorie de preuve utilisée, est dénoncée²⁰⁰⁶. Plus généralement, un appel à une libéralisation des modes de preuves peut être constaté : plusieurs auteurs prônent ainsi le renforcement du rôle des parties concernant la charge de la preuve et l'amélioration de la responsabilité des tribunaux en matière de mesures d'instruction²⁰⁰⁷. Ces critiques ne

²⁰⁰⁵ Au sujet ici du droit allemand : Frédérique Ferrand, « Le principe du contradictoire et l'expertise en droit comparé », *RIDC*, vol. 2, 2000, pp. 355-356.

²⁰⁰⁶ Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 14 [version numérique].

²⁰⁰⁷ *Ibid.* ; Zhong Zhang, « The Practical Basis of Evidence legislation in China », présentation dans le cadre de la conférence « Les fondations du droit des preuves et leur conséquence dans les pays en développement », Université Nord Ouest de Chicago, 21 et 22 novembre 2014. Disponible à l'adresse : <http://www.bu.edu/ilj/files/2015/03/Zhong-Zhang-Practical-basis-of-evidence-legislation-in-China.pdf>

sont cependant pas spécifiquement chinoises ; certaines d'entre elles, comme l'importance accordée au juge pendant la mise en état de l'affaire, pourraient être également adressées à la France. En réalité, les critiques adressées au droit chinois des preuves n'ont d'existence qu'en raison du référent utilisé, à savoir, le modèle américain.

287. Des délais probatoires. Le système actuel accentue le pragmatisme procédural en dotant le juge du pouvoir de contrôler la phase de « découverte » des preuves²⁰⁰⁸ : c'est à lui qu'il appartient de fixer le calendrier²⁰⁰⁹ et de s'assurer de son respect, puisque la loi elle-même impose au juge de rendre une décision de justice dans les six mois suivant l'enregistrement de la demande²⁰¹⁰. Selon la complexité de l'affaire, le Président de juridiction peut autoriser un nouveau délai de six mois ; si ce délai est toujours insuffisant, c'est l'échelon judiciaire supérieur qui autorisera, ou non, une prorogation²⁰¹¹. Dans de telles conditions, le juge ne peut qu'avoir un rôle dynamique dans la conduite de la phase « d'instruction civile²⁰¹² » pour s'assurer, déjà, de la ponctualité des parties. Cette remarque est souvent adressée au juge français, plus particulièrement au juge ou au conseiller de la mise en état dans le cas d'une procédure devant le tribunal de grande instance ou dans le cadre d'une procédure ordinaire d'appel avec représentation obligatoire²⁰¹³. L'article 763, alinéa 2 du Code de procédure civile rappelle ainsi la mission du juge de la mise en état, qui est « de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de

[dernière consultation le 20 octobre 2015], ce dernier pointe notamment les problèmes que rencontrent les avocats pour obtenir les preuves (mais not. en matière pénale) ; les règles en matière de révélation de preuves ; le refus, courant, des experts de comparaître à l'audience ou encore l'absence de garantie de la véracité des témoignages apportés.

²⁰⁰⁸ Marcel Caratini, préc., p. 406 : le dynamisme juridictionnel est également un gage de l'efficacité procédurale ; pour l'auteur « l'instrument privilégié » de la recherche de la vérité objective n'est autre que la mise en état des causes. Sa mise en place en 1976 a permis d'affirmer un véritable office du juge, qui « n'est plus le simple enregistreur des moyens de droit et de fait que les parties lui fournissent, il a le devoir et il a la possibilité de rechercher la vérité ».

²⁰⁰⁹ LPC, art. 65 renforcé par l'interprétation de 2015 n°5 dans son art. 102, al. 1^{er}, qui autorise la partie lésée par la production d'une preuve hors délai de demander un dédommagement lié aux frais générés.

²⁰¹⁰ LPC, art. 149 ; en matière de procédure simplifiée (简易程序), (LPC art. 157-163), le délai est encore plus court, l'article 161 de la LPC imposant au juge de rendre une décision dans les trois mois suivant l'enregistrement de la demande en justice.

²⁰¹¹ LPC, art. 149.

²⁰¹² Marcel Caratini, préc., p. 406. Le juge de la mise en état serait lui-même, en vertu de ses attributions fonctionnelles, un véritable « juge d'instruction civile ».

²⁰¹³ À moins que l'affaire appelée ait un caractère d'urgence, l'article 907 du CPC français impose que l'affaire soit instruite par un magistrat dans les conditions de la mise en état prévue aux articles 763 à 787 dudit Code.

l'échange des conclusions et de la communication des pièces²⁰¹⁴ ». Néanmoins, à la différence de la France où le juge de la mise en état termine la phase d'instruction par une ordonnance de clôture²⁰¹⁵, en Chine, le juge a pour simple obligation d'informer les parties de la date de l'audience trois jours avant le début de celle-ci²⁰¹⁶. Autrement dit, dans le premier cas, l'ordonnance de clôture a pour effet de mettre fin à la phase d'instruction et rend irrecevable, en principe, toutes nouvelles conclusions notifiées et déposées après l'ordonnance de clôture²⁰¹⁷. Le fondement sous-jacent de ce principe repose bien entendu sur le respect du contradictoire et plus généralement sur les droits de la défense : une partie doit pouvoir avoir accès à toutes les pièces et conclusions à son encontre et disposer d'un délai lui permettant de se défendre. Ainsi, le problème des conclusions ou pièces tardives en France serait compensé par la possibilité offerte à la partie victime de la tardiveté du dépôt, de demander que l'instruction soit close pour la partie adverse²⁰¹⁸.

En Chine, nous avons déjà évoqué le cas des preuves produites intentionnellement hors délai ou « vraiment » hors délai²⁰¹⁹ ; mais il est également nécessaire de préciser que les preuves et les *prétentions* nouvelles sont recevables en cours d'audience²⁰²⁰. La seule exigence imposée par les juges de Pékin réside dans ce

²⁰¹⁴ V., not. sur le calendrier de procédure, Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°342 ; CPC, art. 912, al. 2 : le conseiller de la mise en état fixe la date de la clôture et celle des plaidoiries. À compter du 1^{er} septembre 2017, si l'affaire nécessite de nouveaux échanges de conclusions, il en fixe le calendrier. En matière d'appel, l'appelant a trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure (CPC, art. 908). Ce même délai est accordé à l'intimé pour conclure à compter de la notification des conclusions de l'appelant (CPC, art. 909 modifié par le décret n°2017-891 du 6 mai 2017). Ces délais peuvent être réduits par le conseiller de la mise en état (CPC, art. 911-1) qui dispose de quinze jours pour examiner l'affaire à compter de l'expiration des délais pour conclure (CPC, art. 912, al. 1^{er}) ; sur le problème des « délais couperets » qui engendreraient 97% des « sinistres de procédure » en appel, V. l'intervention de Bertrand Bruneau de la Salle à l'occasion de la table ronde autour de « l'appel, quels enjeux ? », reproduit dans Corinne Bléry, Loïsch Raschel (dir.), *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, 2016, p. 79.

²⁰¹⁵ CPC, art. 782 et s.

²⁰¹⁶ LPC, art. 136 : « En matière civile, les tribunaux populaires doivent informer les parties, leurs représentants et les autres participants [du procès] trois jours avant l'ouverture de l'audience ». (« 人民法院审理民事案件, 应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人 »).

²⁰¹⁷ Cette règle est de principe (CPC, art. 783, al. 1) mais le droit français connaît de nombreux assouplissements (CPC, art 783, al. 2 et 3) comme en matière de loyer (Cass., 3^e civ. 13 juin 2001, *Bull. civ.*, I, 2001, n°78).

²⁰¹⁸ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 759, n°896 : le juge de la mise en état peut le prononcer d'office ; lorsque la demande vient de la partie, il peut la refuser, par ordonnance motivée non susceptible de recours. Sur le principe de loyauté des débats dans la communication des pièces, Frédérique Ferrand, « Preuve », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°349 : ainsi le juge peut écarter des débats une pièce communiquée juste avant leur clôture dans le but de déstabiliser la partie adverse, Civ. 2^e, 2 déc. 2004, n°02-20194.

²⁰¹⁹ *Supra* n°283.

²⁰²⁰ LPC, art. 139, al. 1 : « Les parties dans la salle d'audience (法庭) peuvent produire de nouvelles preuves » ; LPC, art. 140 : « Les prétentions additionnelles du demandeur, les demandes

que les parties doivent émettre leur prétention nouvelle dans les limites du délai probatoire accordé par le juge ; autrement dit, le délai probatoire accordé judiciairement vaut délai d'instruction qui ne s'achève pas au début de l'audience. Les preuves « nouvelles » quant à elles peuvent être communiquées après la fin du délai de mise en état, qu'elles soient apparues après ledit délai ou qu'une des parties, en raison d'un facteur objectif, n'ait pas été en mesure de produire la preuve dans le délai imparti et déjà rallongé par le juge (Règle [2001] n°3, art. 41 (1)). Un tel décalage amène à se demander si une partie peut émettre une nouvelle prétention à la suite d'une preuve nouvelle produite en cours d'audience par son adversaire après l'expiration du délai probatoire ? La loi est muette, tout comme les différentes interprétations. Seul l'article 45 des Règles en matière de preuve civile de 2001 prévoit qu'en cas de dépôt d'une preuve nouvelle par l'une des parties, le juge doit informer la partie adverse afin qu'elle exprime ses « opinions » (意见) ou qu'elle produise d'autres preuves (举证) dans un délai raisonnable. Cette forme de contradiction est donc utilisée comme un moyen de rééquilibrage du procès civil. Intervenant après la production et la soumission des preuves, elle n'entrave pas la recherche de la vérité matérielle, libérée des contraintes et des exigences inhérentes à la vérité judiciaire.

288. Le pragmatisme du droit chinois des preuves. Néanmoins, chacune des preuves nouvelles doit faire l'objet d'une autorisation explicite par le juge qui peut refuser de l'intégrer au dossier. Cette implication du juge dans l'instruction civile de l'affaire serait, pour certains, un moyen de garder les parties sur un même pied d'égalité²⁰²¹. Puisqu'en Chine la représentation au procès n'est pas obligatoire, les parties se retrouvent souvent seules face à un arsenal de règles à suivre. L'assistance du juge dans la production, la conservation ou encore l'échange de preuves nécessaires à l'établissement des faits pertinents permettrait donc de suppléer les carences des parties en matière de connaissances juridiques²⁰²². La souplesse prévue par le législateur pour la recevabilité de preuve nouvelle compenserait la faiblesse des

reconventionnelles du défendeurs (反诉) et les prétentions autres soulevées par les tiers et liées à l'affaire pendante peuvent être réunies et traitées ensemble » ; Règle [2001] n°33, art. 34, al. 3 : les preuves et prétentions doivent être soulevées pendant le délai probatoire qui couvre donc une partie de l'audience.

²⁰²¹ Zhirong Tao, Elizabeth Fahey, préc, p. 293.

²⁰²² *Idem*, p. 294 « *The judge will be able to tilt the balance appropriately by initiating the collection of certain evidence or by requesting a party to provide comparable evidence after exercising the right of explanation* ».

parties. Cela a conduit certains à affirmer que ce modèle de preuve évitait un gaspillage (de temps, de ressources) puisqu'en offrant au juge la possibilité de suppléer les parties dans la recherche de la vérité factuelle, il exclut, de principe, les faits non pertinents²⁰²³. Or, dans de telles conditions, comment s'assurer de l'impartialité²⁰²⁴ du juge, à la fois enquêteur et arbitre du conflit ?

Si cette problématique est bien connue en France en raison du statut de nos juges d'instruction en matière pénale et de nos juges de la mise en état en matière civile, pour la doctrine américaine, elle est très critiquable²⁰²⁵. Pour John Capowsky, la procédure chinoise se démarque par son caractère informel car les conclusions des parties ne lient pas le juge : ce dernier peut ainsi soulever d'office les points qui lui semblent important et mener activement une enquête²⁰²⁶. L'intrusion du juge dans les affaires des parties va jusqu'à laisser le juge interroger lui-même un témoin, ce qui, selon l'auteur américain, est tout à fait inapproprié pour un juge de la *Common law*²⁰²⁷. Il est donc surprenant de constater que c'est le modèle américain en matière de preuve qui a été choisi par la doctrine chinoise comme modèle de réforme du droit chinois des preuves.

B. Vers une américanisation du droit chinois de la preuve ?

289. La collaboration sino-américaine. La doctrine chinoise a tenté de remédier à la pauvreté législative en matière de preuve, au moins quantitativement²⁰²⁸.

²⁰²³ *Ibid.* ; au contraire, pour Zhang Baosheng (« Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 12 [version numérique]), un des principaux défauts des règles en matière de preuve réside justement dans l'absence du critère de pertinence des preuves.

²⁰²⁴ Ou, plutôt, de sa neutralité.

²⁰²⁵ Zhirong Tao, Elizabeth Fahey, préc., p. 295.

²⁰²⁶ John J. Capowski, « China's Evidentiary and Procedural Reforms, the federal Rules of Evidence, and the Harmonization of Civil and Common law », *Texas International Law Journal*, vol. 47, n°3, 2012, pp. 469-470.

²⁰²⁷ *Idem*, p. 470. V. Plus généralement sur les différences de modèles de preuve entre la *Common law* et le droit continental, Xavier Lagarde, « D'une vérité à l'autre », préc., p. 6 ; du même auteur, « Finalité et principes du droit de la preuve. Ce qui change », préc. ; V. également sur les notions culturelles de vérité, l'étude de Christiane Besnier, *La vérité côté cour. Une ethnologue aux assises*, La Découverte, 2017, pp. 95-122 sur la vérité judiciaire dans le modèle américain du procès pénal, qu'elle qualifie de « duel des parties » contrairement au modèle français, qualifié (p. 124) par « l'intervention du juge ».

²⁰²⁸ En 1997, année de la réforme du procès civil, le consensus portait sur le renforcement des trois étapes d'administration de la preuve (présentation, examen, validation). En 1998, au cours de la 1^{ère} conférence de la 9^{ème} APN, 32 députés ont proposé une loi sur les preuves ; depuis et chaque année, ce genre de plan de réforme est réitéré, en vain. C'est à partir de 2001 que le droit chinois des preuves a bénéficié, pour la première fois, d'un ensemble de règles cohérentes et indépendantes s'appliquant en

Les universités chinoises ont mis en place ces dernières années de véritables cours de droit des preuves²⁰²⁹. Depuis 1990, plus de soixante-dix ouvrages de nature diverse ont été publiés dans la matière et plus d'une centaine d'articles depuis 2001²⁰³⁰. Parmi les ouvrages publiés, on retrouve celui d'un auteur américain (traduit en chinois) Ronald J. Allen qui semble avoir un certain succès²⁰³¹. Mais les échanges doctrinaux entre auteurs américains et chinois ne s'en tiennent pas au domaine théorique. Ainsi, en 2006, l'Institut de recherche de la Cour Populaire Suprême a commandé à l'Institut du droit des preuves et des sciences médico-légales de l'Université de Pékin la rédaction d'un Projet d'uniformisation du droit en matière probatoire, avec la participation, du Professeur Allen en tant qu'unique conseiller étranger²⁰³². Ce texte a ensuite été mis en application à titre expérimental dans cinq régions (la ville de Pékin, les provinces du Yunnan, Shandong, Jilin et de Canton) : les tribunaux supérieurs de chacune des régions devaient choisir quatre tribunaux intermédiaires et trois tribunaux de base pour mener l'étude²⁰³³. Le professeur Zhang Baosheng, directeur du projet, explique ainsi que de mai 2008 à janvier 2010, vingt professeurs et étudiants de l'Institut du droit des preuves et des sciences médico-légales associés à soixante-quatre juges des sept tribunaux sélectionnés ont travaillé à l'amélioration de ces dispositions. Un total de seize affaires jugées selon les dispositions d'uniformisation des preuves a été enregistré. Au final, après la phase expérimentale, le projet a été soumis à un nouvel amendement dans lequel 36 articles (soit 20,6% du total) sur 174

matière civile, via la « Règle en matière de preuve » n°33 de 2001. Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 3 [version numérique].

²⁰²⁹ Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 6 [version numérique].

²⁰³⁰ Zhang Nanning, Walton Douglas, *op.cit.*, p. 105.

²⁰³¹ L'ouvrage en question s'intitulait *Evidence, Texte, Problems and Cases* (2002) ; plus récemment on trouve également son ouvrage intitulé *Rationality, Cognition, Evidence* » traduit en chinois par 理性, 认知, 证据 (version chinoise de 2013). Cet auteur entretient des liens forts avec la Chine comme en témoigne son allocution précédant la tenue de la 5^{ème} Conférence internationale sur le droit de la preuve et des sciences médico-légales de juillet 2015 organisée par l'Institut du droit de la preuve des sciences médicolégales de l'Université des Sciences Politiques et Juridiques de Chine en partenariat avec l'université d'Adélaïde (US).

²⁰³² Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. pp. 8-9 [version numérique] (pour la présentation du projet), pp. 21 et s. sur l'élaboration du projet. Le sommaire de la version anglaise du projet peut être trouvée à la suite de son article.

²⁰³³ CPS, « Notification concernant l'application expérimentale des provisions d'uniformisation des preuves des tribunaux populaires (projet proposé pour interprétation judiciaire) » (最高人民法院关于开展“人民法院统一证据规定(司法解释建议稿)试点工作的通知”) du 14 avril 2009, disponible à l'adresse : <http://www.doc88.com/p-3317348297555.html> (accompagné du projet en chinois) [dernière consultation le 20 octobre 2015].

articles ont été modifiés²⁰³⁴.

La nature du système de procédure civile chinoise se rapproche de celle des systèmes continentaux. Il est donc étonnant, au premier abord, de constater que la doctrine chinoise se soit tournée vers des spécialistes américains pour améliorer son droit de la preuve²⁰³⁵. Si depuis le plan quinquennal annoncé par la Cour Suprême sur la réforme des tribunaux (1999-2003) la volonté officielle est de transformer le système procédural inquisitoire en un système accusatoire²⁰³⁶, le choix du modèle américain reste extrême. D'un point de vue macroscopique, en effet, la Chine ne dispose pas de jury et l'absence de représentation obligatoire ne donne pas lieu, dans les enceintes des tribunaux, à des concours d'éloquence des professionnels du droit. Le juge chinois fonde sa décision sur des faits avant tout et sa participation dans leur découverte semble difficilement compatible avec un système pleinement accusatoire²⁰³⁷. En réalité, la volonté affichée des autorités était de permettre, avant toute chose, une fusion des trois grands régimes de procédure civile, administrative et pénale en matière de preuve, afin d'en constituer un code à part entière. À ce titre, la Provision d'uniformisation réalise pleinement cet objectif.

290. Un projet de code probatoire unique. Brièvement, ces dispositions d'uniformisation sont divisées en neuf chapitres comprenant au total 179 articles. Il est surprenant de constater que les preuves civiles et administratives sont soumises aux mêmes dispositions contrairement aux preuves dans une affaire pénale. Le système de catégorisation des preuves est repris et le principe d'exclusion des preuves obtenues de manière illégale est clairement intégré. Ledit texte instaure une phase distincte dite de « *discovery* » (phase d'instruction) et consacre un chapitre entier aux mesures d'instruction. Des règles en matière d'appréciation, de présentation et d'examen de la preuve sont prévues dans des chapitres distincts et un système de « révision » de la preuve est instauré. Pour John Capowsky, certaines règles issues de

²⁰³⁴ Zhang Baosheng, « Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 10 [version numérique].

²⁰³⁵ La catégorisation de la Chine en pays de *civil law* serait même un obstacle au développement de son droit de la preuve en Chine selon Zhang Baosheng (« Reflecting on development of Evidence Law in China », préc. p. 21 [version numérique]). Plus particulièrement, il considère que l'absence de corpus exclusif en matière du droit de la preuve ne doit pas constituer une « barrière théorique » à l'amélioration du droit chinois en la matière.

²⁰³⁶ *Ibid.*, p. 7.

²⁰³⁷ V. John Capowski, (préc., pp. 458-473) qui liste les différences fondamentales entre le système américain de *common law* et le modèle chinois, assimilé ici au système de *civil law* et rapproché du modèle français en raison du rôle accordé au juge dans la découverte des preuves (pp. 462-463).

cette proposition font directement écho aux Règles Fédérales en matière de preuves (USA). Ainsi en est-il de l'insertion du critère de la *pertinence* de la preuve qui n'avait jamais été définie jusqu'alors en droit chinois²⁰³⁸. Les « ouï-dire » (*hearsay*) – entendus comme les propos d'une partie tenus en dehors du tribunal et qui offrent la preuve de la vérité des faits défendus – ne sont plus des moyens de preuves acceptables. Mais, en dépit de ces innovations doctrinales, le projet avancé restait profondément axé sur la recherche d'une justice objective avant tout.

291. L'influence des projets doctrinaux en droit positif. C'est donc sans grande surprise que l'interprétation de la *Loi de procédure civile* de 2015 n'intègre que peu ou pas les solutions avancées dans le projet de 2008. De tels projets expérimentaux ne pourront être finalisés qu'à l'issue d'une réforme totale du régime des preuves, réforme qui s'étend encore en 2018. La Cour Populaire Suprême a ainsi rappelé, dans la présentation et l'explication du dernier plan quinquennal relatif aux tribunaux populaires²⁰³⁹, sa volonté d'établir un « régime contentieux axé sur le jugement » (建立以审判为中心的诉讼制度²⁰⁴⁰). Cela passe, dans un premier temps, par l'adoption d'une véritable ligne de politique judiciaire qui se traduit, en matière de preuve par :

« Le renforcement de la position directrice/dominante des parties et l'établissement, dans la loi, de la charge de la preuve de ces dernières. [La réforme judiciaire vise à] éclaircir la procédure et le domaine des affaires dans lesquelles les preuves sont collectées par le juge. [Elle doit] déterminer strictement le régime de présentation, à l'audience, des témoins et des experts [et] illustrer la fonction centrale de l'interrogation et de l'authentification [des preuves] permettant l'établissement des faits d'une affaire. [Cette politique de réforme doit] parfaire le critère d'application du principe de probabilité, éclaircir progressivement le domaine et les conditions d'exercice du pouvoir souverain du juge. Toutes les preuves doivent être soumises à la contradiction des parties pour servir de référence dans le jugement ; pour celles d'une certaine importance et qui donnent lieu à des débats entre les parties, le jugement doit expliquer les raisons de leur adoption ou de leur rejet²⁰⁴¹ ».

²⁰³⁸ John Capowsky, préc, p. 475 : le critère de la pertinence des preuves (*relevant evidence*) s'entend doublement : la pertinence matérielle de la preuve *i.e.* dont la valeur probatoire permet la détermination des faits et la pertinence dite pragmatique, qui constitue l'équilibre entre la valeur probante de la preuve et l'injustice du résultat (l'effet préjudiciable) du jugement vis-à-vis de l'autre partie.

²⁰³⁹ Interprétation [2015] n°3.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, cet « objectif » intervient tout de même en deuxième place à la suite de la volonté de séparer de régime juridictionnel et judiciaire du domaine administratif.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, n°14 : « 完善民事诉讼证明规则。强化民事诉讼证明中当事人的主导地位，依法确定当事人证明责任。明确人民法院依职权调查收集证据的条件、范围和程序。严格落实证人、鉴定

Ces explications confirment la tendance du système chinois des preuves en matière civile à s'orienter vers un modèle plus libéral, incarné dans son extrême par le modèle américain. Le fossé séparant ces deux modèles reste large et une totale « américanisation » du système de preuve chinois ne peut se faire sans une refonte totale des fondements institutionnels de procédure civile. Il est regrettable que la Chine ne se soit pas tournée vers des systèmes plus « familiers » comme le modèle français. En dépit de leurs différences, la base du fonctionnement en matière de preuve est similaire ; seule varie l'étendue des pouvoirs accordés à chacun des protagonistes du procès civil, qui ne constitue que le reflet des objectifs sous-jacents. Par exemple, le « procès équitable » de l'article 6 § 1 de la Convention EDH s'impose comme le modèle pour le droit français et l'absence de modèle similaire en Chine serait compensé par la recherche d'un équilibre entre la justice objective, l'efficacité du système et, de plus en plus, les droits des parties. Si l'étude du droit des preuves chinois aura permis un certain rapprochement du droit français via, notamment, l'implication du juge dans la quête de la vérité, l'appréciation des voies de recours conduit, inversement, à creuser l'écart entre chacun des deux systèmes juridictionnels.

Section II. Les voies de recours ou les garanties de justesse d'une décision de justice.

292. La conception des voies de recours repose sur leurs fonctions et leurs finalités. Ainsi d'un point de vue global, visent-elles plutôt à garantir un double degré de juridiction ou à uniformiser l'interprétation du droit sur un territoire donné ? Servent-elles à s'assurer du respect des droits des parties exercés en cours de procédure ou seront-elles axées sur le résultat juridique ? En France, les diverses tentatives de classifications des voies de recours ne sont consacrées qu'en doctrine. Qu'il s'agisse de la distinction, la plus courante, entre voie ordinaire et voie extraordinaire ou de celle, plus rare, entre voie générale et particulière, leur classification ne peut être que relative de leur conception et donc, de leur fonction.

En Chine, le système contemporain des voies de recours est en constante

人出庭制度。发挥庭审质证、认证在认定案件事实中的核心作用。严格高度盖然性原则的适用标准，进一步明确法官行使自由裁量权的条件和范围。一切证据必须经过庭审质证后才能作为裁判的依据，当事人双方争议较大的重要证据都必须在裁判文书中阐明采纳与否的理由 »。

amélioration. Leur construction, encore relativement récente, rend hasardeuse toute tentative de classification fonctionnelle. À titre d'exemple, la distinction française classique opérée entre voie ordinaire et voie extraordinaire renvoie à la procédure ouverte contre tout jugement – sauf en cas de texte contraire – et aux procédures spécialement prévues par un texte²⁰⁴². En Chine, si l'appel (上诉) est en principe ouvert contre tout jugement, son exercice est aussi expressément prévu par la loi dans certains cas d'ordonnance²⁰⁴³. Inversement, la procédure chinoise dite de « révision » (审判监督程序) semble être ouverte à l'encontre de toute décision de justice, à la simple condition que celle-ci soit exécutoire²⁰⁴⁴. Une autre classification française consiste à séparer les voies de recours ayant effet de réformation – justifiant ainsi que le jugement soit jugé devant une nouvelle juridiction – et celles dotées d'un effet de rétractation – où la modification des circonstances justifient que le même juge soit saisi une nouvelle fois de la même affaire²⁰⁴⁵. La relativité du fonctionnement et de l'aboutissement des voies de recours en Chine – leur variation dépendant notamment de l'objet du recours, abstraction faite de la juridiction saisie – interdit l'usage d'un tel classement : ainsi un renvoi devant la même juridiction peut aussi bien être ordonné à l'issue d'une procédure d'appel que, semble-t-il, d'une procédure de révision²⁰⁴⁶. Une dernière classification, fondée cette fois-ci sur l'imputabilité de l'erreur au juge et séparant les voies de recours « générales » des voies de recours « particulières »²⁰⁴⁷ est aussi insuffisante à fonder une théorie de voies de recours chinoise : « l'erreur du juge²⁰⁴⁸ » pourra en effet constituer la cause et l'objet dans les deux cas de recours légaux. En réalité, les principaux critères permettant de distinguer les deux grandes voies de recours chinoises résident dans l'exécution du jugement et dans l'initiative dudit recours. La logique de leur fonctionnement est la suivante : dans la situation où

²⁰⁴² Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 673, n°788-789 ; pp. 710 et s.

²⁰⁴³ LPC, art. 154.

²⁰⁴⁴ LPC, art. 198.

²⁰⁴⁵ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, pp. 674 et s., n°790 et s.

²⁰⁴⁶ *Infra*, n°310. V. aussi LPC, art. 198. L'article instaure une voie de recours ouverte à la partie frappée d'une exécution provisoire (mesure d'exécution conservatoire ou ordonnance d'exécution avant dire droit) en lui permettant de demander au juge une « reconsidération », non suspensive d'exécution.

²⁰⁴⁷ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 923 n°275 : cette théorie plus moderne des voies de recours est celle de M. Héron. V. Jacques Héron, « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », *In le juge entre deux millénaires*, Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, p. 369.

²⁰⁴⁸ Contrairement au système français où l'erreur du juge, « l'erreur judiciaire » ne doit pas produire d'effet en droit. Pour une critique virulente de cette « lacune sciemment et méthodiquement entretenue par le système juridique », Marie-Anne Frison-Roche, « L'erreur du juge », *RTD Civ.* 2001, p. 819 ; pour une définition (essentiellement pénaliste) de l'erreur, Christine Lazerges, « Réflexions sur l'erreur judiciaire », *RSC*, 2006, p. 709 s ; V. Aussi Florence Bussy, *préc.*, p. 2552 s.

les parties ne sont pas d'accord avec la décision rendue en première instance et à condition que le jugement n'est pas encore été exécuté, elles auront la possibilité de faire appel en vertu du principe de double degré de juridiction (§ 1). Dans l'autre cas, lorsque le jugement a déjà produit ses effets mais qu'une erreur apparaît, seule la procédure en révision permet de corriger, de rectifier la décision erronée (§ 2). Cette classification ne peut être que descriptive pour l'instant puisque le recours exercé dépend moins d'une logique de rationalisation théorique que de conditions matérielles. En réalité, la voie de recours, en tant qu'institution et indépendamment de sa qualification, obéit à une principale ligne directrice : le contrôle de l'activité juridictionnelle. Et ce contrôle est apprécié à la seule lumière du résultat juridique souhaité.

§ 1. L'appel, voie de recours exclusive de second degré.

293. En tant que procédure unique de second degré, l'appel chinois a un large domaine d'intervention, qui est conditionné à l'exécution du jugement de première instance et à l'initiative des parties. Autrement dit, l'on retrouve, en premier chef, une condition objective tenant à l'existence du double degré de juridiction (A) subordonnée à une condition subjective en permettant l'exercice (B).

A. Les conditions objectives des modalités de l'appel chinois.

294. Domaine de l'appel. En Chine, l'appel (上诉) constitue la seule voie de droit commun assurant un double degré de juridiction²⁰⁴⁹, sa fonction étant résoudre les problèmes de faits et de droit²⁰⁵⁰. Un chapitre entier de la *Loi de procédure civile*, intitulé « Procédure de seconde instance » (第二审程序), ne porte ainsi que sur les modalités de l'exercice d'appel, régies aux articles 164 à 176 de ladite loi. Si l'on s'en tient à une comparaison purement quantitative, le nombre de dispositions légales en

²⁰⁴⁹ La procédure simplifiée (简易程序) telle que réglementée aux articles 157 à 163 de la *Loi de procédure civile* et les procédures dites particulières (特别程序) prévues aux articles 177 à 197 appliquent une procédure à degré unique et final (一审终审). V. LPC, art. 162 et 178.

²⁰⁵⁰ Du Wanhua, préc, p. 11 : « 二审程序的职能重在解决案件事实争议和法律争议, 实现两审终审 ».

France en matière d'appel est relativement similaire au droit chinois²⁰⁵¹. D'un point de vue substantiel, le développement prétorien du régime d'appel français incarne une richesse complexe qui n'est pas présente en droit chinois – ou, en tout cas, qui nous est restée inaccessible –, malgré les nombreuses interprétations judiciaires venues compléter le régime depuis 1992. L'intervention en 2015 de la Cour Populaire Suprême vise ainsi à préciser les modalités de la procédure de seconde instance tout en imposant une véritable politique judiciaire : protéger les droits et intérêts légaux des parties et promouvoir une « justice équitable²⁰⁵² ». Nul besoin de mentionner le caractère fondamental de la procédure d'appel, reconnu aussi bien en Chine, qu'en France.

Le principe du double degré de juridiction²⁰⁵³ s'applique ainsi à la majorité des décisions de justice rendues en première instance, en Chine comme en France. L'appel français est ouvert en principe à tout jugement, y compris en matière gracieuse²⁰⁵⁴. Les décisions de justice insusceptibles d'appel recouvrent généralement les jugements rendus en premier et dernier ressort²⁰⁵⁵ et, depuis quelques temps, les jugements frappés d'exécution provisoire non exécutés²⁰⁵⁶. En Chine, l'article 164 de la LPC envisage l'appel comme un droit : lorsqu'une des parties *refuse* (不服) le jugement rendu en première instance par un tribunal populaire local, elle peut, dans

²⁰⁵¹ Le chapitre portant sur l'appel ne contient ainsi que 28 articles (CPC, art. 542-570).

²⁰⁵² Li Xiangbo (李相波), « Compréhension et application du contenu de l'interprétation judiciaire relative à la "Loi de procédure civile" sur la modification de la procédure de seconde instance », (« 关于“民事诉讼法”司法解释二审程序修改内容的理解与适用 »), *Journal of Law application* (法律适用) 2005-4, p. 20 ; cette interprétation s'appuie également sur la réalité constatée dans l'expérience judiciaire.

²⁰⁵³ Sur l'appréciation du principe du double degré de juridiction, *Infra* n°302.

²⁰⁵⁴ CPC, art. 543.

²⁰⁵⁵ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, pp. 850-851 n°1244 : les jugements en premier et dernier ressort concernent principalement deux situations : lorsque l'intérêt litigieux est faible et dans certains cas particuliers pour « gagner du temps ». En Chine, il existe des jugements rendus en « premier et dernier ressort » dans le cas d'une procédure simplifiée, lorsque le montant de l'affaire ne dépasse par le tiers de revenu annuel moyen apprécié selon la localité (LPC, art. 162) ; en revanche, les procédures dites particulières concernent des affaires relativement importantes dans leur objet (LPC, art. 177 ; ex : demande de déclaration judiciaire de disparition et de décès, reconnaissance judiciaire de l'incapacité ou de la capacité limitée d'une personne, demande de reconnaissance d'un bien sans propriétaire (sorte de *res nullius* chinois : 财产无主), demande tendant à l'homologation judiciaire d'une sentence de médiation ou encore demande en garantie en paiement (sûreté de droit réel : 实现担保物权) ne sont pas comparables, en raison de leur gravité, aux jugements rendus en dernier ressort par gain de temps.

²⁰⁵⁶ CPC, art. 526 tel que modifié par le décret n°1678 du 28 décembre 2005. Cette dernière exception a été largement critiquée par la doctrine française comme venant limiter le droit d'appel de l'appelant à la volonté de l'intimé et, surtout, en conditionnant plus sévèrement l'accès, pour la partie perdante, au second degré de juridiction. V. Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 846, n°1243.

les quinze jours suivant sa réception, faire appel auprès de l'échelon supérieur²⁰⁵⁷. Ce délai est ramené à dix jours lorsque la décision attaquée est une ordonnance (LPC, art. 164, al. 2). L'article 152 (4) de la LPC impose aux juges d'inscrire dans leur jugement le délai d'appel et la juridiction compétente ; la lecture *a contrario* de l'article 155 indique que toutes les décisions de justice – mises à part celles rendues par la Cour Populaire Suprême – sont susceptibles d'appel, à l'exception des cas prévus par la loi ou si le délai d'appel a expiré²⁰⁵⁸. L'appel chinois, comme procédure de seconde instance de droit commun, a donc un domaine d'application relativement large et comparable à la France ; l'exception, en revanche, concerne les décisions issues d'une procédure de médiation (调解书) qui ne peuvent être frappées d'appel²⁰⁵⁹ et, en matière d'ordonnance, l'article 154 de la LPC restreint les possibilités d'appel à seulement trois d'entre elles²⁰⁶⁰. Par exemple, si les ordonnances constatant l'irrecevabilité d'une demande en justice sont susceptibles d'appel, celles qui refusent l'abandon d'une demande en justice en sont exclues.

295. Exceptions. Concernant les mesures provisoires et les mesures d'exécution prononcées avant dire droit²⁰⁶¹, la *Loi de procédure civile* ne subordonne pas clairement le droit d'appel à leur exécution. Par ailleurs, au cours de la première instance, si l'une des parties refuse d'exécuter la mesure conservatoire ou la mesure d'exécution avant dire droit (les mesures conservatoires sont exécutoires de plein droit dès le prononcé de l'ordonnance par le juge, LPC, art. 101, al 2), un recours spécial est organisé lui permettant de demander au juge de première instance de

²⁰⁵⁷ LPC, art. 164, al. 1^{er} : « 当事人不服地方人民法院第一审判决的, 有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉 ».

²⁰⁵⁸ LPC, art. 155 : « *Les jugements et ordonnances de la Cour Populaire Suprême ainsi que les jugements ou ordonnances non susceptibles d'appel selon la loi ou n'ayant pas fait l'objet d'un appel pendant le délai légal d'appel produisent des effets de droit* ».

²⁰⁵⁹ En effet, selon l'article 97, alinéa 3 de la LPC, la signature des parties de l'accord de médiation rend celui-ci immédiatement exécutoire, l'excluant par conséquent du domaine des décisions susceptibles d'appel.

²⁰⁶⁰ LPC, art. 154 : les ordonnances de refus d'enregistrer la demande en justice, d'incompétence et celles prononçant l'irrecevabilité de la demande en justice en cours d'instance sont susceptibles d'appel. Ne le sont pas : les ordonnances statuant sur des mesures d'exécution provisoire, celles qui autorisent ou refusent l'abandon de la demande en justice ; les ordonnances qui mettent fin ou qui suspendent l'instance (renvoi à l'art. 151 de la LPC, les situations envisagées par ces ordonnances relèvent du décès d'une partie) ; les ordonnances de rectification matérielle d'un jugement ; les ordonnances qui suspendent ou mettent fin à une mesure d'exécution ; celles qui annulent ou refusent l'exécution d'une décision arbitrale ; celles qui refusent l'exécution d'un titre de créance authentique ; et, enfin, les autres domaines devant être réglés par ordonnance.

²⁰⁶¹ L'expression « mesure provisoire » devrait être rectifiée par « mesure de protection » (conservatoire) (保全) ou « exécution anticipée » (先予执行). Pour un aperçu général de leur fonctionnement, LPC, art. 100-108.

« reconsidérer » sa décision (复议)²⁰⁶². Cette reconsidération de la part de juge n'est pas sans rappeler le régime de droit français en matière d'ordonnance sur requête : l'acceptation, par le juge, de la demande de requête permet à la partie visée par l'ordonnance de « se référer au juge pour en demander la rétractation²⁰⁶³ ».

En théorie, la logique sous-jacente à la détermination du domaine des décisions de justice susceptibles d'appel repose, en France, sur la question de savoir si le juge s'est prononcé ou non sur le fond de l'affaire. Les décisions de justice se distinguent principalement par ce qu'elles tranchent dans leur dispositif : ainsi les jugements sur le fond, en plus des décisions statuant sur les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir ou encore les jugements qui tranchent tout ou partie du principal²⁰⁶⁴ mettant fin à l'instance, s'opposent aux « autres jugements²⁰⁶⁵ ». Ces derniers ont pour point commun de ne pas trancher le principal : leur solution est provisoire²⁰⁶⁶ dans l'attente d'une décision finale du juge tranchant le contentieux dont il est saisi. Si la nature de la décision rendue est considérée comme une condition d'ouverture de l'appel²⁰⁶⁷, en réalité, toutes décisions de justice rendue en première instance sont susceptibles d'appel, à l'exception de celles ordonnant des mesures d'instruction judiciaire²⁰⁶⁸. Il semble ainsi que la seule condition du jugement au fond permet d'apprécier l'immédiateté ou non de l'ouverture de la voie de recours²⁰⁶⁹.

En Chine, la nature de l'acte juridictionnel distingue entre le jugement (判决) et l'ordonnance (裁定)²⁰⁷⁰. Dans la première catégorie et à l'instar du droit allemand²⁰⁷¹,

²⁰⁶² LPC, art. 108.

²⁰⁶³ CPC, art 497 ; Civ. 2^e, 19 février 2015, n°13-28223 PB.

²⁰⁶⁴ CPC, art. 480.

²⁰⁶⁵ CPC, art. 482-498, c'est-à-dire les jugements avant dire droit (art. 482-483), les ordonnances de référé (art. 484-492-1) susceptibles d'appel sous certaines conditions (art. 490) et les ordonnances sur requête (art. 493-498), également susceptibles d'appel lorsqu'il n'ait pas fait droit à la requête (art. 496).

²⁰⁶⁶ CPC, art. 484 pour l'ordonnance de référé ; art. 482 pour le jugement avant dire droit ; art. 493 pour l'ordonnance sur requête.

²⁰⁶⁷ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 926, n°276.

²⁰⁶⁸ CPC, art. 537.

²⁰⁶⁹ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.* p. 926, n°276 ; CPC, art. 545 ; ainsi en est-il des jugements avant dire droit dont l'appel est simplement différé avec l'appel sur le fond.

²⁰⁷⁰ À ce titre, les mesures « ordonnées » dans un but probatoire tombe en dehors de la catégorie d'acte juridictionnel. Ainsi, les parties qui demandent au juge de prononcer une « mesure d'instruction » en vertu de l'article 42, alinéa 2 de la *Loi de procédure civile* recevront la réponse du juge sous la forme de « notice informative » (通知书). En cas de refus, elles disposent de trois jours à compter de la réception de ladite notice pour demander au juge une reconsidération de sa décision. V. *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systématique et analyse de cas*, p. 135.

²⁰⁷¹ Frédérique Ferrand, « Appel », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2012 (actualisation septembre 2017), n°156 : les jugements allemands partiels (*Teilendurteil*) peuvent être rendus si parmi toutes les prétentions de la demande en justice, seulement une ou quelques-unes d'entre elles sont

le jugement peut être « partiel » si une partie des faits est déjà clairement établie²⁰⁷² ; à titre d'exemple, en cas de divorce, le juge peut constater la rupture définitive du lien conjugal et reporter, en raison de l'absence de l'ex-conjoint, la question de la liquidation du régime matrimonial²⁰⁷³. Dans cette situation l'appel peut être partiel et donc immédiat²⁰⁷⁴. Cette particularité obéit en droit chinois au principe d'efficacité procédurale : ce qui peut être tranché immédiatement doit l'être. En matière d'ordonnance, l'article 154 énonce onze catégories de décisions parmi lesquelles l'on trouve celles qui refusent une affaire à l'issue de la procédure d'enregistrement (不予受理) ou pendant la phase d'instance (驳回起诉) et celles qui se prononcent sur la compétence juridictionnelle (对管辖异议)²⁰⁷⁵. Leur point commun est qu'elles sont toutes trois susceptibles d'appel.

296. L'appel contre les exceptions d'incompétence. En France, les règles relatives à la contestation de compétence du tribunal en première instance ouvraient, avant le 1^{er} septembre 2017, deux voies de recours, le contredit et l'appel²⁰⁷⁶. Le contredit, qui était une voie de recours réservée aux décisions statuant sur la compétence, a été supprimé par le décret n°2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile²⁰⁷⁷. L'exception

prêtes à être jugées ou encore « si seule la demande initiale ou la demande reconventionnelle est prête à être jugée » (ZPO § 301). Les conditions légales chinoises semblent être plus souples puisqu'elles exigent simplement qu'une partie des faits soit suffisamment claire pour rendre un jugement partiel (LPC, art. 153 : « 人民法院审理案件, 其中一部分事实已经清楚, 可依就应部分先行判决 ») sans poser la condition, par exemple, que ce jugement soit indépendant du reste de l'affaire afin d'éviter des décisions contradictoires.

²⁰⁷² LPC, art. 153.

²⁰⁷³ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas*, p. 254, (affaire n°72, décision rendue au niveau local) ;

²⁰⁷⁴ V. not. les explications officielles données par l'APN dans un article intitulé « Les tribunaux peuvent-ils rendre un jugement sur une partie seulement de l'affaire ? » (« 人民法院能否就案件的某一部分先作出判决 ? »), disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/flwd/2000-12/15/content_9750.htm [dernière consultation le 15 janvier 2017].

²⁰⁷⁵ LPC, art. 154.

²⁰⁷⁶ Lors de la réforme de 1958, le contredit avait été envisagé comme la seule voie possible de contestation de compétence.

²⁰⁷⁷ Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, *JORF* n°0109 du 10 mai 2017, art. 1. L'ancien article 80 du CPC est remplacé par le nouvel article 83 qui dispose que « lorsque le juge s'est prononcé sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision peut faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent paragraphe. La décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par voie d'appel lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ». Le délai d'appel est de quinze jours (CPC, nouvel art. 84). V. sur ce sujet, Medhi Kebir, « Le contredit n'est plus, vive l'appel ! », *Dalloz actualité*, 29 mai 2017. Si le contredit était de principe en 1958, la cour d'appel pouvait également évoquer le fond si elle se trouvait être « la juridiction d'appel relativement à la juridiction dont elle estim[ait] qu'elle aurait dû connaître de l'affaire [...] et si elle

d'incompétence, en tant qu'exception de procédure, doit être soulevée avant toute défense au fond, à peine d'irrecevabilité²⁰⁷⁸. En Chine, l'exception d'incompétence (对管辖异议, litt. « *objection de juridiction* ») ne peut être soulevée qu'au moment de la phase préparatoire du procès avec les moyens de défense ; le juge saisi de la demande principale doit alors statuer sur l'exception soulevée par voie d'ordonnance²⁰⁷⁹. En l'absence de toute contestation de compétence, les parties sont présumées accepter celle du tribunal saisi. Toutefois, le juge peut relever d'office son incompétence, dans le cas où l'erreur de compétence relève d'une erreur sur l'échelon juridictionnel ou si l'affaire relève d'une juridiction spéciale²⁰⁸⁰. À l'expiration du délai accordé pour la communication des défenses, si le demandeur change le montant de sa prétention et que cela a pour incidence de modifier la compétence du tribunal, le défendeur peut toujours soulever une exception d'incompétence²⁰⁸¹. Dans tous les cas, la voie de recours à l'égard d'une décision statuant sur la compétence reste, en principe, l'appel à l'initiative des parties²⁰⁸². Cependant, si le tribunal se déclare incompétent et transmet l'affaire à une juridiction de niveau supérieur, celle-ci peut, en cas d'erreur sur la compétence retenue, annuler d'office la décision²⁰⁸³.

L'unicité de la voie de recours de seconde instance en Chine s'explique, sans doute, par l'absence de représentation obligatoire. Les parties peuvent faire appel sans être représentées *ad litem* ce qui justifie, voire impose, une procédure simplifiée. Et la simplification a parfois certains avantages. En France, par exemple, la représentation

estim[ait] de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive » : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, op.cit., p. 886, n°1307. L'absorption du contredit dans l'appel est louable en ce qu'elle simplifie la procédure pour la justiciables ; en outre, le contredit s'effaçait déjà au profit de l'appel avant 2017 dans quatre cas légaux. (Ex. en matière de divorce, CPC, art 98 ; pour les décisions rendues par le juge de l'exécution, CPCE R-121-3 ; en cas d'incompétence du juge judiciaire au profit du juge administratif : CPC, art. 99).

²⁰⁷⁸ CPC, nouvel art. 75 (ancien art. 74). L'exception d'incompétence doit être motivée par la partie qui la soulève et doit indiquer la juridiction que cette dernière estime compétente.

²⁰⁷⁹ LPC, art. 127 ; CPS, « Règles relatives aux nombreuses questions concernant les jugements des affaires de contestations de la compétence juridictionnelle matérielle » (最高人民法院关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定), Interprétation [2009] n°17, du 12 novembre 2009, art. 1.

²⁰⁸⁰ Sur les règles d'attribution de la compétence juridictionnelle, LPC, art. 17 et s. ; Interprétation [2009] n°17, art. 7 : « [même] en l'absence d'exception d'incompétence soulevée par les parties, le tribunal saisi doit, en cas de violation de la compétence juridictionnelle [violation du degré de juridiction], transmettre l'affaire au tribunal compétent » (« 当事人未依法提出管辖权异议, 但受诉人民法院发现其没有级别管辖权的, 应当将案件移送有管辖权的人民法院审理 »).

²⁰⁸¹ Interprétation [2009] n°17, art. 3.

²⁰⁸² LPC, art. 154 ; Interprétation [2009] n°17, art. 8.

²⁰⁸³ Interprétation [2009] n°17, art. 9 : « concernant les décisions ordonnant le transfert de l'affaire à la juridiction supérieure, lorsque les parties ne font pas appel mais que le tribunal supérieur saisi considère qu'il y a eu erreur, ce dernier peut, d'office, annuler la décision [ordonnant le transfert de compétence] d'office ».

ad litem est en principe obligatoire en matière d'appel civil²⁰⁸⁴, mais ne l'était pas en matière de contredit. Ainsi, si la partie formait un contredit de compétence en lieu et place d'un appel, ce dernier pouvait être déclaré irrecevable par le juge, non pas en raison de l'erreur dans le choix du recours, mais à défaut de constitution d'avocat²⁰⁸⁵, situation qui ne paraît pas concevable en Chine. Sur ce point, la disparition du contredit en procédure civile française contribue à une simplification procédurale majeure.

297. L'appel à l'encontre des décisions d'irrecevabilité. En ce qui concerne les appels formés à l'encontre des ordonnances de refus ou de rejet d'une demande en justice, ils doivent être rapprochés des appels français formés contre une décision retenant une fin de non-recevoir. En effet, la décision par laquelle les juges de la chambre d'enregistrement vont accepter ou non une affaire dépend de sa conformité avec les conditions énumérées à l'article 119 de la LPC²⁰⁸⁶. Or, ces conditions concernent surtout des exigences de recevabilité plus que de forme : la qualité des parties ou encore l'existence d'une prétention procédurale relèvent indubitablement de la recevabilité de la demande, dont l'absence est sanctionnée en France par une fin de non-recevoir, considéré comme un moyen de défense²⁰⁸⁷. Autrement dit, en Chine, ce premier filtrage doit amenuiser les moyens de défense opposables par le défendeur et relatifs aux exceptions de procédures et aux fins de non-recevoir, puisque c'est au juge que revient, en premier, le contrôle de la conformité de la demande en justice.

Si l'appel dirigé contre une décision retenant une fin de non-recevoir ne pose aucun problème, soulever ce moyen de défense en appel semble plus discutable. En France, l'article 123 du Code de procédure civile dispose que la partie peut soulever une fin de non-recevoir à tout moment, sous peine, toutefois, de dommages et intérêts si elle s'est abstenue dans une intention dilatoire, de l'invoquer plus tôt²⁰⁸⁸. Ce n'est

²⁰⁸⁴ À l'exception de certaines situations, telles que l'appel formé contre un jugement de surendettement.

²⁰⁸⁵ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 1081, n°1565 : les juges d'appel pouvaient déclarer irrecevable un contredit utilisé par une partie à la place d'un appel « faute de constitution d'avocat par l'auteur du contredit dans le mois qui suit l'avis donné aux parties par le greffier ».

²⁰⁸⁶ V. *Supra* n°249 et s.

²⁰⁸⁷ CPC, art 122 : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

²⁰⁸⁸ CPC, art 123 : « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ».

que récemment que la jurisprudence semble avoir admis l'interprétation stricte de l'expression « en tout état de cause » en cassant l'arrêt d'appel qui avait déclaré irrecevable la fin de non-recevoir²⁰⁸⁹.

En Chine, de tels cas de figure ne devraient pas être fréquents : en dépit du « filtrage » imposé par l'article 119 de la LPC, le juge et les parties peuvent soulever l'irrecevabilité d'une demande en justice à tout moment. Ainsi, si le juge n'a pas exercé le contrôle exigé par l'article 119 de la LPC, les parties ont toujours la possibilité de contester l'existence du procès ou la compétence juridictionnelle en appel. Plus précisément, il semble que ces exceptions d'incompétence et ces « fins de non-recevoir » puissent même être relevées d'office par le juge d'appel chinois. En effet, dans son interprétation judiciaire de 2015, la Cour Populaire Suprême a indiqué aux juges de seconde instance les directives à suivre dans chacune des hypothèses. Si le tribunal de seconde instance considère que le tribunal initial *n'aurait pas dû accepter* la demande en justice, il peut (可以) *annuler* le jugement appelé et déclarer la demande en appel irrecevable²⁰⁹⁰ (驳回). Dans le cas où le tribunal de première instance n'a pas relevé son incompétence, la juridiction supérieure *doit* (应当) annuler le jugement initial et transférer l'affaire au tribunal compétent²⁰⁹¹. Enfin, dans l'hypothèse où le juge d'appel chinois est saisi d'une contestation portant sur l'irrecevabilité prononcée par la chambre d'enregistrement ou par le juge du fond, l'article 333 de l'interprétation rendue par la Cour Suprême en 2015 indique que le juge d'appel doit, en cas d'erreur constatée dans la décision d'irrecevabilité déférée, annuler ladite décision et ordonner à la chambre d'enregistrement ou au tribunal de première instance d'enregistrer la demande ou de procéder au jugement de l'affaire²⁰⁹².

Plus généralement, une partie de la doctrine chinoise considère que la

²⁰⁸⁹ Civ. 2^e, 14 novembre 2013, n° 12-25.835, *Bull.* II, 2013, n°221 : « Encourt en conséquence la censure l'arrêt qui déclare une partie irrecevable à soulever la fin de non-recevoir tirée de ce que, n'ayant pas la qualité de locataire, elle n'a pas celle de défendeur à l'action dirigée contre elle, au motif que n'ayant contesté sa qualité ni à réception du congé ni devant le juge des loyers commerciaux ni, dans un premier temps, devant la cour d'appel, cette partie ne peut sans se contredire au détriment d'autrui, se prévaloir de son défaut de qualité ».

²⁰⁹⁰ Interprétation [2015] n°5, art. 330 : « 人民法院依照第二审程序审理案件, 认为依法不应由人民法院受理的, 可以由第二审人民法院直接裁定撤销原裁判, 驳回起诉 ».

²⁰⁹¹ Interprétation [2015] n°5, art. 331 : « 人民法院依照第二审程序审理案件, 认为第一审人民法院受理案件违反专属管辖规定的, 应当裁定撤销原裁判并移送有管辖权的人民法院 ».

²⁰⁹² Interprétation [2015] n°5, art. 332 : « 第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的, 应当在撤销原裁定的同时, 指令第一审人民法院立案受理; 查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的, 应当在撤销原裁定的同时, 指令第一审人民法院审理 ».

dynamique de l'appel doit être fondée sur la justice et l'efficacité, en prenant comme prémisses les droits et intérêts légaux des parties²⁰⁹³. À ce titre, l'appel chinois aurait vocation avant tout à corriger les erreurs des jugements de première instance – qui seraient encore nombreuses du fait de la formation inadaptée des juges chinois²⁰⁹⁴ – trahissant, *a priori*, une préférence pour l'appel voie de réformation. Les exceptions tirées de la nature de l'ordonnance mises à part, la volonté de rectifier les éventuelles erreurs du jugement initial justifie en grande partie l'étendue de la saisine du juge d'appel chinois.

B. La fonction correctrice de la voie d'appel chinoise.

298. Les classifications classiques de la voie d'appel. La fonction de la voie d'appel tend à assurer un double degré de juridiction²⁰⁹⁵. Celui-ci est incarné en France dans la fonction même de l'appel qui, depuis le 1^{er} septembre 2017, « tend, par la critique du jugement rendu par une autre juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel²⁰⁹⁶ ». En tant que *voie de réformation*, la procédure d'appel française se caractérise par la dévolution, aujourd'hui limitée²⁰⁹⁷, du litige : le but est alors de rectifier, dans le jugement initial, les éventuelles erreurs intellectuelles commises par les juges de première instance²⁰⁹⁸.

²⁰⁹³ Zhang Ruxiu (章汝秀), Fu Xiaojuan (符晓娟), « Recherche sur le système d'appel civil » (« 民事诉讼的上诉制度研究 »), *Vision juridique* (法制博览), 2013-4, pp. 201-202.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*

²⁰⁹⁵ Le double degré de juridiction n'est pas un principe supérieur en droit français qui donnerait lieu à un droit *absolu* pour le justiciable : Frédérique Ferrand, « Appel » *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°3 ; les juges strasbourgeois ont refusé de consacrer le double degré de juridiction en matière civile comme une exigence du procès équitable (CEDH, 26 oct. 1984, req. n°9186/80, *De Cubber c/ Belgique*, § 32) de la même manière que le Conseil constitutionnel français refuse d'y voir un principe constitutionnel (C.C., décision n°2004-491 DC du 12 févr. 2004, *Polynésie française*, cons. 4 : « Considérant, en premier lieu, que le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle ») ; il fait toutefois partie des droits de la défense (Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, pp. 795 et s., n°235).

²⁰⁹⁶ CPC, art. 542 dans sa version modifiée par l'art. 7 du décret n°2017-891 du 6 mai 2017. La volonté du législateur serait d'imposer un « recentrage du procès d'appel » ; la nouvelle rédaction de l'art. 542 tend à renforcer la nécessité de préciser la portée de l'effet dévolutif en vertu du principe selon lequel « l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent » (Circulaire du 4 août 2017 de présentation des dispositions du décret n°2017-891 du 6 mai 2017, modifié par le décret n°2017-1227 du 2 août 2017, *BOMJ*, n°2017-08, 31 août 2018, p. 5).

²⁰⁹⁷ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 702, n°832.

²⁰⁹⁸ Dans le cadre de la réforme sur la justice du 21^{ème} siècle, deux rapports se prononçaient en faveur d'un appel tendant vers une voie de réformation : celui de l'Institut des Hautes Études Juridiques et celui dirigé par M. Delmas-Goyon. Ils préconisaient notamment un recentrage de l'appel destiné à

Cela se traduit, dans l'ordre juridictionnel, par la transmission de l'affaire appelée à une juridiction autre que la juridiction initiale et surtout supérieure à cette dernière²⁰⁹⁹. En tant que *voie d'annulation*, l'appel est la voie de recours française exclusive d'annulation un jugement²¹⁰⁰. Le décret précité du 6 mai 2017 relatif aux exceptions de compétence et à l'appel en matière civile adopte la conception d'un appel « voie d'achèvement maîtrisée du litige²¹⁰¹ » via la réécriture de l'article 562 du Code de procédure civile²¹⁰².

En Chine, l'appel est également une *voie d'achèvement* du litige – conditionnée à l'absence d'erreur dans le jugement initial – en plus d'être une procédure correctrice : la fonction et le domaine de l'appel dépendent du jugement de première instance attaqué. Rappelons tout d'abord qu'en France, le magistrat ne peut refuser de juger du litige qui lui est soumis²¹⁰³, selon le principe énoncé dans l'article 561 du

sanctionner l'office des premiers juges : Lois Raschel, « La "nouvelle" procédure d'appel », *In* Corinne Bléry, Lois Raschel (dir.), *op.cit.*, p. 69.

²⁰⁹⁹ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 682, n°805 : le principe d'impartialité commande en France que le magistrat siégeant en première instance ne peut siéger en appel. Civ. 2^e, 3 juillet 1985, n°84-10356, *Bull.* I, n°133, p. 89.

²¹⁰⁰ *Idem*, pp. 704 et s., n°834 (appel-nullité ordinaire), n°825 (appel-nullité subsidiaire). Exception faite du cas où la nullité porte sur l'acte introductif d'instance puisque dans ce cas, l'annulation du premier jugement emporte annulation de la première instance, par conséquent, « l'appel ne saurait avoir d'effet évolutif et l'affaire, après annulation de l'acte introductif d'instance et du jugement subséquent, doit donc faire l'objet d'un nouveau jugement en première instance ».

²¹⁰¹ V. Jean-Claude Magendie, « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel », *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*, 24 mai 2008, qui indiquait la nécessité de trouver un équilibre entre la voie de réformation et la voie d'achèvement (pp. 23 et s.) ; Natalie Fricero, « L'appel nouveau est arrivé ! », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1057 : le décret de 2017 relatif à la modification de l'appel sonne la fin de l'appel général. Le nouvel art. 562 du CPC exige, en son premier alinéa, que les parties critique expressément les chefs de jugement déferés en appel. Ainsi, l'auteur considère que « le législateur a pris le parti d'une voie médiane, en laissant subsister certains aspects de la voie d'achèvement que le Code de procédure civile a adoptée, mais en imposant aux parties une définition précise des chefs de jugement attaqués et une concentration des prétentions ».

²¹⁰² CPC, art. 562 (dans sa rédaction issue du décret n°2017-891 du 6 mai 2017) : « L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

²¹⁰³ Henri Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême » [1953], *In Écrits. Études et notes de procédure civile*, *op.cit.* p. 5 : « le juge d'appel qui statue en vertu de l'effet dévolutif n'a aucun pouvoir d'appréciation : il ne peut pas renvoyer devant le premier juge la connaissance du litige ni même de l'un ou de plusieurs points » ; Frédéric Ferrand, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz (actualisé en sept. 2017), n°899 : ce principe découle de la plénitude de juridiction reconnue aux cours d'appel, qui, une fois saisie, a l'*obligation* de statuer sur le litige qui lui est soumis. Par ex., une cour d'appel méconnaît l'étendue de ses pouvoirs en renvoyant par un chef séparé, dans un litige locatif, la cause et les parties devant le tribunal d'instance pour qu'il soit statué sur l'indemnité de privation de jouissance des locataires : Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-13288, *Bull. civ.* II, n° 99 ; de la même manière, une cour d'appel qui ordonne une expertise ne peut pas dire que l'expert déposera son rapport auprès du greffe de la juridiction de première instance : Civ. 2^e, 14 juin 2007, n°06-15319.

Code de procédure civile²¹⁰⁴. Or, en Chine, non seulement le juge d'appel peut renvoyer l'affaire mais en plus il peut la renvoyer au tribunal initial : en d'autres mots, la juridiction de première instance n'est pas nécessairement dessaisie du litige une fois le jugement rendu²¹⁰⁵. Ainsi, la *Loi de procédure civile* chinoise distingue ainsi quatre situations auxquelles le juge d'appel est susceptible d'être confronté. La première suppose que les faits soient clairement établis et que le droit soit correctement appliqué ; les juges doivent alors rejeter l'appel et confirmer le jugement initial²¹⁰⁶. Cet article doit s'interpréter largement puisqu'en cas de simple « imperfection » constatée dans l'application du droit ou l'établissement des faits qui n'influence pas le résultat substantiel contenu dans la décision de justice, le juge doit opter pour une solution identique²¹⁰⁷. La deuxième situation vise l'hypothèse où l'établissement des faits et/ou l'application du droit est erroné(e) : le magistrat a le choix entre annuler ou réformer tout ou partie le jugement de première instance. Le troisième cas de figure concerne l'erreur commise dans la constitution des faits *fondamentaux*. Dans ce cas, le juge peut opter ou bien pour l'annulation du jugement et ordonner le renvoi de l'affaire devant le tribunal qui en est l'auteur ou bien pour la réformation dudit jugement après éclaircissement des faits fondamentaux litigieux. Le renvoi ne peut être exercé qu'une seule fois : si le jugement rendu après renvoi est de nouveau appelé pour la même raison, les juges d'appel doivent juger eux-mêmes²¹⁰⁸. Enfin, la solution de renvoi est admise aussi dans le cas où le jugement omet une partie en première instance, lorsqu'il est par défaut « illégal » ou lorsqu'il contient une « violation grave de procédure²¹⁰⁹ ». Dans ce cas, le nombre de renvoi est illimité²¹¹⁰.

299. Le pragmatisme procédural chinois : la dispense d'ouverture d'audience en appel. En outre, la législation chinoise dispense les juges d'appel de

²¹⁰⁴ CPC, art. 561 : « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

²¹⁰⁵ Il n'est cependant pas précisé si ce sont les mêmes juges qui devront statuer de nouveau.

²¹⁰⁶ LPC, art. 170, al 1 (1).

²¹⁰⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 334.

²¹⁰⁸ Cette règle a été précisée par la Cour Populaire Suprême dans son interprétation judiciaire relative aux questions en matière de jugement sur renvoi et d'ordre de rejugement du 3 juillet 2002 (art. 1). Pour une explication des faits fondamentaux, V. Interprétation [2015] n°5, art. 335.

²¹⁰⁹ LPC, art. 170 al 1 (4) ; Interprétation [2015] n°5. L'article 325 détaille les « violations graves de procédure » : (1) lorsque la formation collégiale est illégalement formée ; (2) lorsqu'un juge qui aurait dû se récuser ne l'a pas fait ; (3) en cas de procédure menée par une partie dépourvue de la capacité d'agir en justice et non représentée ; (4) en cas de violation grave des droits du contradictoire des parties.

²¹¹⁰ Opinion [1992] n°22, art. 181-189.

rouvrir une audience lorsqu'aucun élément nouveau n'est établi²¹¹¹, qu'il s'agisse d'un appel d'un jugement au fond²¹¹² ou d'un appel dirigé contre une décision d'irrecevabilité²¹¹³. Dans un sens, l'appel de l'une des trois premières ordonnances listées à l'article 154 de la LPC (qui concernent la recevabilité de la demande en justice) suppose que l'appelant conteste un élément essentiel de l'acte introductif d'instance et donc qu'il vise, consciemment ou non, la nullité du jugement de première instance. Peut-on le rapprocher de l'appel en annulation français ? Il semble que oui, puisque ce dernier, lorsqu'il concerne une cause de nullité affectant l'acte introductif d'instance, ne peut pas produire, en toute logique, d'effet dévolutif sur le fond²¹¹⁴ : le juge annule et renvoie les parties à saisir le juge de première instance²¹¹⁵. Cette solution doit s'analyser comme le respect normal du double degré de juridiction. En Chine, dans l'hypothèse où la décision d'irrecevabilité de la demande en justice n'est pas fondée, les juges d'appel doivent annuler la décision et ordonner au tribunal de première instance de juger l'affaire²¹¹⁶. À l'inverse, dans le cas où les juges d'appel chinois considèrent que l'affaire n'aurait pas du être acceptée par le tribunal de première instance, ils peuvent annuler le jugement appelé et déclarer la demande en justice irrecevable²¹¹⁷. Le tribunal de seconde instance se substitue, dans ce cas, au tribunal de première instance. Il n'est cependant pas précisé si le juge d'appel peut se prononcer sur la recevabilité de la demande en justice lorsqu'elle est contestée par l'appelant ou l'intimé ou s'il peut le faire d'office.

²¹¹¹ LPC, art. 169. Cette dispense est facultative.

²¹¹² Interprétation [2015] n°5, art. 333, al. 1^{er} (2), (3), (4) : cette possibilité est également offerte si la prétention soulevée en appel n'est manifestement (明显) pas fondée, si les faits de la première décision sont clairs mais que seule l'application du droit est erronée et dans le cas d'une grave violation procédurale (严重违法法定程序), nécessitant un renvoi.

²¹¹³ C'est-à-dire d'un appel formé à l'encontre d'une des trois ordonnances visées à l'article 154 de la LPC. Interprétation [2015] n°5, art. 333, al. 1^{er}, (1).

²¹¹⁴ Henri Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême » [1953], *In Écrits. Études et notes de procédure civile, op.cit.* p. 9 : « [dans] l'hypothèse où le jugement de première instance est annulé pour vice de forme ou irrégularité [...] il n'y a place que pour l'évocation parce que, la décision du premier juge étant rétroactivement effacée, il ne subsisterait plus de point d'appui pour l'effet dévolutif ».

²¹¹⁵ Frédérique Ferrand, « Appel », *In Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°931, « l'appel ne produit pas d'effet dévolutif sur le fond lorsque le jugement est annulé en raison d'une irrégularité qui affecte l'acte introductif d'instance, et que le défendeur n'a pas comparu. L'annulation du jugement est dans ce cas la conséquence de l'irrégularité de la saisine de la juridiction du premier degré. Dans un tel cas, l'instance est atteinte dans son principe même et la cour doit renvoyer les parties à se pourvoir devant les premiers juges ».

²¹¹⁶ Interprétation [2015] N°5, art. 331, 332.

²¹¹⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 330.

300. L'appel chinois, moyen de contrôle de la décision de première instance. En Chine, la voie de l'appel est conditionnée au simple désaccord, par les parties, avec le jugement de première instance²¹¹⁸. Contrairement au droit français qui confie, si besoin²¹¹⁹, la charge de mise en état du dossier d'appel au conseiller de la mise en état rattaché à la cour d'appel²¹²⁰, le droit chinois prévoit que la « mise en état » du dossier²¹²¹ est le fait du tribunal de première instance, avant qu'il soit envoyé à l'échelon juridictionnel supérieur²¹²². Concernant l'audience au fond, la mission de la formation collégiale chinoise²¹²³ statuant en appel est « *d'exercer un contrôle sur les faits et le droit [appliqué] soulevés dans les prétentions en appel*²¹²⁴ ». Celle des juges d'appel français consiste à « statu[er] à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code²¹²⁵ ». La différence entre les termes « contrôler » (检查) et « statuer » n'est pas sans conséquence puisqu'elle renforce la caractéristique d'un appel chinois voie de réformation *principalement*. Au contraire, l'appel français ne se limite pas à contrôler les erreurs des premiers juges d'instance : les juges français du second degré ont l'obligation de juger de nouveau, « comme si le premier jugement n'avait pas autorité de la chose jugée²¹²⁶ ». Le droit chinois ne mentionne pas l'autorité de la chose jugée du jugement de première instance, ni même l'effet suspensif de l'appel ou du délai d'appel, qui se déduisent de la lecture *a contrario* de l'article 155 de la LPC²¹²⁷. En dépit de cette divergence de conception dans la voie d'appel, force est de constater

²¹¹⁸ LPC, art. 164, alinéa 1 : « *Les parties qui refusent les jugements rendus en première instance par un tribunal populaire local ont le droit de faire appel devant un tribunal populaire supérieur dans les quinze jours suivant la réception du jugement* » ; pour les ordonnances le délai est rendu à dix jours (alinéa 2).

²¹¹⁹ CPC, art. 762 dans sa version en vigueur au 1^{er} septembre 2017 : « Toutes les affaires que le président ne renvoie par à l'audience sont mises en état d'être jugées, conformément aux dispositions ci-après. Le greffe avise les avocats constitués de la désignation du juge de la mise en état ».

²¹²⁰ CPC, art. 763 et s.

²¹²¹ LPC, art. 167. Le tribunal populaire local s'occupe notamment de l'échange entre les parties de leurs conclusions en appel.

²¹²² LPC, art. 166. L'alinéa 2 précise qu'en cas d'erreur des parties qui auraient porté leur acte d'appel directement devant le tribunal populaire de seconde instance, ce dernier doit communiquer dans les cinq jours une copie de l'acte d'appel au tribunal initial.

²¹²³ Obligatoire en appel. LPC, art. 169 al 1.

²¹²⁴ LPC, art. 168 : « 第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查 ».

²¹²⁵ CPC, art. 561, al. 2, dans sa version modifiée par le décret n°2017-891 du 6 mai 2017.

²¹²⁶ Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 702, n°831. Les auteurs s'appuient ici sur le premier alinéa de l'article 561 du CPC qui dispose que « l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel ».

²¹²⁷ LPC, art. 155 : « *les décisions de justice de la Cour Suprême, les décisions insusceptibles d'appel et les décisions dont le délai d'appel a expiré sont exécutoires* » (« 最高人民法院的判决、裁定, 以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定, 是发生法律效力判决、裁定 »).

que le décret n°2017-891 relatif aux exceptions de compétence et à l'appel civil tend à rapprocher les délimitations franco-chinoises de la matière litigieuse en appel, par la consécration du principe d'une dévolution limitée.

Ainsi, le domaine de l'appel chinois est limité, en principe, aux prétentions incluses dans la déclaration d'appel et les conclusions en défense²¹²⁸, ce qui n'est pas sans faire écho au nouvel article 562 du Code de procédure civile français : « l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible²¹²⁹ ». La dévolution totale du litige en France n'est donc plus de principe, comme en droit chinois. En outre, un appel chinois dépourvu de prétention doit être rejeté²¹³⁰, à l'instar, semble-t-il, de la déclaration d'appel française qui mentionnerait « appel total » ou « appel général » et qui est sanctionnée par une nullité pour irrégularité de forme²¹³¹. En Chine, l'effet dévolutif du litige, si tant est qu'il existe, serait donc conditionné, en principe, à la volonté exprimée par les parties dans leurs prétentions d'appel et non dans la seule existence de l'« acte » d'appel²¹³². Il existe cependant des

²¹²⁸ Ce qui n'a pas toujours été le cas : ainsi dans la *Loi de procédure civile (à titre expérimental)* de 1982, l'article 149 énonçait que « le juge de seconde instance devait exercer un contrôle total sur l'affaire sans être limité par les prétentions d'appel des parties » (« 二审法院应对案件行进行全面审查, 不受当事人上诉请求的限制 »); en 1991, la *Loi de procédure civile* initiale dans son article 151 réduisait considérablement le domaine d'intervention des juges d'appel : « les juges de seconde instance doivent exercer un contrôle sur le droit appliqué et les faits soulevés dans les prétentions d'appel des parties » (« 二审法院应当对上诉请求有关事实和适用法律进行审查 »), jusqu'à l'interprétation de 1992 qui ajoute une exception (art. 180) en autorisant le juge d'appel à rectifier les erreurs constatées dans le jugement initial sans qu'elles n'aient été soulevées par les parties. Enfin, dans une interprétation rendue en 1998 relative à la réforme du style des jugements en matière civile et commerciale (art. 35), les juges de Pékin réaffirment le principe de limitation du domaine de contrôle en appel relativement aux prétentions en appel des parties, avec pour exception, les jugements prononcés en violation d'une règle de droit prohibitive, les jugements violant les intérêts étatiques, sociaux ou les droits et intérêts légaux d'autrui. L'interprétation de 2015 n°5 rappelle, dans son article 323, alinéa premier, que « le domaine de jugement du tribunal de seconde instance est encadré par les prétentions d'appel des parties ». (« 第二审人民法院应当围绕当事人上诉请求进行审理 »).

²¹²⁹ Comp. art. 562 antérieur au décret 2017-891 du 6 mai 2017 : « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

²¹³⁰ Interprétation [2015] n°5, art. 323, al. 2.

²¹³¹ CPC, art. 901, 4° : « La déclaration d'appel est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par l'article 58, et à peine de nullité : [...] 4° Les chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Cette nullité peut être couverte par une nouvelle déclaration d'appel : avis de la Cour de cassation, civ. 2°, 20 déc. 2017, n°17019.

²¹³² Loïc Cadet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 703, n°832 : « il n'est pas sans intérêt de préciser que seul l'acte d'appel opère dévolution [...] ». Toutefois, le nouveau décret du 6 mai 2017 en la matière qui oblige les parties à mentionner expressément, dans la déclaration d'appel, les chefs du jugement attaqué pose la question de savoir si, en l'absence de telle mention, l'effet dévolutif du jugement

exceptions, inconnues du droit français, dans lesquelles le litige sera de nouveau jugé en appel quand bien même les parties n'auraient formulé aucune prétention ou plus grave, dans le cas où elles auraient manifesté leur volonté d'un commun accord, de mettre fin à l'instance. Ces exceptions concernent la découverte, dans le jugement initial, de la violation d'une prohibition légale (法律禁止性规定), de l'intérêt étatique, public et social et/ ou d'un droit ou intérêt légal d'autrui²¹³³. C'est donc une condition objective et surtout extérieure à l'acte d'appel qui participera à la dévolution (totale) du litige ; dans cette hypothèse, il s'agit bien d'évocation du litige *imposée* au juge d'appel dans les cas prévus par la loi²¹³⁴.

301. Les nouvelles prétentions en appel. Par ailleurs, si le pouvoir d'appréciation du juge chinois est en principe limité aux prétentions des parties, la loi n'interdit pas à ces dernières d'en soumettre de nouvelles en seconde instance²¹³⁵. Cette possibilité offerte aux parties semble avoir un domaine plus large que celui des exceptions, prévues en droit français, au principe de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles²¹³⁶. Il est intéressant de constater qu'en Chine, le traitement par le juge d'appel des nouvelles prétentions suppose un consensus, puisqu'il dépend de son acceptation par les parties : dans un premier temps, le juge saisi d'une prétention nouvelle et indépendante du litige qui lui est soumis doit procéder, en accord avec la

attaqué opère quand même. V. La réponse communiquée dans la circulaire du 4 août 2017 de présentation des dispositions du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 modifié par le décret n°2017-1227 du 2 août 2017, sur la modification de l'article 562 du CPC : « La règle qui prévoyait, au sein de l'ainéa deux, que la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, est supprimée. Il s'ensuit que la dévolution ne s'opèrera plus pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

²¹³³ Interprétation [2015] n°5, art. 323, al. 2.

²¹³⁴ Comp. CPC français, art. 568, al. 1^{er} : « Lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction ».

²¹³⁵ Interprétation [2015] n°3, art. 328 : les nouvelles prétentions en appel concernent principalement deux situations : soit le demandeur initial ajoute une prétention indépendante, soit le défendeur initialement appelé soulève une contestation. Comp. en France, CPC, art. 563 : « les parties ne peuvent invoquer que des moyens et des preuves nouvelles à l'appui de leur prétention émise en première instance » ; CPC, art. 564 : « à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

²¹³⁶ CPC, art. 564 (principe) ; 565 : « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent » ; 566 (recevabilité des demandes accessoires) ; 567 (recevabilité des demandes reconventionnelles) ; pour un exemple jurisprudentiel récent de l'exception au principe d'irrecevabilité de prétentions nouvelles (cas d'une demande ayant le même fonement que celle initiale, poursuivant la même fin (d'indemnisation en l'espèce) : Civ. 2^e, 5 oct. 2017, n°16-22353 ; Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *op.cit.*, p. 709, n°837.

volonté des parties, à une phase de médiation ; en cas d'échec, il doit informer les parties que leur prétention doit faire l'objet d'une demande en justice séparée²¹³⁷. Cependant, si les parties sont d'accord, le tribunal de seconde instance *peut* être saisi des nouveaux chefs et rendre une décision²¹³⁸. Le fait que cette solution soit une *possibilité* offerte au juge et non un *devoir* qui lui est imposé est justifié, en doctrine, par le souci de protection des intérêts publics et sociaux et des droits et intérêts légaux des tiers²¹³⁹. Dans le cas où le juge accepte de se saisir d'une nouvelle prétention, il est évident qu'une telle option, si elle conduit à réduire les coûts et le délai entraînés par le retour à la case départ d'une nouvelle demande en justice, prive, au final, les parties du double degré de juridiction : la décision du juge d'appel sera en effet finale, c'est-à-dire non susceptible d'un nouvel appel, ce qui explique l'exigence de recueillir le consentement des parties au préalable²¹⁴⁰. Il résulte de ces constatations que le principe de dévolution encadrée du litige qui est au cœur de la théorie de l'appel en France fait écho, en Chine, au principe que l'on pourrait qualifier d'évolution (consensuelle ou par évocation) du litige.

302. La signification du double degré de juridiction. Nonobstant les difficultés inhérentes à l'applicabilité des classifications des voies de recours françaises à celles chinoises, la fonction irréductible de l'appel français est celle d'être un second degré de juridiction. Pour les parties au procès, l'appel incarne ainsi la « garantie d'un double examen de leur litige²¹⁴¹ », qui s'inscrit dans un paradigme plus large, celui du procès équitable. En Chine, l'appel entendu comme second degré de juridiction ne peut être postulé ; à ce titre, la doctrine chinoise a conceptualisé d'autres classifications de la voie d'appel, qui illustrent, ensemble, une divergence

²¹³⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 328 : « *Au cours de la seconde instance, [lorsque] le demandeur initial en première instance ajoute une nouvelle prétention indépendante ou lorsque le défendeur initial émet une contestation, le tribunal de seconde instance peut, si les parties l'acceptent, (litt. selon le principe de libre volonté des parties), examiner ces nouveaux chefs par la voie de la médiation ; en cas d'échec, il doit informer les parties de la nécessité de former une autre action en justice* », (« 在第二审程序中, 原审原告增加独立的诉讼请求或者原审被告提出反诉的, 二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解; 调解不成的, 告知当事人另行起诉 »).

²¹³⁸ *Ibid.* Art. 328 al 2 : « 双方当事人同意由二审人民法院一并审理的, 二审人民法院可以一并裁判 ».

²¹³⁹ Du Wanhua, préc, p. 11 : ainsi, s'il apparaît que la nouvelle prétention risque de violer les intérêts en question, le juge doit rediriger les parties vers une nouvelle action en justice.

²¹⁴⁰ *Ibid.* Pour l'auteur, cette possibilité incarne le principe du libre dispositif des droits accordé aux parties qui ont le choix de renoncer ou non au privilège du double juridiction (« 因为当事人有权自愿放弃审级利益, 这是自愿处分原则的体现 »).

²¹⁴¹ Hervé Croze, *Le procès civil*, Dalloz, 2^e éd, 2004, p. 35.

fonctionnelle de cette voie de recours. Ainsi, comme l'explique Li Xiangbo, il existerait trois procédures-types de seconde instance, ayant chacune une fonction distincte²¹⁴². Le premier modèle qu'il qualifie de « système de réexamen » (复审制) implique un effet dévolutif total du litige : le juge n'est lié ni par le jugement de première instance, ni par les demandes des parties et procède à un nouvel examen total de l'affaire²¹⁴³. Dans le deuxième modèle (事后审制), la juridiction de seconde instance procède à un simple contrôle de conformité du contenu du jugement ainsi qu'à la vérification des éventuelles erreurs de procédure ; les parties ne peuvent plus, dans ce cas, apporter de nouvel élément (que ce soit de fait, de droit, ou de preuve) au contentieux puisque ce n'est pas le litige qui est contrôlé mais la décision qui en résulte. Ce modèle, qui se rapproche en réalité de celui de notre Cour de cassation, est rejeté en Chine en raison, selon l'auteur, de son incompatibilité avec le modèle... accusatoire²¹⁴⁴. Le modèle d'appel consacré en Chine par les juges de la Cour Suprême serait un modèle hybride, que l'auteur qualifie de « système d'instance continue » (续审制) : basé sur le jugement de première instance, il permet aux parties d'invoquer de nouvelles preuves ou de nouveaux faits, à condition de ne pas remettre en cause les faits définitivement établis par ces dernières dans le jugement initial. Dans ce schéma, les parties continuent l'instance initiale, tout en la faisant évoluer sur les points de fait et de droit encore litigieux²¹⁴⁵. La conception du double degré de juridiction doit donc être relativisée en Chine. Ce constat est d'ailleurs confirmé par l'existence d'une pratique officieuse qui a cours dans les juridictions chinoises lorsque celles-ci doivent traiter des affaires difficiles (疑难案件²¹⁴⁶) : la pratique dite

²¹⁴² Li Xiangbo, préc., p. 20.

²¹⁴³ *Ibid.*, le défaut de ce modèle est d'être peu efficace et conduit au gaspillage des ressources judiciaires.

²¹⁴⁴ *Ibid.* « 事后审模式虽然有利于二审法官集中精力针对一审裁决进行复查, 但该模式一概拒绝当事人提出的新事实主张, 不利于当事人主义的民事诉讼模式充分发挥 ».

²¹⁴⁵ *Comp. CPC*, article 561: « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

²¹⁴⁶ Sur la définition des « affaires difficiles » : Sun Haibo (孙海波), « La caractéristique chinoise du jugement des affaires difficiles : expérience et démonstration » (« 疑难案件裁判的中国特点: 经验与实证 »), *Droit oriental* (东方法学), n°4, 2017, p. 54. L'auteur s'appuie sur l'expérience des tribunaux de première instance pour établir cinq catégories d'affaires difficiles : (1) les affaires dont la résolution souffre de « lacune juridique » (法律漏洞); (2) les cas où les parties, mécontentes, veulent faire pression sur le juge via le système de plainte et de pétition auprès des autorités supérieures (*shangfang* 上方); (3) lorsqu'une même affaire peut connaître plusieurs issues possibles; (4) pour les nouvelles catégories d'affaires, (5) lorsque les parties ont recours à des « contacts » (关系) pour intervenir dans le jugement de l'affaire; (6) enfin, les affaires qui ont un impact social élevé, pouvant « influencer » la stabilité sociale de la localité.

des questions préjudicielles. En plus des moyens officiels de résolution des affaires difficiles (tels que le recours au comité de jugement, présent dans chaque juridiction²¹⁴⁷, le recours aux questions préjudicielles posées à la Cour Suprême ou encore le système récent des cas directeurs), les juges chinois, en pratique, questionnent (à l'oral ou à l'écrit) les juridictions supérieures sur le(s) point(s) épineux des affaires difficiles dont ils sont saisis²¹⁴⁸. Si, par ce fait, les juges préviennent d'éventuelles erreurs dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, ce système incarne surtout une forme de bureaucratisation (行政化) du pouvoir judiciaire²¹⁴⁹, qui n'est pas règlementé en droit. Cette pratique de « questionnement officieux » portant sur des affaires en cours (案件请示制度) conduit les juridictions supérieures à s'immiscer dans le contentieux en donnant des opinions, des avis au tribunal de première instance qui lui est subordonné²¹⁵⁰, avant même que les parties décident de faire appel. Sous couvert d'une plus grande efficacité, ce système va bien évidemment à l'encontre du principe de double juridiction, pour ne pas dire du « droit à un second regard²¹⁵¹ » que constitue l'appel, puisqu'aucune disposition n'empêche que les juges saisis d'un acte d'appel aient déjà eu connaissance de l'affaire en première instance, voire qu'ils aient indiqué au juge de première instance comment résoudre le litige²¹⁵². Ce système témoigne, plus largement, d'une conception de la justice en Chine axée sur le résultat plus que sur le respect de la procédure. Ce n'est que récemment que les garanties procédurales offertes aux parties constituent un gage de justice : ainsi, la possibilité de renvoi illimité pour violation grave de procédure vise autant à offrir aux parties un procès

²¹⁴⁷ *Loi sur l'organisation judiciaire de la République Populaire de Chine*, art. 10.

²¹⁴⁸ Sun Haibo, préc., pp. 58-59. Cette pratique fait référence « aux questions de droit substantiel ou de droit procédural présentes dans une affaire, qui sont posées à l'écrit ou à l'oral, par la juridiction inférieure à la juridiction supérieure au cours du processus juridictionnel et auxquelles les juridictions supérieures apportent une réponse » (« 下级法院在审理案件过程中, 就案件的实体处理或程序问题以口头或书面形式向上级法院请示, 上级法院予以答复的制度 »).

²¹⁴⁹ *Ibid*, p. 58.

²¹⁵⁰ Luo Piao (罗漂), Hu Bing (胡露), « Sur la violation et le recours du droit d'appel » (« 民事上诉权之侵犯及救济 »), *Journal de l'Université de Huainan*, 2015-2, vol. 17, n°2, p. 42.

²¹⁵¹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 842, n° 1235.

²¹⁵² Néanmoins il faut souligner que l'interprétation de 2015 place l'irrégularité de la formation collégiale dans les violations graves (illégalles) de procédure. Est-ce que cela englobe les formations collégiales dont les magistrats auraient déjà été sollicités en première instance par un juge de premier degré ?

« juste » qu'à rappeler aux juridictions inférieures l'obligation d'appliquer une procédure « équitable²¹⁵³ ».

303. L'appel chinois, en tant que seconde instance prévue par la loi, est donc une voie de recours « polyvalente » ou « multifacette » : en tant que voie de réformation, son domaine de contrôle porte sur la décision de première instance, mais il participe également à l'achèvement du litige sans pour autant restreindre – aussi strictement qu'en droit français –, la possibilité d'évocation et surtout d'évolution du contentieux. Cette conception de la voie d'appel semble être axée sur son aptitude à mettre fin au litige : cette exigence commande ainsi les possibilités offertes aux juges de seconde instance d'évoquer le litige sans être restreints à la délimitation opérée par les parties. Ces possibilités, détaillées par la Cour Suprême, sont relativement d'ailleurs larges d'interprétation²¹⁵⁴ et dépassent largement le simple cadre privé.

Ce souci d'efficacité, qui retranscrit, plus largement, une forme de pragmatisme judiciaire, est loin d'être désavantageux puisqu'il implique, tout d'abord, une simplicité procédurale. Celle-ci se traduit notamment par l'application, de principe, du fonctionnement de la procédure normale de première instance à la procédure d'appel²¹⁵⁵.

En outre, la possibilité de restreindre la publicité du procès selon la « nécessité » de l'affaire est également la marque du pragmatisme procédural chinois, alors synonyme de rapidité : rappelons en effet que dans les cas où les appels sont formés à l'encontre d'ordonnances de première instance, les juges peuvent ne pas ouvrir d'audience. Cet aménagement se retrouve dans les cas où les faits sont clairs et où seule l'application du droit est erronée : l'erreur en question – l'application du droit, c'est-à-dire le choix du fondement juridique de la décision de justice – ne justifie pas la réouverture des débats²¹⁵⁶. La simple « imperfection » dans l'application du droit ou l'établissement des faits en première instance sera gommée

²¹⁵³ L'explication donnée par la Cour Populaire Suprême en 2015 quant au domaine des violations de procédures graves qui englobe aussi bien l'illégalité de la formation collégiale que le manquement au respect du contradictoire est révélatrice de la mise en avant d'une justice procédurale.

²¹⁵⁴ Interprétation [2015] n°5, art. 323.

²¹⁵⁵ Selon l'article 174 de la LPC, la procédure d'appel suit celle de première instance, « à l'exception des règles dérogatoires en matière d'appel » (*i.e.* des règles instituées aux articles 164 à 176). En outre, d'autres règles dérogatoires sont précisées peu à peu par la CPS : par exemple, selon l'Interprétation [2015] n°5, l'article 324 précise que le tribunal d'appel peut procéder à l'ouverture d'une phase préparatoire avant audience telle qu'envisagée par l'art 133, al. 4 de la LPC.

²¹⁵⁶ Interprétation [2015] n°5, art. 333 (3).

face à l'exactitude du résultat²¹⁵⁷. En d'autres mots, alors qu'en droit français, le respect de la justice procédurale est consubstantiel à la légitimité et à la légalité du jugement qui en résulte, il apparaît que la justice procédurale chinoise ne fait que participer à cette justesse du jugement. Les conséquences de la violation de la procédure chinoise seront dès lors appréciées au regard du résultat substantiel.

304. Enfin, un dernier élément doit être souligné : l'introduction d'une justice consensuelle comme alternative au déroulement normal de la procédure²¹⁵⁸. Dans ce cas, l'accord des parties permet d'outrepasser les restrictions légales, comme nous l'avons vu en matière de recevabilité de prétentions nouvelles. En offrant le choix aux parties de convenir des aménagements de la procédure à suivre, le législateur s'assure qu'elles acceptent la décision de justice. C'est en ce sens qu'il serait préférable de parler de justesse plutôt que de justice en Chine : si tant est que l'on parvienne à s'accorder sur une définition acceptable de la notion de justice, le pragmatisme judiciaire chinois, axé avant tout sur la solution résultant du procès, l'apprécie quant à sa possibilité de mettre fin au conflit privé. À condition, bien évidemment, que la solution d'apaisement du conflit – qu'il s'agisse d'une décision de justice ou d'une décision consensuelle – soit en conformité avec les intérêts de la société. C'est peut être dans cet équilibre entre sphère privée et sphère publique que réside la principale différence entre les systèmes de procédure civile français et chinois et dont le curseur, dénommé « ordre public » ou « violation des intérêts étatiques » est si difficilement évaluable.

§2. La procédure dite de révision des affaires civiles.

« En matière d'autorité de chose jugée comme de voies de recours, le juriste est tiraillé entre deux tendances. Tout d'abord la tendance au perfectionnisme qui implique le souci d'assurer la meilleure justice possible, dans le respect scrupuleux du principe du contradictoire ; chaque jugement sera considéré comme une œuvre perfectible ; il faudra donc ouvrir assez largement les possibilités de remise en cause s'il apparaît que la solution retenue n'est pas bonne ou pourrait être meilleure. Mais

²¹⁵⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 334.

²¹⁵⁸ Interprétation [2015] n°5, art. 326 (dans le cas où le juge de première instance juge *infra petita*, le tribunal de seconde instance peut procéder à une médiation quant aux prétentions émises en première instance mais non examinées par le juge ; en cas d'échec, il renvoie pour jugement) ; art. 327 (même solution en cas d'absence d'une partie à la première instance qui se rajoute en cours d'appel) ; art. 328 (en cas d'ajout d'une nouvelle prétention) ; art. 329 (en matière de divorce).

une telle solution suscite immédiatement la réaction vers une autre tendance, qui tient à l'impératif de sécurité et de stabilité des situations juridiques : qu'est-ce qu'une justice lorsqu'une situation reconnue est menacée par des contestations permanentes et renouvelées ?²¹⁵⁹ »

A. Le recours chinois en révision, une voie de recours extraordinaire ?

305. La procédure chinoise dite de révision des affaires (审判监督程序) est une voie de recours dont le caractère extraordinaire s'apprécie dans ses causes d'ouverture, son but, son impact et ses conséquences. C'est en ce sens qu'un rapprochement avec les voies de recours extraordinaires françaises doit être souligné.

306. Cas d'ouverture. La procédure en révision en droit chinois peut être définie comme « *une procédure de rejugement exercée à l'encontre d'une décision de justice déjà exécutoire et dans laquelle est découverte une erreur*²¹⁶⁰ ». La principale fonction de cette voie de recours est d'être correctrice : elle n'intervient qu'après épuisement des voies de recours de droit commun et à l'encontre des jugements exécutoires erronés²¹⁶¹. Contrairement à l'appel qui peut être exercé, en principe, à l'encontre de tout jugement rendu en première instance, les causes d'ouverture d'une procédure en révision sont limitativement énumérées par la loi. Selon l'article 200 de la LPC, le juge doit faire droit à la demande de recours en révision initié par une partie s'il constate l'une de ces situations :

- (1) En cas de *nouvelle preuve*²¹⁶², suffisante pour renverser le jugement contesté ;

²¹⁵⁹ Vincent Delaporte, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », *BICC* hors-série « Rencontre Université-Cour de cassation - "La procédure civile" » - 23 janvier 2004.

²¹⁶⁰ V. not. l'article critique publié sur le site officiel des tribunaux populaires chinois, « L'application et l'amélioration de la procédure de révision des jugements civils » (« 民事审判监督程序的适用与完善 »), disponible à l'adresse : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/07/id/1024527.shtml> [dernière consultation le 10 avril 2018]. « 民事审判监督程序, 是指人民法院对已经发生法律效力 的判决、裁定, 发现确有错误, 依法对案件进行再审的程序。审判监督程序作为一种特殊的 纠错和救济程序, 是在一般救济手段即一审和二审程序终结之后, 对已经发生法律效力, 但仍有错误的民事判决和裁定加以纠正的程序 ».

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² « Interprétation de la CPS relative à la procédure de révision des affaires instaurée par la "loi de procédure civile" », (最高人民法院关于适用“中华人民共和国民事诉讼法”审判监督程序若干问题的解释) publiée le 1^{er} décembre 2008, (Interprétation [2008] n°14), article 10 : sont considérées

- (2) En cas d'absence de preuve relative aux *faits fondamentaux*²¹⁶³ de l'affaire ;
- (3) Lorsque les preuves principales ayant permis l'établissement des faits s'avèrent fausses ;
- (4) Lorsque les preuves principales ayant permis l'établissement des faits n'ont pas été soumises à débat contradictoire entre les parties²¹⁶⁴ ;
- (5) Quand une partie a justifié d'un facteur objectif et a demandé au tribunal, par écrit, de rechercher une preuve *importante*²¹⁶⁵ et nécessaire au traitement de l'affaire et qu'il ne l'a pas fait ;
- (6) En cas d'erreur dans l'application du droit²¹⁶⁶ ;
- (7) *Quand la composition de jugement n'était pas conforme à la loi ; en cas de violation des règles de récusation des magistrats*²¹⁶⁷ ;
- (8) Lorsqu'une partie, dépourvue de la capacité d'ester en justice, a participé au procès sans représentant légal ou n'a pu y être représentée ;
- (9) En cas de violation des règles de droit ou de non-respect des droits au contradictoire des parties²¹⁶⁸ ;

comme appartenant à la catégorie « nouvelle preuve » telle que mentionnée dans l'article 179-1, al. 1 [nouvel article 200] de la LPC :

1. les preuves qui existaient déjà objectivement avant la fin du procès et qui ont été découvertes après la fin du procès.

2. les preuves qui avaient déjà été découvertes avant la fin du procès mais qui n'avaient pu être obtenues en raison d'un facteur objectif ou qui n'avaient pu être produites dans le délai légal ;

3. les conclusions d'expert, d'un rapport d'enquête ou les preuves renversant les conclusions initiales apparues après la fin du procès.

Toutes les preuves « importantes » produites par les parties au cours de l'instance initiale qui n'ont pas été soumises à débat entre parties, mais qui sont suffisantes pour renverser la décision d'origine, doivent être considérées comme de nouvelles preuves.

²¹⁶³ Interprétation [2008] n°14, art 11. Les faits fondamentaux tels que mentionnés dans l'article 200 (2) de la LPC englobent « *l'ensemble des faits essentiels qui ont une influence substantielle sur le résultat juridique, tel que l'établissement de la qualité des parties, la nature de l'affaire, les droits et obligations concrets ou encore l'établissement de la responsabilité civile ...* ».

²¹⁶⁴ Interprétation [2015] n°5, art. 389 : cela n'inclut pas les cas où les parties refusent de questionner les preuves de l'autre partie.

²¹⁶⁵ Le terme « important » est un ajout de la réforme de 2012 ; V. Interprétation [2008] n°14, art. 12.

²¹⁶⁶ Interprétation [2008] n°14, art. 13. Cette catégorie comprend six situations : (1) le droit appliqué et la nature de l'affaire ne sont manifestement pas conformes ; (2) la reconnaissance de la responsabilité civile viole, de manière évidente, l'accord formé entre les parties ou est contraire aux règles de droit ; (3) le droit appliqué est désuet ou n'est pas encore entré en vigueur ; (4) le juge a violé les règles de l'autorité de la chose jugée en appliquant le droit ; (5) en cas de violation des règles d'application du droit ; (6) en cas de violation manifeste de l'intention originelle de la loi.

²¹⁶⁷ Dans la version antérieure à 2012, la *Loi de procédure civile* prévoyait, à l'article 179 (7), l'hypothèse d'une violation d'une règle de droit ou d'une erreur de juridiction.

²¹⁶⁸ Interprétation [2008] n°14, art. 15 : cette situation concerne les cas où, par exemple, les parties n'ont pas été autorisées à exercer leur droit de débattre ou qu'elles n'ont pas reçu copie de la demande initiale ou de l'acte d'appel etc... Cette hypothèse ne concerne pas les jugements rendus légalement par défaut.

- (10) Lorsque le jugement a été rendu par défaut sans que la partie ait été appelée au préalable ;
- (11) Lorsque le jugement excède la prétention procédurale ou n’y répond pas (hypothèse française du jugement *ultra petita* ou *infra petita*) ;
- (12) Lorsque la norme juridique sur laquelle s’appuie la décision a été modifiée ou annulée²¹⁶⁹ ;
- (13) *En cas de corruption, fraude ... des magistrats*²¹⁷⁰.

Les recours en révision français ²¹⁷¹ et chinois ²¹⁷² ne sont possibles qu’à l’encontre d’une décision de justice dotée de la force exécutoire. En ce qui concerne leur objet, la législation française conditionne plus restrictivement l’accès au recours en révision que les règles chinoises en la matière. En sont ainsi exclus les « arrêts de la Cour de cassation, les ordonnances de référé, les ordonnances sur requête, les décisions avant dire droit ou prescrivant des mesures provisoires, les décisions allouant une provision, les jugements d’expertise, les jugements de divorce sur requête conjointe²¹⁷³ ». En Chine, inversement, le recours en révision s’apparente plus à une voie de recours générale, applicable sans distinction de la nature de la décision de justice attaquée. L’article 199 de la *Loi de procédure civile* dispose que « *lorsque qu’une partie considère que le jugement ou l’ordonnance, qui produit déjà des effets de droit, comporte une erreur, elle peut faire une demande en révision au tribunal de l’échelon supérieur* ». Seules quelques décisions de justice sont insusceptibles d’être révisées : celles qui sont rendues dans le cadre des procédures spéciales²¹⁷⁴ et des affaires de liquidation judiciaire des personnes morales, ainsi que celles dont le jugement a déjà été confirmé par une procédure de révision antérieure (en tout cas selon l’ancienne Opinion de 1992, abrogée depuis²¹⁷⁵). L’exclusion des décisions de

²¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 16.

²¹⁷⁰ Cette dernière catégorie a été ajoutée par l’amendement de 2012. Le législateur chinois a remplacé l’ancien alinéa final qui mettait sur un même pied d’égalité les violations de procédure pouvant influencer la décision de l’affaire et les comportements corrompus des magistrats.

²¹⁷¹ CPC, art. 593 et s. « Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu’il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

²¹⁷² L’expression « autorité de la chose jugée » se traduit en chinois par « 判决的既判力 » et n’est pas mentionnée dans la *Loi de procédure civile*, contrairement à l’expression « 已经发生法律效力 的判决 ». Elle désigne littéralement, les jugements qui produisent déjà des effets de droit. CPC français, art. 593 ; LPC, art. 199.

²¹⁷³ Daniel Landry, « Le recours en révision », *JCP* 2013, n°1003. Sont aussi exclues les décisions des organismes de sécurité sociale et les mesures d’administration judiciaire.

²¹⁷⁴ LPC, art. 214 et s. (procédure accélérée de recouvrement des créances certaines), 218 et s. (demande de publication d’une garantie).

²¹⁷⁵ Opinion [1992], n° 22, art. 207 (abrogée).

justice rendues sur procédure spéciale tend à rapprocher ce recours en révision d'une véritable voie juridictionnelle de droit commun en matière de procédure civile ordinaire.

307. La sanction d'une erreur. Les procédures de révision française et chinoise ont en commun d'être des voies de recours *correctrices* : elles servent à sanctionner une erreur commise par le juge²¹⁷⁶. Là encore, le droit français est beaucoup plus restrictif en la matière que le droit chinois. Selon l'article 595 du Code de procédure civile, les quatre situations ciblées concernent la fraude de la partie au profit duquel le jugement a été rendu, le recouvrement de pièces décisives pour la solution du procès et jusqu'alors retenues par la partie gagnante ou la découverte de pièces, d'attestations, de témoignages ou de serments judiciaires déclarés faux depuis le jugement dans lequel ils ont été utilisés²¹⁷⁷. Dans chacun des cas, c'est l'erreur du juge induite par le comportement d'une des parties qui sera rectifiée ; autrement dit, le recours français en révision n'admet pas l'hypothèse de l'erreur produite par le seul fait du juge, qu'il s'agisse d'une erreur matérielle ou personnelle²¹⁷⁸. Au contraire, en Chine, le recours en révision fait abstraction de l'origine de l'erreur, qu'elle soit du fait de la partie ou du juge : en ce sens, elle sert de voie correctrice à l'encontre des jugements exécutoires mais aussi d'outil disciplinaire qui permet d'apprécier, plus largement qu'en droit français, le travail juridictionnel dans son ensemble²¹⁷⁹. Les hypothèses de manœuvre frauduleuse de la partie initiatrice du recours en révision

²¹⁷⁶ LPC, art. 198 (erreur découverte par le tribunal) ; le recours en révision français est le substitut de la requête civile (Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 899-904, n°1328-1333) qui était définie comme « une voie de recours extraordinaire et de rétractation portée devant les juges ayant statué, pour les prier de modifier leur décision rendue par erreur » (n°1328) ; les quatre situations envisagées par le législateur français sont énoncées à l'article 595 du Code de procédure civile. Mais là où le recours en révision chinois est une procédure *extraordinaire*, le recours en révision français relève de l'*exception*. V. Marie-Anne Frison-Roche, préc., p. 819.

²¹⁷⁷ Ces conditions sont très restrictives : ainsi, pour la première situation, la fraude invoquée doit avoir « été déterminante de la décision du juge, que, sans elle, le juge aurait pris une autre décision ». (Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 901, n°1330) ; la pièce décisive doit avoir été retenue par la partie gagnante et recouvrée après le jugement ; les preuves « reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement » obéissent elles-mêmes à trois conditions cumulatives liées à leur importance et à la date de la reconnaissance de leur caractère de faux. En ce sens, l'action en révision est conditionnée à l'apparition d'un fait nouveau.

²¹⁷⁸ Il faudrait distinguer l'erreur judiciaire, sanctionnée par le recours en révision, de l'erreur du juge qui n'a pas de conséquence juridique. V. Marie-Anne Frison-Roche, préc., p. 823.

²¹⁷⁹ Cela n'implique pas une déresponsabilisation des parties. En 2012, le législateur chinois a rappelé l'obligation de bonne foi qui leur incombe, en l'érigant en principe directeur du procès à l'article 13 de la LPC. Les précautions prises à l'égard des comportements malveillants des parties ont été aussi renforcées, avec, par exemple, l'élevation en principe de l'obligation de produire et de discuter des preuves en cours d'audience, dans le tribunal (LPC, art. 68).

constituent des causes d'action en justice distincte : lorsque, à ce titre, une partie produit de manière frauduleuse une « nouvelle » preuve à l'appui de son recours en révision (hypothèse, par exemple de la partie qui retient intentionnellement la preuve privant ainsi la partie adverse d'un moyen de défense), la partie adverse peut demander un dédommagement des frais engendrés par le nouveau procès²¹⁸⁰.

En réalité, les causes d'ouverture du recours en révision français constituent à peine un quart des causes d'ouverture du recours chinois. Dans les situations énoncées à l'article 200 de la *Loi de procédure civile*, seulement deux d'entre elles peuvent être comparées aux causes de recours en révision français énoncées à l'article 595 du CPC : lorsqu'il est fait cas d'une nouvelle preuve suffisante pour renverser le jugement initial²¹⁸¹ ou encore lorsque les preuves principales ayant permis l'établissement des faits sont fausses²¹⁸².

308. Un recours par et pour les tiers. Du point de vue de l'initiative du recours, la *Loi de procédure civile* chinoise prévoit que le recours en révision peut émaner des présidents des tribunaux populaires²¹⁸³ (après autorisation du comité de jugement de la juridiction), du procureur général²¹⁸⁴, des parties²¹⁸⁵ ou encore de tiers extérieurs à l'affaire initiale²¹⁸⁶. C'est dans cette optique que le recours en révision chinois peut alors être rapproché de la voie de recours extraordinaire française de la tierce-opposition. Ils relativisent, tous les deux, l'opposabilité de la décision de justice à l'encontre de certains individus extérieurs au procès²¹⁸⁷. En Chine, deux situations permettent à un tiers extérieur à l'affaire de contester l'opposabilité du jugement. La première situation vise l'hypothèse dans laquelle l'exécution du jugement cause préjudice au tiers qui n'avait pas qualité à agir au procès. Dans ce cas, le recours en révision ne peut intervenir qu'après une procédure en contestation d'exécution²¹⁸⁸ : le

²¹⁸⁰ Interprétation [2008] n°14, art. 39 ; art. 40 : Si la demande de dédommagement excède le montant des frais liés à une perte pécuniaire directe (salariale, frais de déplacement, dépens) le juge doit l'informer de la possibilité pour elle d'exercer une nouvelle action en justice.

²¹⁸¹ LPC, art. 200 (1) ; Interprétation [2008] n°14, art 10.

²¹⁸² LPC, art. 200 (3).

²¹⁸³ LPC, art. 198.

²¹⁸⁴ LPC, art. 208.

²¹⁸⁵ LPC, art. 199.

²¹⁸⁶ Interprétation [2015] n°5, art. 422 (sur le fondement de l'article 208 de la LPC) ; art. 423 ; renvoi à l'article 227 de la LPC (contestation par un tiers (案外人) de l'exécution du jugement).

²¹⁸⁷ CPC, art 582 et s., art. 582 : « La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

²¹⁸⁸ LPC, art. 227 : « Le tribunal populaire qui reçoit une opposition écrite d'un tiers relative à l'exécution d'un jugement doit examiner ladite demande dans les quinze jours suivant sa réception au

tiers doit en effet contester, dans un premier temps, l'exécution de la décision de justice, en adressant au tribunal populaire une opposition écrite (书面异议). Celui-ci dispose de quinze jours pour rejeter ou non ladite opposition ; en cas de rejet, le tiers peut alors contester directement l'exactitude de la décision judiciaire exécutée via un recours en révision dans les six mois suivant sa première opposition²¹⁸⁹. Il doit démontrer que la partie du contenu du jugement contesté²¹⁹⁰ viole ses droits et intérêts civils²¹⁹¹. La seconde hypothèse vise la cause de révision mentionnée à l'article 200 (8) de la LPC²¹⁹². Dans ce cas, si le tribunal fait droit au recours, le tiers devient rétroactivement partie au procès initial en la qualité de « partie d'un contentieux commun nécessaire²¹⁹³ » et la révision portera sur l'ensemble de la chose jugée – contrairement, semble-t-il, au recours de tierce opposition français²¹⁹⁴.

309. Recours en révision et pourvoi en cassation. Enfin, on ne peut mentionner de voie de recours extraordinaire dans une étude comparative avec le droit français sans faire de parallèle avec la plus célèbre de ces voies de recours française : le pourvoi en cassation. Dans sa finalité, cette voie de recours tend à « faire le

tribunal ; si l'opposition est justifiée, le tribunal doit alors ordonner la suspension de l'exécution ; sinon il ordonne le rejet de la demande. Les contestations des tiers et des parties relatives à l'ordonnance (d'acceptation ou de rejet) et qui invoquent une erreur commise dans la décision de justice initiale doivent être traitées selon la procédure de recours en révision ».

²¹⁸⁹ *Ibid.*, le tiers alors demandeur en révision doit établir que le contenu de la décision contestée viole ses droits et intérêts civils ; V. aussi, Interprétation [2015] n°5, art. 423.

²¹⁹⁰ Interprétation [2008] n°14, art. 42, al. 2 : les juges doivent se prononcer sur la légalité (合法性) de la contestation relative à la partie du jugement contesté ; s'ils décident d'annuler partiellement le contenu du jugement litigieux, ils devront informer le tiers et les parties à l'instance originelle de la possibilité de faire une nouvelle demande de résolution du contentieux relativement aux parties du jugement révisé.

²¹⁹¹ Interprétation [2015] n°5, art. 424, al. 2.

²¹⁹² Interprétation [2015] n°5, art. 422, alinéa 1 : la situation concerne les individus qui, au cours d'un procès groupé, n'ont pas pu se constituer partie ou lorsque leur représentant n'a pas pu participer à l'instance ; le recours en révision tombe alors dans la catégorie 8 de l'article 200 de la LPC.

²¹⁹³ Interprétation [2008] n°14, art. 42, al. 1^{er} ; Interprétation [2015] n°5, art. 422, al. 2 (lorsque le recours en révision d'une partie extérieure à l'affaire implique de juger le procès en intégrant cette partie (procès commun, 共同诉讼) et que la procédure applicable relève de la première instance, le juge doit rendre une nouvelle décision de justice (作出新的判决) ; si la procédure applicable relève de la seconde instance, en cas d'échec de conciliation, le juge doit annuler la décision initiale et renvoyer pour jugement. Le juge qui statue sur renvoi devra alors rechercher les personnes susceptibles d'être représentées comme partie à l'instance ; LPC, art. 53 : le contentieux commun (共同诉讼) implique qu'une partie soit composée de plusieurs individus qui peuvent alors choisir leur représentant au procès. Les actes du représentant lient les parties et leurs consentements sont requis en cas de modification, d'abandon ou de formulation de nouvelle prétention.

²¹⁹⁴ CPC, art. 582 et s. ; art. 591 : « La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés. Toutefois la chose jugée sur tierce opposition l'est à l'égard de toutes les parties appelées à l'instance en application de l'article 584 ».

procès » de la décision attaquée en dernier ressort²¹⁹⁵. Le pourvoi en cassation n'a pas d'effet dévolutif puisqu'« en réalité, ce n'est pas le procès qui est déféré à la Cour suprême, c'est seulement la solution de ce procès, contenue dans le dispositif, le pourvoi devant critiquer celui-ci et non pas les motifs²¹⁹⁶ ». Il n'est donc pas, en principe, suspensif d'exécution, tout comme le recours en révision chinois *initié par les parties*²¹⁹⁷ jusqu'à acceptation de la demande par le tribunal. Si la finalité de ces voies de recours – s'assurer de la conformité à la loi de la décision de justice réputée finale – semble identique, la divergence constatée dans les moyens admis pour y arriver révèle une différence de leurs fonctions sous-jacentes. Ainsi, en France, la culture – le culte – du droit – pour ne plus dire de la loi – érige la Cour de cassation en véritable « Cour suprême²¹⁹⁸ » qui ne saurait faire cas de problème factuel ; sa longévité plus que bicentenaire lui octroie une position maîtresse dans l'interprétation et la création du droit²¹⁹⁹. En Chine, les juges qui reçoivent un recours en révision ne sont pas nécessairement les juges de la Cour Populaire Suprême ; le contrôle vertical des jugements organisé au sein du système juridictionnel n'implique pas l'intervention des juges de Pékin²²⁰⁰. Si ces derniers restent maîtres de l'interprétation de la loi, ils ne peuvent l'être que de manière abstraite et détachée de l'affaire.

Néanmoins, le pourvoi en cassation français, dans sa mission de contrôler la correcte application de la loi par les juridictions du fond²²⁰¹, doit être rapproché du recours en révision chinois lorsque celui-ci est initié sur les fondements 6 (application erronée du droit), 9 (violation d'une règle de droit, non-respect du contradictoire), 11 (jugement rendu *infra petita* ou *ultra petita*) et 12 (modification ou abrogation du

²¹⁹⁵ Hervé Croze, op.cit., p. 121 : « il est à peine exagéré de dire que, devant la Cour de cassation, ce n'est plus tant le procès des faits que celui de la décision en dernier ressort qui a lieu ».

²¹⁹⁶ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, p. 903 n°1292.

²¹⁹⁷ Prévu à l'article 199 de la LPC. Inversement quand l'initiative vient du tribunal, du comité de jugement ou du procureur, l'exécution de la décision passée en force de chose jugée est suspendue. En Chine, le recours en révision initié par les parties devient suspensif au moment de l'acceptation par le juge de la demande.

²¹⁹⁸ La dénomination de « cour suprême » pour désigner la Cour de cassation est notamment utilisé par Henri Motulsky.

²¹⁹⁹ Pour un très bref rappel historique, V. not. Pierre Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RIDC*, vol. 32 n°2, 1980, p. 293-301.

²²⁰⁰ L'article 204 de la LPC pose le principe selon lequel le tribunal compétent en matière de révision est le tribunal de l'échelon supérieur au tribunal intermédiaire. Par ailleurs, les tribunaux supérieurs et la Cour Populaire Suprême peuvent toujours décider de déléguer l'affaire en révision à un tribunal, voire au tribunal auteur de la décision contestée ; V. aussi *Loi sur l'organisation des tribunaux populaires*, art. 27 (3) et (4) : les tribunaux populaires supérieurs sont compétents pour juger des recours en révisions et des affaires appelées provenant des tribunaux inférieurs ; ils sont également compétents pour traiter de tous les recours en révision initiés par les procureurs populaires.

²²⁰¹ CPC, art. 604.

fondement juridique invoqué au soutien de la décision) de l'article 200 de la LPC. Le recours en révision chinois peut donc être initié sur la base d'une erreur de droit commise par le juge²²⁰². Il englobe ainsi le pourvoi en cassation, qui est réduit à une simple cause de révision. Celle-ci est en effet largement précédée par les causes soutenant des erreurs de faits et de preuves. Cet aspect traduit, une fois de plus, la primauté de la recherche de la vérité objective par rapport à la vérité judiciaire²²⁰³. En ce sens, la rigueur attendue d'une décision de justice chinoise porte moins sur une interprétation correcte du fondement juridique – littérale ou textuelle si l'on admet que les juges des tribunaux populaires n'ont pas le pouvoir d'interpréter le droit – que sur l'établissement *exact* des faits. L'on retrouve, dans une certaine mesure, l'idée que le fait importe que plus que la loi et surtout que la vérité provient seulement des faits (实事求是). En ce sens, on peut soutenir que l'application de la règle de droit ne serait, alors, que l'issue donnée à la saisine du juge et non pas l'incarnation de la vérité judiciaire. Cela reviendrait à questionner, cette fois-ci dans le domaine juridictionnel et non plus institutionnel, la liberté d'appréciation accordée au juge chinois.

310. Du point de vue technique, des ressemblances existent entre le recours en révision chinois et le pourvoi en cassation français. En premier lieu, le pourvoi en cassation permet l'intervention du ministère public : il s'agit alors du pourvoi dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir²²⁰⁴, que l'on peut rapprocher du recours en révision initié sur le fondement de l'article 200 (10) de la LPC²²⁰⁵. En Chine, le procureur populaire – inversement à la France, il ne s'agit pas exclusivement du procureur suprême – peut, de sa propre initiative, soumettre une décision de justice en révision²²⁰⁶, ancien héritage, sans doute, de l'influence soviétique. Les conditions en Chine sont beaucoup plus souples, puisque là encore, il ne s'agit pas exclusivement d'une violation du droit ; l'ensemble des situations énumérées à l'article 200 de la

²²⁰² *Comp.* En France, Florence Bussy, préc., p. 2255, n°14-20.

²²⁰³ Marie-Anne Frison-Roche, préc., p. 821 : « si l'application du droit ne peut donner lieu à un contrôle au nom de la vérité, en revanche la représentation des faits, à travers l'utilisation des mécanismes probatoires, pourrait y donner lieu ».

²²⁰⁴ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 914 n°1347. Nous excluons ici le ministère public qui forme un pourvoi car il était partie principale ; Com., 8 janvier 2013, pourvoi n°11-26.059, Bull. 2013, IV, n°2 ; Com. 16 juin 2009, pourvoi n°08-13.565, *Bulletin IV*, 2009 n° 82.

²²⁰⁵ LPC, art. 200 (10) : « [...] lorsque le jugement a été rendu par défaut sans avoir appelé la partie au préalable ».

²²⁰⁶ LPC, art. 208.

LPC est susceptible d'un recours en révision à la demande du procureur populaire, auxquelles s'ajoutent le cas d'un recours fondé sur la violation d'un intérêt étatique ou social²²⁰⁷. Par ailleurs, l'obligation de motivation qui s'impose aux magistrats depuis 2012²²⁰⁸ doit pouvoir être sanctionnée au même titre que le défaut de motivation ou le fameux « défaut de base légale » français²²⁰⁹ sur le fondement de l'article 200 (6)²²¹⁰. Enfin, un dernier rapprochement doit être effectué entre ces deux voies de recours sur la suite des affaires. En Chine, après avoir contrôlé le moyen invoqué par la partie auteur du recours en révision, les juges chinois apprécient la conformité de la décision de justice : à ce stade, ils ont le choix renvoyer l'affaire pour être de nouveau jugée (发回重审) ou ouvrir l'affaire et ordonner une révision (指定再审). Or, jusque récemment, les tribunaux chargés d'une demande en révision étaient plus enclins à renvoyer l'affaire pour qu'elle soit de nouveau jugée ; la préférence des magistrats chinois pour la solution de renvoi, qui leur évitait d'être saisis du fond du litige, aurait pu les rapprocher, dans une certaine mesure, des juges de cassation. Mais, par souci d'efficacité et d'économie, la Cour Populaire Suprême a rappelé, début 2015, que les juges saisis d'un recours en révision devaient prioritairement rouvrir l'affaire, et a relégué la possibilité de renvoi au rang d'exception²²¹¹.

311. Nous pouvons constater que les comparaisons entre le recours en révision chinois et les voies de recours extraordinaires françaises ne permettent pas d'évaluer de manière globale la portée effective de la procédure de révision des jugements en Chine. Bien qu'elle soit considérée comme une voie « exceptionnelle » ayant pour fonction première de corriger les erreurs des décisions de justice exécutoires, elle constitue, en réalité, une véritable voie de recours à part entière, dont l'équilibre fragile repose sur le souci de contrôler l'activité juridictionnelle tout en assurant une justice effective – c'est-à-dire garante des droits des citoyens et économe des ressources judiciaires. Dans la liste des cas chinois de révision, certains reposent sur l'intérêt général et d'autres sur l'intérêt privé des justiciables. La création d'une voie

²²⁰⁷ *Ibid.* Seules les ordonnances de médiation sont incluses dans ce domaine.

²²⁰⁸ V. LPC, art. 152 amendé en 2012.

²²⁰⁹ Henri Motulsky, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique » [1949], *In Écrits. Études et notes de procédure civile, op.cit.*, pp. 31-37.

²²¹⁰ *Idem*, p. 32 : Qui s'apparente à une « faute de technique juridique » constituée par l'erreur dans le raisonnement des juges du fond.

²²¹¹ « Règles relatives à l'application stricte [de la technique] de renvoi et [de la décision] ordonnant un nouveau jugement contenues dans la procédure de révision en matière civile » (关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定), du 2 février 2015, *Interprétation* [2015] n°7.

de recours en Chine fondée principalement – et de moins en moins exclusivement – sur l’existence d’une erreur commise par le juge – erreur tirée d’une mauvaise interprétation des faits – nous semble être révélatrice de plusieurs éléments. Tout d’abord, la position et la perception (publique) du juge qui, en Chine peut-être plus qu’ailleurs, reste un être humain susceptible de commettre des erreurs, loin d’être infaillible²²¹². Deuxièmement, l’absence d’indépendance du pouvoir judiciaire en Chine tend à responsabiliser les juges devant les organes supérieurs (qu’ils soient de nature judiciaire ou même législative) mais à les déresponsabiliser à l’égard des parties. Troisièmement, alors que certains auteurs français justifient l’insuffisance des conséquences juridiques tirées d’une erreur judiciaire par le souci de préserver la paix sociale²²¹³, en Chine, la procédure *contentieuse* implique déjà une harmonie brisée. Par conséquent, il s’agirait plus de faire éclater la vérité – objective – que de préserver la paix sociale, au sens de privilégier, comme tend à le faire le système juridique français, l’impératif de sécurité juridique²²¹⁴. Il ne s’agit purement et simplement que d’« un choix de système²²¹⁵ ».

B. le recours chinois en révision, troisième degré de juridiction ou outil disciplinaire ?

312. Le recours en révision chinois, en permettant la réouverture d’affaires jugées en principe définitivement, vise deux finalités. La première peut être qualifiée de disciplinaire puisque le recours permet de contrôler les éventuelles erreurs des juridictions (1). Le second objectif, envisagé du seul point de vue des parties, tend à interroger sa nature de troisième degré de juridiction (2).

²²¹² En raison d’une professionnalisation tardive des juges chinois ? Pour Stéphanie Balme (*Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 183), le recours en révision a une dimension surtout symbolique car cela signifie « qu’aucune décision de justice n’est véritablement définitive ». Elle considère, en outre, que l’espoir offert aux justiciables de voir leurs affaires de nouveau juger favorise une justice populiste.

²²¹³ Marie-Anne Frison-Roche, préc., p. 820. Il nous semble également que l’importance, en France, conférée au refus du déni de justice (art. 4 du Code civil) justifie partiellement la réticence à sanctionner l’erreur judiciaire.

²²¹⁴ *Idem*, p. 819. L’auteur distingue le principe de sécurité « servi par l’incontestabilité des décisions de justice, fussent-elles erronées » du principe de vérité.

²²¹⁵ *Id.*, p. 820.

1. Le souci de contrôler l'activité juridictionnelle.

313. L'ouverture du recours. Le recours en révision peut être initié par les tribunaux eux-mêmes, par l'intermédiaire du comité de jugement. Selon l'article 198 alinéa premier de la LPC, les présidents des tribunaux de tout échelon qui découvrent une erreur « avérée » (确有错误) dans la décision de justice passée en force de chose jugée doivent en référer au comité de jugement. Ce passage est obligatoire puisque c'est ce comité qui décidera de la recevabilité du recours en révision²²¹⁶. Les tribunaux des échelons supérieurs (la Cour Populaire Suprême et les tribunaux populaires supérieurs) peuvent quant à eux initier directement une procédure en révision à l'encontre d'une décision de justice issue d'une juridiction inférieure²²¹⁷. À la différence de la révision engagée par les parties, la décision de révision émanant d'une juridiction a un effet suspensif.

Lorsque la révision est demandée par une partie, elle doit être adressée auprès du tribunal de l'échelon juridictionnel supérieur à celui qui a rendu la décision contestée ; dans le cas d'une action de groupe²²¹⁸, ou si les parties agissent toutes deux en qualité de *citoyen*²²¹⁹, elles peuvent également depuis 2012 s'adresser directement au tribunal initial. Les parties peuvent aussi s'adresser au procureur populaire dans trois situations : si leur demande de révision a été rejetée par le tribunal ; dans le cas où le tribunal populaire n'a pas fait droit à la demande en révision dans les délais impartis (trois mois²²²⁰) ou encore en cas d'erreur dans la

²²¹⁶ *Loi sur l'organisation des tribunaux populaires*, art. 13, al. 1 (« 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力判决和裁定, 如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误, 必须提交审判委员会处理 »).

²²¹⁷ LPC, art. 198, al. 2.

²²¹⁸ Quand une partie du procès représente plusieurs individus. LPC, art. 52 (共同诉讼).

²²¹⁹ L'emploi du mot « 公民 » qui se traduit littéralement par « citoyen » faisait référence, dans les PGDC de 1986, à la personne physique sujet de droit, en distinction des personnes morales (法人) (Par ex., PGDC (1986), art. 1, 2, 5. Les *Dispositions générales* ne reprennent pas le terme de citoyen (公民) mais parlent de « personne naturelle » (自然人, que nous comprenons comme personne physique) ou de « sujet de droit civile » (民事主体). La définition du sujet de droit se retrouve à l'article 9 des *Principes Généraux de Droit Civil* (PGDC) : « de la naissance à la mort, le citoyen possède la capacité juridique civile, il jouit des droits et obligations civiles selon la loi » (« 公民从出生时起到死亡时止, 具有民事权利能力, 依法享有民事权利, 承担民事义务 ») et à l'article 13 des *Dispositions générales* (où le terme citoyen a été remplacé par personne physique). Cette définition exclut-elle les non nationaux ? En principe, non : selon l'article 8, alinéa 2 des PGDC, les règles relatives aux « citoyens » s'appliquent également aux étrangers et apatrides situés sur le territoire chinois, en dehors des exceptions prévues par la loi.

²²²⁰ LPC, art. 204, alinéa 1^{er}.

décision de révision finale²²²¹.

Le ministère public peut également intervenir de sa propre initiative, « *en raison de son devoir de supervision juridique*²²²² ». Cette fonction fait partie intégrante des principes directeurs du procès civil en Chine²²²³. Ses causes d'action sont plus nombreuses que celles octroyées aux parties. Le poids de son intervention est fonction de son placement dans l'échelon juridictionnel : ainsi, le procureur populaire suprême ou le procureur d'un échelon juridictionnel supérieur qui découvre une erreur dans une décision de justice émanant d'un échelon inférieur peut initier directement une « action en contestation » (抗诉权)²²²⁴. Lorsque l'initiative vient d'un procureur populaire local, celui-ci a le choix entre émettre une simple « recommandation » (建议) auprès du tribunal de même échelon et en informer ses supérieurs ou demander directement au procureur de l'échelon supérieur d'initier un recours en révision auprès de son tribunal de rattachement²²²⁵. Qu'il s'agisse d'une recommandation ou d'une action en contestation, le procureur peut, selon les exigences de l'affaire, initier une enquête auprès des parties et des tiers²²²⁶.

314. La large ouverture de la saisine du juge en cas d'action en révision illustre une première préoccupation de contrôler l'activité juridictionnelle. À la notion subjective *d'intérêt* est substituée la découverte d'une simple *erreur* dans le jugement initial : cette condition objective ouvre un droit d'action civile qui n'est plus restreint aux seules parties. Cette voie de recours s'inscrit dans la logique sous-jacente à la résolution des contentieux chinois : le procès n'est pas seulement la chose des parties et sa solution s'inscrit dans un cadre plus large que la simple résolution d'un conflit entre deux individus. L'issue du procès ne tend pas seulement à l'apaisement d'intérêts privés conflictuels ; la décision de justice comme résultat juridique doit être objectivement « juste ». Or, cette notion du juste tend à se rapprocher plutôt de la justesse que de la justice : le résultat juste sera celui non entaché d'erreur, conforme à la « réalité ». À partir de là, nous serions tentés de dire que tous les moyens sont bons pour arriver à cette fin, quitte à octroyer un (large) pouvoir d'intervention au

²²²¹ LPC, art. 209. À compter de la réception de la demande des parties, le procureur dispose de trois mois pour décider de la suite à donner à l'affaire.

²²²² LPC, art. 210. (因履行法律监督职责).

²²²³ LPC, art. 14 : « *les procureurs populaires sont investis du pouvoir de superviser juridiquement les procès civils* ».

²²²⁴ LPC, art. 208, al. 1^{er}.

²²²⁵ LPC, art. 208, al. 2.

²²²⁶ LPC, art. 210 inséré par l'amendement de 2012.

procureur sur la décision tranchant un conflit privé (sans être conditionné uniquement à la violation de l'ordre public). Bien évidemment, considérer que le recours chinois évince toute erreur judiciaire relève de l'utopie. Néanmoins, il permet de contrôler à la fois la justesse de la décision de justice tout en gardant un œil attentif sur le travail des tribunaux²²²⁷. L'organisation juridictionnelle chinoise semble être conçue dans cette logique : les juridictions dites de niveau supérieur n'ont pas pour seule finalité d'assurer un double, voire un troisième degré de juridiction mais servent également à contrôler le travail des juridictions inférieures²²²⁸.

2. Un troisième degré de juridiction ?

315. Concernant le domaine de révision, le principe veut que les juges s'en tiennent aux conclusions des parties (leurs « moyens »)²²²⁹. Les parties ne peuvent, en principe, ajouter ou modifier leur prétention initiale à l'exception des cas où sont impliqués les intérêts de l'État, les intérêts sociaux et publics et lorsque la partie avait déjà demandé, au cours de la procédure initiale, la modification ou l'élargissement du domaine de sa prétention, sans que les juges y aient fait droit²²³⁰. De la même manière, le juge en charge de l'audience ordonnée après annulation et renvoi de la décision en cours de révision peut juger recevable les nouvelles prétentions sur le fondement de l'article 140 de la LPC²²³¹. Cela ne doit pas surprendre : la loi prévoit en effet que le choix de la procédure à suivre en matière de révision est fonction de la nature du jugement ou de l'ordonnance contesté. Si, par exemple, la décision contestée a été rendue en première instance²²³², la procédure à suivre est de même nature. Le jugement ou l'ordonnance qui se substitue à la décision de justice contestée est donc susceptible d'appel²²³³. Lorsque la procédure de révision porte sur une décision rendue en seconde instance – à la suite d'une procédure d'appel –, la procédure suivie

²²²⁷ Rappelons également que l'ensemble des tribunaux populaires est responsable devant les assemblées populaires (*Loi sur l'organisation des tribunaux populaires*, art. 16, al 1).

²²²⁸ La *Loi sur l'organisation des tribunaux populaires*, rappelle, dans son article 16, alinéa 2, le principe de contrôle des échelons supérieurs sur les échelons inférieurs.

²²²⁹ Interprétation [2008] n°14, art. 33 : « 人民法院应当在具体的再审理求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件 ».

²²³⁰ Interprétation [2008] n°14, art. 33.

²²³¹ *Ibid.*, LPC, art. 140 : le juge peut juger ensemble des prétentions modifiées du demandeur, des actions « incidentes » du défendeur et des prétentions des tiers en lien avec l'affaire jugée.

²²³² Dans l'hypothèse d'un jugement rendu exécutoire à la suite de l'expiration du délai d'appel ou d'une ordonnance non susceptible d'appel par exemple.

²²³³ À l'exception toutefois des affaires de faible montant. Interprétation [2015] n°5, art. 426.

est celle de l'appel. La décision de substitution est donc exécutoire sans délai²²³⁴, à l'instar de celle rendue à l'issue d'une demande en révision introduite par un tribunal supérieur : dans ce cas, en effet, la procédure de seconde instance s'impose de plein droit²²³⁵. Par ailleurs, si la procédure suivie est de seconde instance, le tribunal en charge de la révision peut ne pas ouvrir de nouvelle audience, à condition que les parties aient formulé leur accord sur ce point par écrit et qu'elles aient exprimé leurs positions²²³⁶.

La procédure de révision chinoise est donc une procédure correctrice permettant un contrôle interne basé sur une interdépendance juridictionnelle. Elle devrait aussi garantir une relative uniformisation dans l'appréhension du droit et la résolution des conflits, au moins au niveau local²²³⁷. Cependant, l'intervention – déjà mentionnée – des juges de Pékin en 2015 indique que cette voie de recours qu'ils souhaiteraient être « extraordinaire » peine à s'imposer en tant que tel, en raison, notamment, des solutions proposées sur la suite à donner au recours en révision : renvoi (发回重审), ordre de jugement (指令再审) ou réouverture de l'affaire (提审)²²³⁸. Dans le dernier cas, le recours en révision est jugé par le tribunal saisi du recours ; dans les deux autres hypothèses, l'affaire est déléguée à une autre juridiction qui statuera selon les indications données par la juridiction supérieure²²³⁹.

316. Le renvoi pour jugement, sanction principale de la révision. Ainsi, en l'absence de critère légal aiguillant les juges dans leur choix, la pratique démontre

²²³⁴ LPC, art. 207, al. 1^{er}.

²²³⁵ LPC, art 207, al. 1^{er}.

²²³⁶ Interprétation [2008] n°14, art. 31, al. 2.

²²³⁷ Contrairement à la France ou à l'Allemagne où ce sont les Cours suprêmes (Cour de cassation et Cour fédérale de Justice) qui ont la charge d'assurer l'uniformisation du droit via, respectivement, le pourvoi en cassation et le pourvoi en révision (Frédérique Ferrand, *Cassation française et Révision allemande*, Puf Les grandes thèses du droit français, 1993, XXIV, n°17), en Chine, la Cour Suprême n'a pas vocation première à être saisie des pourvois en révision. L'existence même du pourvoi en révision chinois ne réside pas dans la volonté d'uniformiser l'interprétation du droit mais de rectifier, de manière décentralisée, les erreurs de jugement.

²²³⁸ L'article 198 de la LPC ne prévoit que deux issues possibles de la recevabilité de la demande en révision : la réouverture de l'affaire (提审) ou l'ordonnance de renvoi à une juridiction inférieure (指令下级人民法院再审). La troisième option, celle du renvoi (发回重审), est possible dans les recours en révision formés à l'encontre d'une décision de seconde instance (à l'instar de la procédure d'appel).

²²³⁹ Les conséquences d'un tel choix sont également importantes. Dans le cas d'une réouverture, le magistrat qui décide de rouvrir l'affaire statue de nouveau en fait et en droit sur les prétentions des parties invoquées au soutien de leur recours, rapprochant la procédure de révision d'un véritable troisième degré juridictionnel. Inversement, dans les hypothèses de renvoi, le tribunal saisi d'un tel recours se rapproche, comme nous l'avons vu, d'une juridiction d'exception ; ce qualificatif doit être intensifié dans cette seconde situation, où le tribunal saisi d'un recours en révision s'apparente à une simple juridiction de filtrage des demandes.

leur préférence pour le renvoi. Le renvoi pour nouveau jugement constitue en moyenne plus de 60% des solutions données à la suite d'une demande en révision²²⁴⁰. Or, plus de la moitié des solutions adoptées par un juge statuant sur renvoi correspondent à la solution retenue par le tribunal initial. Pour la Cour Suprême chinoise, cette tendance dans la pratique judiciaire ne correspond pas au rôle premier de la procédure de révision : celui d'être une voie de recours correctrice. Les Règles relatives à la technique de renvoi adoptées en 2015 réaffirment *la solution de réouverture au rang de principe* (提审为原则)²²⁴¹. Toutefois, la procédure de révision ne devrait pas être conçue comme un possible troisième degré de juridiction ; la réouverture de l'affaire ne tendrait pas à un nouveau jugement mais simplement à rectifier les erreurs. Tout en étant *efficace*.

317. La fonction rectificatrice. Cette efficacité s'apprécie justement dans la fonction rectificatrice : l'appréciation porte principalement, comme en appel, sur le résultat juridique. Cet esprit apparaît dans plusieurs indications données aux magistrats : si, par exemple, le jugement est entaché d'une « imperfection » mais que le résultat substantiel est juste, le jugement doit être rectifié et maintenu²²⁴². De la même manière, les deux formes de renvoi pour nouveau jugement doivent être considérées comme une solution subsidiaire, ainsi que l'affirme timidement l'article 38 de l'Interprétation de 2008. Cette solution ne peut en effet être retenue que si le « *tribunal initial est plus apte à éclaircir les faits et à plus apte à résoudre le conflit*²²⁴³ ». Il semble que le renvoi pour nouveau jugement, du fait de son impact sur la stabilité juridique – il suppose en effet l'annulation totale de la décision contestée – soit réservé aux situations dans lesquelles la rectification n'est pas suffisante : ainsi, en cas d'oubli d'une des parties en première instance qui se manifesterait par la suite en cours de révision²²⁴⁴, ou encore lorsque la « *violation de la procédure légale*

²²⁴⁰ V. les statistiques entre 2007 et 2013 sur le site du *Journal du Peuple*, disponible à l'adresse suivante : <http://legal.people.com.cn/n/2015/0306/c188502-26647896.html> [dernière consultation le 10 avril 2018]. Selon les estimations de la Cour Populaire Suprême, la proportion des affaires en révision dites « assignées » (指定再审) est passée de 20% en 2007 à 60% en 2013 ; la proportion des jugements modifiés après une cette procédure a baissé de 33% à 23% sur la même époque. La Cour Suprême a constaté que les renvois de jugement pour nouvelle audience ont augmenté de 5% à 15%, mobilisant plus de la moitié des tribunaux. Le problème réside dans ce que plus de la moitié des décisions rendues après une procédure de révision sur renvoi ne modifient rien aux jugements initiaux.

²²⁴¹ *Ibid.* « 因此, 为提高再审纠错的有效性, “规定” 坚持以提审为原则 » ; Interprétation [2015] n°7, art. 3 ; cette idée était déjà affirmée à l'article 27 de l'Interprétation [2008] n°14.

²²⁴² Interprétation [2008] n°14, art. 37 ; réaffirmé dans l'interprétation [2015] n°5, art. 407.

²²⁴³ Interprétation [2008] n°14, art. 38.

²²⁴⁴ Interprétation [2008] n°14, art. 42.

*nécessite un traitement substantiel inadapté à la procédure en révision*²²⁴⁵ ». De manière surprenante, la décision judiciaire autorisant le désistement de la partie initiatrice de la première instance pendant la procédure de révision, entraîne également l'annulation du jugement déféré²²⁴⁶.

La réouverture des affaires par les juridictions saisies d'un recours en révision doit donc être considérée, officiellement, comme la solution de principe (principe consacré à l'article 200 de la LPC). Toutefois, lorsque la juridiction saisie d'un tel recours n'est autre que la Cour Suprême ou un tribunal populaire supérieur, la CPS prévoit la possibilité, pour elle-même et ces juridictions de l'ordre supérieur, d'ordonner au tribunal initial le traitement du recours en révision dans quatre situations, dérogoires au principe consacré à l'article 200 de la LPC²²⁴⁷. Ce que demande la partie dans son recours en révision (nouveau jugement ou simple rectification) ne doit pas influencer la solution du tribunal qui reçoit le recours²²⁴⁸. L'établissement correct ou non des faits est déterminant dans la solution à adopter par les juges, bien que ces derniers ne puissent plus invoquer l'absence de clarté des faits comme justification de leur décision de renvoi²²⁴⁹. Les causes d'annulation de la

²²⁴⁵ Interprétation [2008] n°14, art. 38.

²²⁴⁶ Interprétation [2015] n°5, art. 410 : « 一审判决在再审理程序中申请撤回起诉, 经其他当事人同意, 且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的, 人民法院可以准许。裁定准许撤诉的, 应当一并撤销原判决 ». Cet article interprète l'article 124 (5) de la LPC qui prévoit l'ouverture du recours en révision à l'égard des affaires dans lesquelles une décision de justice exécutoire a déjà été rendue, à l'exception des celles où une ordonnance constatant le désistement a déjà été prononcée. « 一审判决在再审理程序中撤回起诉后重复起诉的, 人民法院不予受理 ».

²²⁴⁷ Interprétation [2015] n°7, art. 2 ; V. aussi l'article du *Quotidien du peuple* : <http://legal.people.com.cn/n/2015/0306/c188502-26647896.html> Ces situations concernent : la décision de révision prise en application de l'article 200 (4), (5) ou (9) ; lorsque la décision de justice contestée (jugement ordonnance, acte de médiation) à été rendue par un tribunal de première instance (由第一审法院作出) ; lorsqu'une des parties est constituée de plusieurs individus ou que les deux parties sont des citoyens (sous-entendu personnes physiques ? 为公民) ; enfin, dans les autres situations décidées par le comité de jugement. Par ailleurs, l'article 3 de l'Interprétation de 2015 (n°7) ajoute des exceptions : bien que les situations conformes à l'article 200 peuvent donner lieu à ordonner une révision, il faut rouvrir le cas dans ces situations :

- le jugement initial ou l'ordonnance initiale est produite après une audience en révision du tribunal initial ;
- les décisions de justice initiales ont été produites après discussion du comité de jugement ;
- en cas de corruption ;
- défaut de compétence ;
- il faut une application uniforme du droit ou un critère d'exercice du pouvoir d'appréciation ;
- autres situations non conformes à l'ordre de révision.

²²⁴⁸ Interprétation [2015] n°7, art. 1.

²²⁴⁹ Interprétation [2015] n°7, art. 4 : « Pour les affaires qui font l'objet d'un recours en révision traité selon la procédure de seconde instance, si le tribunal saisi du recours constate que les faits mentionnés dans le premier jugement sont insuffisamment précis, il doit d'abord établir les faits de l'affaire et ensuite rendre sa décision. Dans le cas où le tribunal initial n'a pas jugé des faits, la juridiction saisie du recours en révision peut ordonner l'annulation du jugement et renvoyer l'affaire. [Toutefois] [la

décision soumise à révision sont également énumérées de manière exhaustive ; il s'agit soit d'une violation des droits procéduraux des parties (absence de contradictoire) soit d'une faute professionnelle du juge (formation des magistrats non conforme ; omission de statuer sur une prétention)²²⁵⁰. Enfin, l'interprétation judiciaire de 2015 en la matière impose aux juges de motiver leur décision en cas de délégation de de la procédure de révision ; à défaut, leur responsabilité sera engagée²²⁵¹.

Si le principe de réouverture de l'affaire tend inévitablement à désengorger les tribunaux des échelons inférieurs, il ne concourt cependant pas à renforcer le caractère extraordinaire du recours en révision. Sans aller jusqu'à le qualifier de véritable troisième degré de juridiction, il semble que réformer la méthode de traitement des recours en révision suppose de reconsidérer également ses critères d'application. En effet, bien que les juges soient tenus en principe de statuer sur les prétentions des parties telle que formulées dans leurs recours en révision, les exceptions sont assez générales – notamment lorsque l'initiative appartient au procureur populaire –, et permettent au juge de se saisir de l'ensemble de l'affaire.

318. Difficultés de qualification. L'articulation de cette procédure ne facilite pas la qualification juridique : les critères varient ainsi selon les auteurs du recours et de la nature de l'erreur trouvée dans la décision révisée. Le régime du recours en révision a subi diverses modifications depuis son importation de l'ère soviétique. Son évolution n'est que le résultat de l'expérience des tribunaux et les réponses apportées aux difficultés qu'ils rencontrent semblent dépourvues de ligne directrice. En témoigne ainsi l'absence de systématisme illustrée par l'énumération pragmatique des « sortes » d'erreur et qui conduit à faire du cas par cas : non seulement il n'est pas forcément aisé de les distinguer entre elles mais, en plus, il nous semble que les erreurs dues à une fraude de la part du juge, par exemple, devraient faire l'objet d'un traitement à part entière accompagné de mesures disciplinaires spécifiques. Ce recours en révision est par ailleurs très large dans son domaine d'intervention : il

simple] erreur sur les faits ne peut être invoquée comme cause de renvoi. (« 人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现原判决认定基本事实不清的，一般应当通过庭审认定事实后依法作出判决。但原审人民法院未对基本事实进行过审理的，可以裁定撤销原判决，发回重审。原判决认定事实错误的，上级人民法院不得以基本事实不清为由裁定发回重审 »).

²²⁵⁰ Interprétation [2015] n°7, art. 5.

²²⁵¹ Interprétation [2015] n°7, art. 6, 9. L'article 9 ne précise pas s'il s'agit de la responsabilité strictement personnelle du magistrat ou si elle doit s'apprécier dans le cadre disciplinaire.

englobe, à lui seul, les trois voies de recours extraordinaires françaises, ce qui peut nuire à son efficacité. Le droit n'est pas séparé du fait, rendant ainsi impossible l'édification d'une juridiction comparable à notre Cour de cassation. La procédure de révision implique de plus que les tribunaux soient à la fois surveillés et se surveillent les uns les autres ; sans mentionner l'existence, très critiquée, du comité de jugement qui contrôle l'activité juridictionnelle ou encore du procureur populaire qui a un droit de regard sur toutes les décisions de justice, cette double charge cumulée par les tribunaux – à la fois arbitres des justiciables et contrôleurs des autres juridictions – est surprenante pour tout juriste français.

319. Conclusion du Chapitre 2. À première vue, le traitement du droit de la preuve et des voies de recours dans un même chapitre peut paraître artificiel, au sens où ces deux éléments clés du procès sont relativement indépendants l'un de l'autre. Ne serait-ce qu'en terme de temporalité du procès, le droit de la preuve tend à régler la frontière entre la réalité factuelle et les exigences juridiques par son établissement. En ce sens, il participe à l'élaboration correcte de la décision de justice. Les voies de recours sont, plus classiquement, appréhendées comme la possibilité offerte aux justiciables de contester la décision de justice : elles interviennent donc une fois le procès clos. Pourtant, lorsque ces deux « matières » sont analysées sous l'angle de la vérité en droit, des ressemblances apparaissent en ce que chacune participe à la définir.

En matière probatoire, les droits chinois et français ont adopté un système de preuve légale ; leur différence principale réside dans les pouvoirs octroyés au juge dans la quête des preuves. Dès lors, ces deux systèmes de droit ont plus de points communs entre eux qu'ils n'en ont avec le droit américain : toutefois, ces divergences ne sauraient être irréductibles comme le montre l'exemple chinois avec les tentatives de futures réformes du droit des preuves. À l'heure actuelle, l'importance accordée aux mesures d'instruction prévue par la *Loi de procédure civile* chinoise trahit sa tendance au modèle inquisitoire ; or, cette tendance se confirme dans la finalité attribuée aux voies de recours. Ces dernières, en effet, ont une propension plus nette qu'en France à servir de contrôle de l'activité juridictionnelle, ce qui semble cohérent avec un modèle juridictionnel où le procès n'est pas seulement la chose des parties. En outre, l'organisation judiciaire chinoise des voies de recours reflète l'importance accordée à la vérité objective, au risque, peut-être, d'empiéter sur la sécurité juridique.

Cette recherche de la vérité objective commande l'établissement exact des faits et explique, semble-t-il, autant les possibilités de renvoi aux juridictions inférieures (en matière d'appel et de recours en révision) plus à même de réunir les éléments au fond que l'étendue de la saisine du recours en révision ou encore le pouvoir d'évocation du juge d'appel, moins restreint qu'en droit français. Le poids accordé au juge chinois dans le traitement des affaires civiles se répercute également dans la nature correctrice, voire disciplinaire, des voies de recours. Cet aspect est manifeste dans le recours en révision : il s'agit de sanctionner une erreur, de droit ou de fait, commise par les juges. En ce sens, le droit probatoire et les deux voies de recours étudiés mettent en lumière une préférence du droit chinois à l'adéquation la plus parfaite entre la vérité factuelle et la vérité juridique, voire à la prédominance de celle-là sur celle-ci. En dépit des efforts de la Cour Suprême pour renforcer la justice procédurale, l'adage chinois *shishi qiushi* (la vérité vient des faits), qui reflète un penchant pour une justice plus substantielle, continue d'illustrer une caractéristique du procès civil chinois.

Conclusion du Titre I.

320. L'étude de l'application de la règle de droit chinoise dans une logique contentieuse au regard du droit français a mis en exergue certaines de ses caractéristiques, sans pour autant permettre une qualification intangible de son procès civil (d'autant plus que certains aspects n'ont pu être abordés, tels que les frais de justice ou l'exécution des décisions). Ces caractéristiques ont été façonnées, au premier plan, par des facteurs historiques, et ce, quand bien même l'héritage de la pratique judiciaire impériale reste difficilement évaluable dans la pratique contemporaine. À titre d'exemple, la phase d'enregistrement des demandes en justice n'est pas sans faire écho au processus de filtrage des demandes de l'époque impériale, auquel se serait ajoutée, sur le plan théorique, une conceptualisation processualiste d'influence allemande. Ce poids accordé à la chambre d'enregistrement a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques, au premier rang desquels se trouve l'accès au juge. Or, ces réflexions doctrinales puisent une bonne partie de leur inspiration dans les théories occidentales et l'on peut trouver, pêle-mêle, autant de références au *due judicial process* qu'à la notion de procès équitable. Si l'accent est moins mis sur la reconnaissance d'un droit subjectif (voire fondamental) au procès équitable que sur sa nécessité objective, conçue comme une garantie intrinsèque au bon fonctionnement de la justice, on peut constater une imprégnation progressive, en matière de procès civil, des valeurs processualistes européennes, voire anglo-saxonnes. En effet, au second plan, la procédure civile chinoise se caractérise par un certain éclectisme composé des influences de droits étrangers très diverses (de l'ancien droit soviétique au droit américain).

Du point de vue de la philosophie du procès, la thèse d'un certain pragmatisme procédural, partagé entre le besoin de faire coïncider la vérité du procès et la vérité matérielle et l'exigence d'efficacité du procès, semble confortée. Ce pragmatisme justifie les pouvoirs relativement importants accordés au juge chinois à compter de sa saisine jusqu'au prononcé de sa décision. En outre, en l'absence de notion aussi développée qu'en France des droits de la défense qui commandent un plus haut degré de représentation et légitimité, par la même occasion, un formalisme procédural plus

complexe, la procédure civile chinoise, sans doute plus simple, conforte la figure d'un juge administrateur de son procès. Toutefois, la place accordée à ce tiers arbitre s'accompagne également d'une plus grande responsabilité : en d'autres termes, la logique « gestionnaire » de la justice civile chinoise est combinée à une logique disciplinaire qui se manifeste, principalement, dans les délais procéduraux et dans la réalisation des voies de recours. Tout en refusant la thèse caricaturale d'un comportement des justiciables chinois réfractaire à la saisine des tribunaux, il n'en demeure pas moins que la résolution des conflits privés par tribunaux populaires chinois reste un acte grave. Plus grave sans doute qu'en France, où la culture judiciaire juridictionnelle semble plus développée. Toutefois, on constate que les dernières tendances françaises en matière de réformes de procédure civile tendent également à un plus grand pragmatisme, à tel point que certaines innovations amorçant la justice du XXI^{ème} siècle ont été dénoncées comme voulant « concentrer les juridictions pour mieux gouverner mais certainement pas (contrairement à ce qui est écrit) pour faciliter l'accès des justiciables au juge²²⁵² ». Les partisans de cette critique insistent au contraire sur la logique de protection des droits fondamentaux et mettent ainsi l'accent sur le développement de principes directeurs du procès, tels que la loyauté des parties, le dialogue et la célérité²²⁵³. Reste à savoir si le dernier projet français sur les « Chantiers de la justice²²⁵⁴ » qui propose, entre autre, l'unification de la saisine des juridictions, une mise en état « dynamique » (?) des affaires, la possibilité pour le juge de statuer sans audience si les parties y consentent (ces aspects tendent d'ailleurs à rapprocher le droit français du droit chinois) ou encore un renforcement de la déjudiciarisation sous couvert d'une meilleure efficacité de l'action des juridictions respectera ces exigences qui, elles, ne sont pas négociables.

²²⁵² Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Serge Guinchard, *Procédure civile, op.cit.*, p. 15, n°45 au sujet des rapports Marshall et Delmas-Goyon, remis à la garde des sceaux en 2013.

²²⁵³ *Idem*, p. 16, n°48.

²²⁵⁴ Projet annoncé le 6 octobre 2017 et présenté, cinq mois plus tard, le 9 mars 2018 par le Premier ministre français et la garde des Sceaux. Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/dp_chantiers_justice_20180308.pdf [dernière consultation le 12 mars 2018].

Titre II. L'application de la règle de droit dans une logique harmonieuse.

321. S'interrogeant au sujet de ce qui fait le droit, de cette essence qu'est la juridicité, le doyen Carbonnier écrivait :

« Le droit se fait par une mise en question de lui-même. [...] Non pas du droit lui-même en tant que règle, mais de l'application de la règle au cas présent. Ainsi, l'institution de contestation prend forme : c'est la forme typique du procès, avec son issue dans le jugement. Procès et jugement sont des phénomènes psychosociologiques si irréductibles à tous autres et si spéciaux qu'il paraît rationnel d'en faire l'indicatif de la juridicité²²⁵⁵ ».

Mais, rappelle-t-il plus loin, si le procès est l'indicatif du droit, « le droit est infiniment plus vaste que le contentieux²²⁵⁶ ». Ainsi, de la même manière qu'il existe des procès sans contentieux, tous les contentieux n'ont pas vocation à être traduits en procès.

En droit comparé, il n'est plus tenable d'expliquer la préférence pour l'un ou l'autre mode de résolution des différends, juridictionnel d'une part ou amiable, d'autre part, par le recours exclusif à la psychologie sociale. Ainsi, l'idée tenace voulant que les Chinois soient réticents au droit et *a fortiori* aux tribunaux doit, être fortement relativisée, voire remise en cause²²⁵⁷. À défaut, cela reviendrait en effet à extrapoler un élément isolé d'une culture juridique, de la même manière que s'il s'agissait de réduire la culture juridique française à son taux de saisine des tribunaux pour « attester » d'une culture exclusivement contentieuse. Ce serait, de plus, oublier bien vite les institutions pacificatrices françaises qui ont formé, historiquement, l'aménagement contemporain de la justice en France, tels que les juges de paix, ancêtres des tribunaux d'instance, et sans doute bientôt ancêtres d'eux-mêmes²²⁵⁸. Enfin, ce serait passer outre les efforts de mise en place d'un modèle français de la

²²⁵⁵ Jean Carbonnier, *op.cit.*, p. 320.

²²⁵⁶ *Idem*, p. 343. Le contentieux est conçu par l'auteur comme « un ensemble de procès » (p. 342).

²²⁵⁷ Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », *Droit et société*, n°84/2013, p. 464 : l'auteurs s'appuie sur les travaux de Philip C. C. Huang qui a démontré, dans ses études historiques, que les justiciables chinois avaient effectivement recours aux tribunaux dans l'ancien droit.

²²⁵⁸ Projet de loi de programmation pour la justice (2018-2022), art. 54.

« justice du XXI^{ème} siècle » caractérisée, *a priori*, par une justice plus douce²²⁵⁹.

L'intérêt de l'étude du modèle chinois des modes amiables de résolution des différends apparaît alors avec une certaine évidence. Tout en se refusant à tomber dans le mythe d'une population réfractaire au droit, force est de constater que le système chinois offre une diversité de mécanismes de résolution des conflits : ces mécanismes sont exercés soit dans l'enceinte des tribunaux, soit en dehors. Dans le premier cas, le pouvoir de médiation reconnu au juge chinois dépasse de loin, *a priori* dans son ampleur, le pouvoir de conciliation reconnu au juge français. Toutefois, les réformes récentes initiées en droit français interdisent toutes conclusions hâtives puisqu'on constate une tendance, partagée au sein des deux pays, à intégrer de plus en plus la solution amiable dans le système général de résolution des différends, offrant aux justiciables une pluralité de mécanismes aptes à résoudre leurs conflits (Chapitre 2). Mais, de cet objectif partagé, les moyens tendant à cette intégration divergent : si l'un des pays marque une nette préférence pour l'institutionnalisation des modes amiables, l'autre opte pour un modèle plus libéral de leur intégration dans le paysage juridique (Chapitre 1).

²²⁵⁹ Le dernier exemple en date n'est autre que l'intitulé du titre du premier chapitre relatif à la simplification de la procédure civile prévu dans le projet de loi de programmation pour la justice (2018-2022) : « Développer la culture du règlement amiable des différends ».

Chapitre 1. Des modèles d'intégration juridique d'une justice apaisée.

322. Une justice autre ? En dehors du traitement juridictionnel des contentieux existent également des modes plus souples pour parvenir à une solution au différend. Ces modes sont plus flexibles que l'application stricte, par le juge, de la règle de droit, et devraient satisfaire les justiciables en quête d'une justice autre. La comparaison, entre la France et la Chine, du développement des mécanismes amiables – et non forcément alternatifs – de résolution des différends permet de mettre en relief les problèmes théoriques et pratiques qu'ils engendrent, à commencer, une fois n'est pas coutume, par la notion même de justice. Il est intéressant de constater qu'en France, les modes amiables répondent à une crise de la justice, crise qui cohabiterait avec une montée de l'individualisme et l'affaiblissement de nos structures étatiques²²⁶⁰. Si la Chine connaît également une certaine crise du procès, la promotion de la médiation reflète, au contraire, la puissance de l'autorité de l'État qui s'appuie sur l'idéologie de société harmonieuse (Section I). Les objectifs de la France et de la Chine sont pourtant relativement convergents puisque les deux États souhaitent, chacun à leurs manières, développer de nouvelles formes de résolution des conflits par l'intégration à un degré plus ou moins modéré de ces pratiques, alternatives ou complémentaires, dans la sphère judiciaire (Section II).

Section I. Regards croisés sur les tendances évolutives des modes amiables de résolution des différends.

323. L'intérêt contemporain de la France et de la Chine pour les alternatives au traitement juridictionnel des conflits n'est plus à démontrer. Cet enthousiasme est loin d'être théorique puisqu'une grande partie des réformes en matière de procédure civile développent justement des mécanismes promouvant ces sortes de recours alternatifs, voire complémentaires, aussi bien à l'égard du juge que des parties (§ 2). Ce phénomène apparemment convergent est supposé à répondre à une « crise du procès »

²²⁶⁰ Jean Hauser, « Rapport de synthèse », In Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *La médiation : aspects transversaux. Journées d'études placées sous le Haut patronage du médiateur de la République*, 8 et 9 avril 2009, Litec, 2010, pp. 183-188.

partagée en France et en Chine ; à ce titre, l'évolution du droit chinois dans son rapport à la médiation – et qui connaît, par rapport au droit français contemporain, une certaine longueur d'avance – est primordiale pour comprendre certains enjeux propres à l'émergence d'une justice négociée (§ 1).

§ 1. L'implantation d'une culture française de la médiation et l'instauration d'une culture chinoise du procès.

324. Un engouement « moderne » ? En France, la médiation ou conciliation contemporaine en tant que Mode Amiable de Résolution des Différends (MARD) n'est pas la simple transposition de son homologue anglo-saxon, l'*Alternatif Dispute Resolution*²²⁶¹. Résoudre un litige par la conclusion d'un contrat – l'actuelle transaction – est une pratique qui était déjà connue à Rome²²⁶². La médiation elle-même, dans sa forme archaïque, existait à l'époque grecque²²⁶³ et était pratiquée au Moyen Âge²²⁶⁴ avant de connaître un certain déclin au lendemain de la Révolution française²²⁶⁵. Si l'on peut parler de « renaissance²²⁶⁶ », voire de « redécouverte²²⁶⁷ » de la pratique de la médiation et de la conciliation, la véritable innovation du XX^{ème} siècle serait de les concevoir dans un cadre judiciaire²²⁶⁸.

À l'instar de la France où médiation et conciliation judiciaires sont

²²⁶¹ Loïc Cadiet, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », In Soraya Amrani-Mekki, Loïc Cadiet, Yves Charpenal *et al.*, *La médiation*, Société législation comparée, Dalloz, 2009, pp. 13-27, p. 15.

²²⁶² Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 213, n°50.

²²⁶³ Jean A. Mirimanoff, « Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? » In Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.) *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe. GEMME, 10 ans déjà... !*, Colloque européen des 5 et 6 juillet 2014, L'Harmattan, 2015, p. 228.

²²⁶⁴ Avec, par exemple, la médiation cléricale : Pascal Texier, « La médiation sous le regard de l'anthropologie historique du droit », In Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, pp. 11-18.

²²⁶⁵ Et ce, malgré l'instauration des juges de paix consacrée par le titre III de la loi des 16-24 août 1790 et les préalables de conciliation constitutionnalisés par la suite, à l'article 215 de la Constitution de l'an III puis à l'article 60 de celle de l'an VIII : Jacques Poumarede, « La conciliation, la mal-aimée des juges », 2013, article disponible à l'adresse : www.conciliateurs.fr/IMG/pdf/histoire_de_la_conciliation.pdf [dernière consultation le 27 avril 2016]. Rappelons aussi que la codification de 1807 a imposé un préalable de conciliation.

²²⁶⁶ Jean A. Mirimanoff, « Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? » In Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.*, pp. 228-229.

²²⁶⁷ Pascal Texier, *op.cit.*, p. 12 : sans rejeter formellement des origines anglo-saxonnes à la médiation dite communautaire, il conçoit le développement d'une médiation hiérarchique d'origine principalement cléricale.

²²⁶⁸ Jean A. Mirimanoff, « Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? » In Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.* p. 228.

généralement distinguées de leurs homologues conventionnels, la Chine distingue la médiation extra-judiciaire²²⁶⁹ (非诉讼调解) de la médiation judiciaire²²⁷⁰ (司法调解), laquelle, en revanche, ne se distingue pas de la conciliation judiciaire²²⁷¹. Leur est issue d'une vision particulière du juge : dans la culture judiciaire chinoise, ce dernier a pour rôle premier de résoudre un litige avant de trancher le contentieux. C'est en réalité l'intégration des MARD dans l'enceinte des tribunaux populaires qui constituerait l'innovation chinoise du XXI^e siècle²²⁷².

En France, le décret n°75-1123 du 5 décembre 1975, en créant un nouveau Code de procédure civile français a, par la même occasion, redonné au juge le pouvoir de conciliation²²⁷³. L'article 21 du CPC, inchangé depuis, dispose ainsi qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Quelques années après, la conciliation extra-judiciaire est renforcée en droit par l'instauration des conciliateurs de justice²²⁷⁴, qui ne connaîtront d'ailleurs pas, à leurs débuts, le succès escompté²²⁷⁵. En Chine, l'équivalent de l'article 21 du CPC est l'article 9 de la LPC tel qu'issu de la réforme de 1991 : « *les tribunaux qui traitent des affaires civiles doivent (应当), sur la base du consentement des parties et du principe de légalité, exercer une*

²²⁶⁹ Qui inclut, entre autres, la médiation civile ou populaire (民间调解, 人民调解) et la médiation administrative (行政调解).

²²⁷⁰ Réglementée dans la *Loi de procédure civile*.

²²⁷¹ Les termes de conciliation et de médiation seront donc utilisés de manière équivalente dans le seul cadre du droit chinois.

²²⁷² Les modes amiables de traitement de différends sont connus en Chine sous la dénomination de leur équivalent anglophone, les ADR ou les « mécanismes de résolution non contentieuse des conflits » (非诉讼机制) et sont considérés comme une création occidentale de la fin des années 70, apparue pour répondre aux problèmes de lenteur, de coût et de rigidité des systèmes juridiques : Yu Xingzhong (於兴中), « La théorisation de la pratique de la médiation : du concept à la philosophie » (« 调解实践的理论化: 从概念到哲学 ») In Xu Xin (徐昕) (dir.), *Mediation in Comparative Perspective*, (调解: 中国与世界), Presse Universitaire des Sciences politique et juridique de Chine, Pékin, 2013, p. 21.

²²⁷³ V. aussi art. 19-II décret n°71-740 du 9 septembre 1971 ; décret n°73-1122 du 17 décembre 1973, qui généralise la conciliation dans la procédure civile et la consacre en principe directeur. Entre 1879 et 1958, les juges de paix, remplacés par les tribunaux d'instance par l'ordonnance n°58-1273 du 22 décembre 1958, menaient une tentative de conciliation obligatoire préalable au procès civil. V. not. Quentin Duquesne, « Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat : le cas de l'Isère », *Histoire, économie & société*, vol. 29, n°2, 2010, pp. 52 ; François Banat-Berger, « La réforme de 1958. La suppression des justices de paix », In Jean-Guy Petit (dir.), *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, Puf, 2003, pp. 225-247.

²²⁷⁴ Article 1 du décret n°78-381 du 20 mars 1978, *JO* 23 mars 1978, p. 1265 : « il est institué des conciliateurs qui ont pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition. Les fonctions de conciliateur sont exercées à titre bénévole ».

²²⁷⁵ Jacques Faget, « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, 1995-29, p. 28.

médiation ; en cas d'échec, ils jugent sans plus attendre²²⁷⁶ ». Le principe de médiation (ou conciliation) judiciaire chinoise (法院调解原则) est érigé au titre des principes fondamentaux du procès, à l'instar de la France qui consacre le pouvoir de conciliation du juge au sein des principes directeurs. Pourtant, en Chine, au moment de la rédaction de cet article, les législateurs avaient en tête de freiner le développement de cette pratique ; or, c'est bien sur cette même disposition législative, plus de vingt années après, que se déploient les réformes promouvant la médiation. L'évolution comparée des droits français et chinois en matière de modes amiables permet ainsi de mettre en lumière les raisons sous-jacentes à leur existence et, surtout, à leur engouement contemporain.

En Chine plus qu'ailleurs, le développement de la médiation dans les enceintes du tribunal, en tant que méthode importante de résolution des contentieux, est fonction de l'évolution des politiques judiciaires²²⁷⁷. Cette imbrication a pour « avantage » de mettre en avant les lignes directrices – et idéologiques – qui permettent un développement *systémique* du régime de médiation.

325. La médiation comme arme politique. Les prémisses de la médiation judiciaire et populaire chinoise telle qu'elle se conçoit au XXI^e siècle remontent aux systèmes de régulation instaurés pendant la période révolutionnaire²²⁷⁸ dans les

²²⁷⁶ LPC, art. 9 : « 人民法院审理民事案件, 应当根据自愿和合法的原则进行调解; 调解不成的, 应当及时判决 ».

²²⁷⁷ Le processus de politisation judiciaire existant en Chine serait lié, d'une part, à la volonté du PCC d'atteindre rapidement l'État de droit et, d'autre part, à celle de résoudre la crise des conflits avant qu'elle ne génère une crise du système politique. Face à ce constat, Xu Yun considère que le processus de politisation judiciaire n'est autre que le processus de concentration des crises. Dès lors, les réformes, influencées par les objectifs changeants du PCC, et malgré leur apparence technique et juridique, ont en réalité une nature politique. « *En politisant le judiciaire, la question de la méthode de résolution des conflits devient elle-même une question politique et non plus juridique* ». Xu Yun (徐昀), « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composants du jugement civil » (« “调解优先”的反思—以民事审判结构理论为分析框架 »), In Xu Xin (徐昕), *op.cit.*, p. 65 ; Fan Yu (范愉), « La reconstruction de la médiation (première partie) – la réforme de la médiation judiciaire comme clé d'analyse » (« 调解的重构(上)—以法院调解的改革为重点 »), *Droit et évolution sociale* (法制与社会发展), vol. 56, n°2, 2004, pp. 113-125 : « *la montée et le déclin de la médiation judiciaire, en tant que méthode importante, voire principale, de résolution des contentieux, sont influencés par [le développement] des autres formes de médiation de son temps. Mais, avant tout, la médiation judiciaire reflète les problèmes pratiques et théoriques [inhérents] aux réformes juridiques et aux réformes concernant la méthode de jugement* » ; Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », préc., pp. 453 s., qui déplore justement que les « mots d'ordre du Parti ne soient pas pris au sérieux en Occident [ce qui constitue un] obstacle à la compréhension, entre autres, du processus même des réformes juridiques chinoises » ; *idem*, pp. 463-465 sur les raisons du déclin dans les années 90, de la médiation, et de son « retour » depuis 2003 ; sur le nouvel usage politique de la médiation en Chine, Stéphanie Balme, *Chine : Les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, pp. 190-196.

²²⁷⁸ Soit entre les années 1920 et 1940.

anciennes zones de libération, les *Genjudi*²²⁷⁹. C'est en effet à cette époque que la méthode du juge *Maxiwu* (le magistrat rendu célèbre pour sa proximité avec le peuple et le recours au dialogue pour résoudre les conflits) devient un modèle de référence pour une partie de la population et des organes politico-judiciaires. De la fondation de la République Populaire de Chine en 1949 jusqu'aux années 1980, les conflits de nature pénale sont impérativement tranchés par les tribunaux populaires alors que les litiges civils doivent être traités, par ces derniers, par la voie « démocratique », c'est-à-dire par la persuasion (说服) et l'éducation (教育) des parties²²⁸⁰. Les conflits « civils », internes au peuple, sont ainsi absorbés dans la communauté (社区) et dans les fameuses « unités²²⁸¹ » (单位) et sont résolus principalement par des méthodes extrajudiciaires. Mais même dans l'enceinte du tribunal, la médiation est affirmée comme une méthode fondamentale dans le traitement des affaires civiles : la priorité doit lui être accordée avant d'user du pouvoir juridictionnel²²⁸². La ligne directrice est

²²⁷⁹ Feng Yujun, Peng Xiaolong, « China's Dispute-Resolution Mechanisms and Innovation in the Transformation Era », (traduction de Dai Xinze et Iwo Amelung), *China Legal Science*, juil. 2015, n°4, p. 5.

²²⁸⁰ Fu Hualing (傅华伶), « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile » (« 回到调解？中国民事司法改革的局限 »), *In Xu Xin, op.cit.*, p. 27. La théorie sous-jacente à l'époque est la « théorie des conflits » (矛盾论) de Mao Zedong qui oppose deux types de conflits : ceux entre amis et ennemis du peuple et ceux internes au peuple. Cette distinction se reflète alors dans l'organisation juridictionnelle, créant deux niveaux de justice, l'un de nature pénale et l'autre plus proche de la nature civile. La méthode démocratique telle qu'entendue en Chine repose sur le consensus, à l'opposé de l'Occident où la démocratie repose sur une dialectique conflictuelle. Sur la notion de conflit en Chine et en Occident : Ivan P. Kamenarovic, *Le conflit, perception chinoise et occidentale (op.cit.)* ; pour une approche sociologique, V. Christian Thuderoz, *Négociation : Essai de sociologie du lien social*, puf, 2000, p. 85 : « le fait que [l]a volonté [des individus] se manifeste au même moment, avec la même intensité, conduit à d'importantes frictions sociales : comment accorder le droit à chacun de contester les normes s'il n'a pas participé à leur élaboration, alors qu'il est impossible [...] d'accorder ce droit de participation à tous, quel que soit le domaine normatif concerné ? Comment légiférer si tous revendiquent le droit de le faire ? La conflictualité est au cœur de l'approfondissement de la démocratie ».

²²⁸¹ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 31 ; en Chine, les unités de travail comprennent les bureaux du gouvernement, du commerce, des impôts mais aussi les tribunaux : Han Bao (韩宝), « Analyse empirique sur la dynamique de médiation dans les tribunaux populaires de base. Un processus judiciaire centré sur la médiation ? » (« 基层法院调解动因的实证分析——一种调解中心主义的司法过程 ? ») *In Xu Xin, op.cit.*, p. 365 : « ce que l'on appelle unité désigne le système d'organisation économique-social établi sur la base de la répartition des forces de travail » ; V. Sur ce sujet, Andrew G. Walder sur le système d'unité de propriété (单位所有制), *Communist Neo-traditionalism : Work and authority in Chinese Industry*, Berkeley, University of California Press, 1986.

²²⁸² *Principes temporaires des procédures contentieuses de la RPC (中华人民共和国民事诉讼法试行通则)*, déc. 1950, art. 30, al. 2. qui affirment la priorité à accorder à la conciliation dans les affaires civiles ou les affaires pénales « légères » ; le jugement n'est rendu qu'en cas d'échec de la médiation ; « Instructions pour renforcer le travail judiciaire populaire », du 3 novembre 1950 (Gouvernement populaire central) : « la médiation populaire doit être employée à son maximum pour réduire les conflits populaires », cité par Feng Yujun, Peng Xiaolong, préc., p. 6 (sur l'évolution de l'activité juridictionnelle civile des tribunaux populaire pendant l'époque maoïste).

claire : il faut « *rechercher et enquêter, concilier et résoudre les conflits localement*²²⁸³ ».

En Chine, la fin des années 1970 est marquée par les premières réformes dites d'ouverture²²⁸⁴ (改革开放). D'une idéologie révolutionnaire, la Chine se tourne vers un objectif de modernisation et de démocratisation. En matière judiciaire, c'est la Cour Suprême qui impulse les réformes²²⁸⁵. De nouveaux objectifs apparaissent, tels que la publicité des jugements en matière civile (visant à responsabiliser les magistrats), la reconnaissance des droits des parties au sein du procès ou encore la dépolitisation de l'appareil judiciaire qui résulte, théoriquement, du renforcement de leur autonomie²²⁸⁶. Depuis 1980, le nombre d'affaires civiles traitées par les tribunaux commence à dépasser celui des affaires pénales et les jugements politiques sont progressivement réduits²²⁸⁷. Pourtant, malgré la volonté de réformer le système, la médiation en matière civile reste une pratique quotidienne des tribunaux jusqu'à la fin des années 1980²²⁸⁸.

Le renouvellement des générations post Révolution culturelle associé au développement des facultés²²⁸⁹ (notamment de droit) vont amener progressivement

²²⁸³ « 调查研究, 调解为主, 就地解决 ». Ce plan en douze caractères a été publié en 1963 par la CPS dans ses « Opinions relatives au travail juridictionnel civil » (关于民事审判工作若干问题的意见), qui indiquaient également que « *la médiation est la méthode fondamentale de traitement des affaires civiles, elle est également une procédure obligatoire en matière de mariage. À chaque fois que l'on peut concilier, on ne doit pas recourir au jugement* ». En 1964, l'autorité judiciaire suprême publie une nouvelle ligne en seize caractères en ajoutant l'exigence de « s'appuyer sur les masses » (依靠群众). Ce plan est réaffirmé en décembre 1978 (après la Révolution culturelle) lors de la 2^{ème} réunion nationale sur le travail juridictionnel civil ; Xu Yun (徐昀), « "L'union entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir de conciliation" dans une position délicate. La théorie des composants du jugement civil comme cadre d'analyse », (« “调解结合” 的困境—以民事审判结构理论为分析框架 »), *In Xu Xin, op.cit.*, pp. 374-398, not. p. 377.

²²⁸⁴ Initiée à l'issue de la 11^{ème} conférence du 3^{ème} Parti Communiste Chinois, qui s'accompagne de la publication de la Constitution de 1978.

²²⁸⁵ Notamment en matière civile et commerciale, qui serait plus considéré comme un domaine apolitique. Sur le transfert de pouvoir, en 1981, l'APN a habilité la CPS du pouvoir d'interpréter les lois nationales en lien avec les contentieux civils.

²²⁸⁶ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 35.

²²⁸⁷ *Idem*, p. 31.

²²⁸⁸ Pour Fu Hualing, deux raisons, l'une pratique et l'autre théorique, expliquent la prédominance de la médiation dans le traitement des affaires civiles : d'une part, si la volonté d'ouverture est limitée à quelques réformes de base, celles-ci n'offrent pas de méthode concrète aux tribunaux populaires pour résoudre juridiquement les litiges dont ils sont saisis au quotidien ; d'autre part, jusqu'à la fin des années 1980, les juges n'acceptent encore qu'une seule théorie dans le domaine juridique, celle des conflits de Mao Zedong (*idem*, pp. 35-36).

²²⁸⁹ Sur ce sujet, voir l'excellent ouvrage d'Émilie Frenkiel, *Parler politique en Chine, les intellectuels chinois pour ou contre la démocratie (op.cit.)*.

l'idée de l'État de droit en Chine et, surtout, celle du procès « à l'occidental²²⁹⁰ ». Dès 1982, les étudiants diplômés en droit intègrent la magistrature et l'enseignement et deviendront, selon l'expression de Fu Hualing, « *les nouveaux catalyseurs de la réforme du judiciaire*²²⁹¹. Or, la seconde génération, diplômée entre 1982 et le début des années 1990, est dotée d'une pensée libéralisée. Si elle donne le point de départ à la réforme du système judiciaire en matière civile²²⁹², elle signe, en même temps, le début de la fin de la médiation : à la fonction de résoudre un conflit entre les parties est substituée celle d'appliquer la règle de droit à un différend²²⁹³. Toutes les formes de médiation sont critiquées, extrajudiciaires comme judiciaires.

Officiellement, la médiation en Chine devient un obstacle au processus de juridictionnalisation du pays et contrecarre la nécessité de professionnalisation des juges²²⁹⁴. En outre, les nouveaux délais imposés à l'époque incitent les magistrats à délaisser la pratique de médiation considérée comme trop lente²²⁹⁵ et qui, par ailleurs,

²²⁹⁰ Caractérisé par son formalisme, son caractère accusatoire, la limitation des pouvoirs accordés au juge encore le respect du principe du dispositif et des droits de la défense. Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », préc. p. 453 : « quatre traits principaux résument l'orientation des réformes juridiques chinoises alors entamées : la réhabilitation relative de la règle de droit, l'accent mis sur la professionnalisation de l'appareil judiciaire, notamment des juges, l'encouragement des justiciables chinois, par les autorités, à user des tribunaux étatiques afin de faire valoir leurs droits et, finalement, le recours, sélectif, aux modèles juridiques occidentaux ».

²²⁹¹ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 38. Leur avènement est encore lent cependant. En 1983, sur 130 000 juges au niveau national, seulement 8 000 ont reçu une formation juridique de cycle supérieur, soit 7%. Selon un porte parole de la CPS, entre 1980 et 1983, seuls 500 étudiants diplômés en droit ont été répartis dans les tribunaux de tout le pays. De plus, 80% des étudiants diplômés ont intégrés les tribunaux populaires des zones littorales, aux échelons provinciaux et centraux. Après les années 1980, le troisième groupe de diplômés en droit a souvent bénéficié d'une formation à l'étranger ce qui leur a permis, une fois rentrés au pays, d'impulser une forme de modernisation du système chinois.

²²⁹² Les étudiants diplômés en droit sont localisés principalement dans l'est de la Chine (littoral) et investissent les tribunaux d'échelon supérieur. Beaucoup d'auteurs déplorent qu'en zone rurale les juges n'aient pas un niveau suffisant pour résoudre les litiges (not. dans les tribunaux de première instance des régions les plus pauvres). Seulement la moitié d'entre eux aurait d'un diplôme d'université – qui ne relève pas toujours d'une formation juridique –, alors que plus d'un tiers des juges de la Cour Supérieure et presque un tiers des juges de la Cour intermédiaire de Shanghai possèdent un master ou un doctorat en droit : Randall Preenboom, Xin He, « Dispute Resolution in China : Pattern, Causes and Prognosis », *East Asian Law Review*, vol. 4, n° 1, 2009 p. 16. Plus impressionnant encore, parmi les treize juges de la chambre civile n°5 de la première Cour intermédiaire de Shanghai, un a un doctorat, un autre est doctorant, huit ont un master en droit et les autres étudient pour leur master. V. aussi la *Loi sur les juges* (中华人民共和国法官法), dans sa version du 1^{er} janv. 2002, art. 9 et 10 sur les conditions d'accès à la magistrature.

²²⁹³ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 39 : c'est vraiment sous l'impulsion de la nouvelle génération de penseurs et de praticiens du droit qu'a été comprise l'importance de s'appuyer sur des règles communes, des règles établies en droit et non des règles morales, économiques ou politiques, pour trancher un différend.

²²⁹⁴ *Idem*, pp. 41-42 ; Randall Preenboom, Xin He, préc., p. 25.

²²⁹⁵ Randall Preenboom, Xin He, préc., p. 25.

n'est pas plus apte que la méthode juridictionnelle à entraîner l'exécution spontanée, par les parties, de la décision de justice²²⁹⁶.

326. La médiation, un obstacle à la modernisation juridique chinoise ?

C'est sur cette base là, la lutte contre la médiation, que se déploie ainsi la plus grande réforme processuelle civile en Chine du XX^e siècle, incarnée en premier lieu par la promulgation de la *Loi de procédure civile* de 1991²²⁹⁷. La médiation judiciaire n'est pas écartée des techniques de résolution des conflits, mais mieux encadrée, au moins dans la loi : à l'ancien article 6 de la *Loi de procédure civile (temporaire)* de 1982 qui ordonnait aux juges de « *mettre l'accent sur la conciliation*²²⁹⁸ » (着重调解) lui est substitué, pour la première fois dans l'histoire du droit chinois, un modèle de médiation judiciaire « légal et volontaire » (自愿, 合法式的调解, LPC, art. 9). Son régime est détaillé dans les anciens articles 85 à 91, devenus depuis 2012 les articles 93 à 99. Dès 1992, la Cour Populaire Suprême rappelle aux juges l'exigence de s'appuyer sur le consentement des parties²²⁹⁹ (en reprenant, mot pour mot, le principe fondamental de l'article 9 de la LPC). La démocratisation de la médiation au sein des tribunaux populaires accompagnée d'une nouvelle forme de pression pesant sur les juges – en raison des évaluations de leur taux d'efficacité judiciaire²³⁰⁰ – a pour conséquence une chute drastique des affaires résolues par la médiation. Les statistiques démontrent que la politique juridique visant à recentrer les tribunaux sur leur activité juridictionnelle a rempli ses objectifs : alors qu'en 1989, 69% d'affaires civiles et 76% d'affaires de nature économique se terminaient en conciliation, leurs

²²⁹⁶ *Idem.*, pp. 25-26. En Chine, environ 60% des jugements et des accords de médiation ne sont pas exécutés volontairement : Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 43.

²²⁹⁷ *Loi de procédure civile* (中华人民共和国民事诉讼法), adoptée le 9 avril 1991, entrée en vigueur le jour même.

²²⁹⁸ *Loi de procédure civile (temporaire)* (中华人民共和国民事诉讼法 (试行)) adoptée par l'Assemblée Nationale Populaire et son Comité Permanent le 8 mars 1982, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1982, art. 6 : « *les tribunaux populaires qui traitent d'une affaire civile doivent mettre l'accent sur la conciliation ; si la médiation est sans effet, alors ils doivent juger sans plus attendre* » (第六条 : 人民法院审理民事案件, 应当着重进行调解; 调解无效的, 应当及时判决)

²²⁹⁹ Opinion [1992] n°22, art. 92 al. 1^{er} : « *les tribunaux populaires qui traitent d'une affaire civile doivent procéder à la conciliation des parties selon les principes légaux et selon leurs volontés. Si l'une ou l'ensemble des parties persistent à refuser la conciliation, le tribunal populaire doit juger immédiatement* ».

²³⁰⁰ Incarné, en premier lieu, par l'introduction d'un temps limité du procès qui n'existait pas dans l'ancienne *Loi de procédure civile* de 1982. Pour une explication et une critique sur l'utilisation d'une limite de temps dans l'évaluation de l'efficacité de l'activité juridictionnelle des tribunaux populaires, Wang Fuhua (王福华), Rong Tianming (融天明), « Le temps limité du procès civil » (« 民事诉讼审理制度的存与废 »), *Sciences juridiques* (法律科学), vol. 25, n°4, 2007, p. 95.

proportions ont chuté, respectivement, à 36,7% et 30,4% en 2001²³⁰¹.

La modernisation du procès civil chinois des années 1990, synonyme de reconnaissance d'une volonté autonome des parties, a pour corollaire l'affaiblissement du rôle du juge, que l'on souhaite être plus passif (avec, par exemple, la transition d'un modèle probatoire presque entièrement inquisitoire à un modèle où les parties ont la responsabilité de prouver ce qu'elles avancent), plus efficace mais, aussi, plus responsable (vis-à-vis des parties, d'une part, vis-à-vis du Parti, d'autre part). L'exigence de publication des jugements en est un bon exemple²³⁰². De manière plus générale, les années 1990 sont marquées, en Chine, par l'introduction d'une culture du procès²³⁰³.

327. À la même époque, en France, c'est l'idée inverse qui émerge avec la promulgation de la loi du 8 février 1995²³⁰⁴ relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Elle prévoit, dans son article 21 initial, la possibilité pour le juge de nommer un tiers pour recourir soit à une tentative préalable de conciliation, soit à une médiation judiciaire²³⁰⁵ (que l'on peut considérer comme une sorte de « conciliation incidente²³⁰⁶ »). La modélisation des anciennes expériences de médiation illustrée par la loi de 1995 reflétait, à l'époque, la volonté de l'institution judiciaire de garder le contrôle sur les pratiques de médiation

²³⁰¹ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 48 ; Randal Pereenboom, préc., p. 26.

²³⁰² La question du prononcé du jugement après l'audience faisait partie du premier plan quinquennal (1999-2003), impulsé par le Président de la Cour Suprême, Xiao Yang (肖扬) et a suscité débat. À la fin des années 1980, seuls les jugements rendus en matière pénale étaient prononcés immédiatement après l'audience (Fu Hualing, *idem*, p. 45). Avec la nouvelle *Loi de procédure civile*, le prononcé du jugement après audience devient de principe (LPC, art. 148). Le taux officiel de jugements « rendus sur le siège » aurait été de 20% au début des années 1990 pour atteindre entre 60 et 90% en 2002. Pour Fu Hualing, ce taux est cependant biaisé en ce qu'il intègre également les jugements d'homologation des accords de médiation et ne dépasserait pas, en réalité, les 10%.

²³⁰³ Qui s'oppose, notamment, à la fameuse pensée dite du *wusong* (无讼, « absence de procès ») sur laquelle repose en grande partie la logique de la médiation chinoise. Pour un constat similaire en matière administrative qui dépeint le phénomène de « juridiciarisation limitée » du système chinois, V. Randall Pereenboom, « More Law, Less Courts : Legalized Governance, Judicialization and Dejudicialization in China », *La Trobe University, Working paper 2008/10*, sept. 2008, disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1265147> [dernière consultation le 14 mai 2016].

²³⁰⁴ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

²³⁰⁵ La loi de 1995 ne ferait que consacrer « l'initiative prétorienne » de l'article 21 du CPC sans s'attacher aux subtilités et aux nuances entre médiation et conciliation judiciaire : Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Puf, Que sais-je ? 2015, p. 104.

²³⁰⁶ Loïc Cadiet, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », *In Soraya Amrani-Mekki, Loïc Cadiet, Yves Charpenal et al., op.cit.*, p. 22.

impulsées par la jurisprudence²³⁰⁷, ce qui était loin de susciter un consensus²³⁰⁸.

Le décret d'application du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires²³⁰⁹ précise les modalités de fonctionnement de la tentative préalable de conciliation, de nomination du conciliateur par le juge d'instance (CPC, art. 831) et instaure un livre VI *bis* au Code de procédure civile (art. 131-1 à 131-15), consacré exclusivement à la médiation judiciaire. Le décret du 28 décembre 1998²³¹⁰ dans ses articles 22 à 26, rappelle la mission de conciliation qui « s'impose » au juge telle qu'attribuée en vertu de l'article 21 n°1 de la loi de 1995 concernant les affaires soumises devant le tribunal d'instance lors d'une demande aux fins de tentative préalable de conciliation²³¹¹. La consécration législative de la technique de médiation judiciaire opérée dans la loi de 1995 marque une avancée indéniable en comparaison du développement de la conciliation, qui est soit le fait du juge, soit le fait du conciliateur à condition que ce processus intervienne devant le tribunal d'instance²³¹² préalablement au traitement juridictionnel du litige et avec l'accord des parties²³¹³. Parallèlement, des efforts sont réalisés en matière de modes amiables extrajudiciaires : les effets juridiques des transactions sont ainsi renforcées en donnant

²³⁰⁷ Civ. 2^e, 16 juin 1993, n°91-15332, *Bull. II*, 1993, n°211, p. 114 ; la médiation judiciaire est considérée comme une création prétorienne dont la pratique est apparue en France dans les années 1970 ; à l'heure actuelle, l'activisme de la Cour d'appel de Paris a joué et continue de jouer un rôle prépondérant dans le développement de la médiation : Chantal Arens, « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », *Annonces de la Seine*, 10 juin 2015, vol. 96, n°21, p. 2. La première Présidente de la cour d'appel de Paris cite, entre autres, la pratique de la double convocation (actuellement de droit positif), la présence des médiateurs à l'audience, la création d'unité de médiation ou encore la promotion active de la pratique, via des colloques et des formations.

²³⁰⁸ Jacques Faget, « La double vie de la médiation », préc., pp. 30-31. Des auteurs comme Jean Carbonnier (*Flexible droit*, LGDJ, 1969), Philippe Coppens (« Médiation et philosophie du droit » *Archives de politique criminelle*, 1991) ou encore Étienne Le Roy ((dir.) *La conciliation et les modes parajudiciaires de règlement des litiges*, Paris, 1989) estiment au contraire que l'essence même de la médiation réside dans son informalité et son autonomie ; la soumettre à une « logique judiciaire » relève du non-sens.

²³⁰⁹ Décret n°96-652 adopté le 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, *JORF* n°170 du 23 juillet 1996, p. 11125.

²³¹⁰ Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile, *JORF* n°302 du 30 décembre 1998, p. 19904.

²³¹¹ Julie Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) le 19 septembre 2002, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 58 ; Charles Jarrosson, « La compétence d'attribution du conciliateur de justice est-elle calquée sur celle du juge d'instance ? » *RGDP*, 1999, n°4, p. 767.

²³¹² Sur ce point précis, V. Rapport Guinchard « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », juillet 2008, proposition n°48, (p. 23) (Rapport Guinchard) : la commission préconise justement une généralisation à toutes les juridictions de la délégation de la conciliation au conciliateur de justice.

²³¹³ Il serait légitime de penser que la technique de la délégation en matière de conciliation est plus restreinte en ce qu'il s'agit de déléguer une partie de l'office du juge contrairement à la médiation judiciaire qui est une mesure d'administration judiciaire.

au Président du TGI le pouvoir de leur conférer force exécutoire²³¹⁴ et la même année, le législateur élargit le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux pourparlers²³¹⁵.

328. Dans chacun des deux pays, la fin du XXème siècle est marquée, en matière de médiation et/ou de conciliation judiciaire(s), par un développement *a priori* antagoniste : là où le législateur français instaure les bases d'un régime de modes amiables de résolution des litiges, les tribunaux chinois sont contraints d'en réduire l'usage conformément au processus de juridictionnalisation que connaît le pays. Paradoxalement, c'est grâce à l'introduction de cette culture du procès en Chine que le régime de médiation renaît, au début du XXIème siècle, délesté de ses anciennes dérives maoïstes.

§2. *Le renouveau de la conciliation, un objectif partagé par la France et la Chine.*

329. Au début des années 2000, les choses changent. Le parti communiste, qui jusque là avait laissé une grande liberté à l'autorité judiciaire pékinoise en matière civile et commerciale, s'intéresse de plus en plus à ce domaine. L'insatisfaction croissante des citoyens en général et des justiciables en particulier constitue une menace à la stabilité sociale²³¹⁶. L'augmentation du nombre de plaintes adressées directement à Pékin grâce au système des lettres et visites (信访)²³¹⁷ traduit une baisse de confiance dans les pouvoirs locaux et le désir d'obtenir des recours en dehors du

²³¹⁴ Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 art. 30 qui insère l'article 1441-4 du CPC.

²³¹⁵ Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, art. 1^{er}.

²³¹⁶ Randall Pereenboom, Xin He, préc., p. 41. En témoigne ainsi l'augmentation des protestations de masses, résultant de procès à parties multiples concernant, en général, les expropriations de terre, les conflits de travail et les demandes en matière sociale. En 2004, 538 941 procès initiés par des actions de groupes étaient recensés, soit une augmentation de 9,5% par rapport à 2003 ; cette même année, 58 000 protestations de masses ont été comptabilisées en Chine, contre 74 000 en 2004 ; Jieren Hu, Lingjian Zeng, « Grand Mediation and Legitimacy Enhancement in Contemporary China – the Guang'an model », *Journal of Contemporary China*, vol. 24, n°91, 2015, p. 44 : « *if handled properly, social grievances could have great potential to help undermine the CCP's power and the ruling legitimacy of the Party leadership, making the state intrinsically unstable* » ; en 2005, le Ministère de la Sécurité Publique a annoncé que la police s'était occupée de 87 000 situations de « troubles à l'ordre social », soit une moyenne de 240 incidents par jour.

²³¹⁷ Randall Pereenboom, Xin He, préc., pp. 38-39. À partir de 1999, le nombre de plaintes envoyées aux autorités centrales a augmenté drastiquement ; en 2005 le bureau des lettres et visites a reçu 12,7 millions de plaintes et le nombre de pétitions a baissé de 15,5% en 2006 pour atteindre les 10 millions.

système²³¹⁸. La politique judiciaire initiée par la Cour Suprême de Pékin se révèle dangereuse et, surtout, inadéquate. Le nouveau formalisme imposé, accompagné d'une complexité procédurale accrue, conduit le juge à s'éloigner des justiciables tout en renforçant, en même temps, sa nature bureaucratique. Le tribunal a perdu sa capacité à mesurer le « pouls social²³¹⁹ », les jugements écrits sont plus longs, plus difficiles à comprendre pour les parties désormais noyées sous les références de textes de droit. L'institution judiciaire perd peu à peu son autorité alors que les justiciables ont de plus en plus conscience de leurs droits²³²⁰. La culture du procès s'est transformée, rapidement, en crise du procès, marquée par une démultiplication des contentieux²³²¹.

D'une certaine manière, l'appel au développement de modes alternatifs est perçu, en Chine comme en France, comme une solution aux problèmes de la qualité de la justice²³²². En Chine, l'insatisfaction des administrés amène le PCC à considérer les tribunaux comme incapables de résoudre les conflits : ils constituent, dès lors, une perte de temps et d'argent. « *Les tribunaux étaient devenus les bouc-émissaires de l'intensification des conflits sociaux*²³²³ ». En France également, les problèmes dénoncés quant à la célérité de la justice et les moyens mis à sa disposition constituent

²³¹⁸ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 49.

²³¹⁹ *Idem.*, p. 51.

²³²⁰ Xu Yun, « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composants du jugement civil », *In Xu Xin, op.cit.*, pp. 62-63.

²³²¹ Les données recueillies varient selon les sources mais la tendance reste à la hausse des procès civils. Pour Ronald Preenboom et Xin He, (préc., p. 10) en 1983, 44 080 contentieux économiques étaient traités en première instance, contre 1 519 793 en 1996 ; en 1978, 300 787 affaires de nature civile étaient traitées par les tribunaux populaires en première instance, contre 3 519 244 en 1999 ; dans les données fournies par Feng Yujun et Peng Xiaolong (préc., p. 15, reprises des statistiques officielles de la CPS) le nombre d'affaires civiles traitées par les tribunaux populaires est encore plus important. Ainsi, ils dénombrent en 1981 un total de 906 051 affaires acceptées, dont 673 926 de nature civile ; 456 753 ont été résolues via une conciliation judiciaire contre 70 738 par un jugement. En 1999, 5 054 857 affaires civiles ont été acceptées en première instance, dans 2 132 161 les parties se sont conciliées et dans 1 800 505 affaires le tribunal a rendu un jugement. Le ratio conciliation/jugement s'inverse à partir de 2000.

²³²² Ce qui fait dire à Jacques Faget que « l'apparition de la médiation dans le système judiciaire ne s'est pas faite de gaieté de cœur. Ce sont à la fois la montée en charge des affaires à traiter, les exigences européennes et l'entrisme de Magistrats militants regroupés autour du GEMME, qui en ont imposé l'irruption et non un enthousiasme réel », « L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 4.

²³²³ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 28. Les paysans, ouvriers et autres membres de la société étaient insatisfaits de la situation qu'ils qualifiaient d'injuste et, ayant perdu confiance dans l'appareil judiciaire, n'hésitaient pas à adresser leur plainte directement aux autorités pékinoises.

un argument au soutien du développement des modes alternatifs ²³²⁴ (plus que strictement amiable d'ailleurs). L'heure n'est cependant plus à discuter du bien-fondé ou non de cette justice plus consensuelle. En effet, le développement des modes amiables, parallèlement à la justice judiciaire (A) a atteint une ampleur telle qu'il devient aujourd'hui difficile d'en ignorer et d'en contester l'existence ; aussi, les véritables enjeux de l'avènement d'une justice « douce » résident dans la réflexion et l'évaluation de la part du « juste » résultant d'une solution négociée (B).

A. Le développement des modes amiables en parallèle de la justice judiciaire.

330. Quel que soit en tout cas l'objectif recherché, force est de constater l'augmentation croissante de mécanismes incitatifs mis en place par le législateur français (1) et par l'autorité judiciaire chinoise (2).

1. L'institutionnalisation progressive d'une justice contractuelle.

331. Le développement de la conciliation en France. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale crée le nouvel article 373-2-10 dans le Code civil, qui rappelle, d'une part, la mission de conciliation au juge des affaires familiales et, d'une part, la possibilité d'orienter les parents vers un médiateur familial avec leur accord ²³²⁵. Dès 2003 (corrélativement au développement avorté de la justice de

²³²⁴ Julie Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op.cit.*, pp. 13-16 qui défend le lien, discuté en doctrine, entre crise de la justice et développement des MARD ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et technique de la médiation*, Litec, 2004, pp. 153-168, p. 154. La situation est paradoxale en France en ce que la justice (en tant qu'institution) est très critiquée par les Français alors qu'elle connaît une véritable explosion. La vision française des juges est cependant aux antipodes de celle déplorée par certains auteurs chinois : « le juge [français] est devenu le recours contre les abus, la sauvegarde ultime contre une atteinte à une liberté fondamentale et, surtout, le mode ordinaire si ce n'est normal de résolution des conflits, sans aucun intermédiaire, sans filtre » (p. 155).

²³²⁵ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002, art. 5 portant création de l'art. 373-2-10 du Code civil qui dispose : « En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure » ; V. aussi, le décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale dont l'article premier consolide, à titre expérimental, le pouvoir du juge d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial (jusqu'au 31 décembre 2013, art. 2) ; l'alinéa 3 de l'article 373-2-10 du Code civil a été modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (art. 6) pour restreindre le pouvoir d'injonction du juge à orienter les parents vers un médiateur familial en cas de violences familiales. La consécration du divorce sans juge,

proximité²³²⁶), le droit accorde la possibilité au juge d'enjoindre les parties à rencontrer un conciliateur de justice dans l'hypothèse d'une tentative préalable de conciliation²³²⁷. À l'époque, ce pouvoir d'injonction avait été analysé par certains critiques (une minorité semble-t-il), comme « la sanction du défaut de consentement des parties » et constituait dès lors une atteinte à l'essence même des modes amiables de règlement des litiges²³²⁸. C'était confondre, semble-t-il, l'obligation de procéder à une conciliation et l'obligation de s'informer sur la conciliation²³²⁹. Le Code de procédure civile a donc été modifié en conséquence par l'ajout de l'alinéa suivant à l'article 829 : « Faute d'accord des parties pour procéder à une tentative de conciliation, le juge, par décision insusceptible de recours, peut leur enjoindre de rencontrer un conciliateur qu'il désigne à cet effet, chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation²³³⁰ ». En 2010, malgré une dénomination plus souple adoptée (le pouvoir d'inciter devient le pouvoir d'inviter les parties à rencontrer un conciliateur²³³¹), le domaine d'application de ce pouvoir d'injonction est étendu. Il est en effet transféré à l'article 845 du CPC et peut donc être appliqué « à tout moment de la procédure » ; l'encadrement de la délégation de la mission de conciliation est assuré, corrélativement, par la mise en place d'une double

par cette même loi du 18 novembre 2016, participe à ce phénomène « d'assouplissement » de la justice familiale.

²³²⁶ Julie Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires, op.cit.*, pp. 14-15 ; Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002 p. 14934, art. 7-10 qui ajoutent un titre III au sein du livre III du Code de l'organisation judiciaire intitulé « La juridiction de proximité » (art. L.331-1 à L. 331-9), recodifié aux articles L. 231-1 et s. par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006, puis supprimé par Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, aux articles 1 et 2 entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

²³²⁷ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 8 qui modifie l'article 21 de la loi du 8 février 1995 par l'ajout de l'alinéa suivant : « Si le juge n'a pas recueilli l'accord des parties pour procéder aux tentatives de conciliation prévues au 1^o, il peut leur enjoindre de rencontrer une personne qu'il désigne à cet effet et remplissant les conditions fixées au premier alinéa. Celle-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation ».

²³²⁸ Julie Joly-Hurard, « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 928 : le consentement des parties en conciliation/médiation est le corollaire du droit au juge ; une autre critique émise, d'ordre cette fois-ci conjoncturel, repose sur l'incompatibilité de cet article 8 et l'esprit plus global du développement d'une justice de proximité.

²³²⁹ V. Rapport Guinchard (2008) préconisant la généralisation du pouvoir d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur ; V. aussi la proposition issue du rapport Magendie qui propose d'étendre le pouvoir du juge d'enjoindre les parties à s'informer sur la médiation, Rapport Magendie, « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », sept. 2008, (Rapport Magendie) p. 12 ; 74.

²³³⁰ Décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité et modifiant le Code de l'organisation judiciaire, le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), art. 18 ; décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JORF* n°145 du 25 juin 2003, p. 10632, texte n°3.

²³³¹ Décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, *JORF* n°0230 du 3 octobre 2010 p. 17986, texte n° 3, art. 6.

convocation²³³². Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une assignation aux seules fins de conciliation, les juges du tribunal d'instance, du tribunal de commerce et du tribunal paritaire des baux ruraux peuvent toujours, depuis le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 – qui oblige aussi et plus généralement, les parties à justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une solution amiable dans leur demande introductive d'instance (CPC, art. 56 ; 58) –, déléguer leur mission de conciliation sans qu'elle ne soit plus subordonnée à l'acceptation des parties ni, surtout, à l'absence de refus de l'une d'entre elles²³³³. Il ressort de ces premières constatations que les mécanismes français mis en place incitent le juge à déléguer son pouvoir de conciliation plus qu'il ne l'encourage à l'exercer. Cette tendance semble conforme à la conception restrictive et encore actuelle de l'office du juge français qui a pour mission de trancher le litige et non d'apaiser le conflit²³³⁴.

Outre les procédures applicables devant les tribunaux d'instance, la technique de la délégation a été renforcée devant les juridictions ordinaires par la création d'un nouveau chapitre deux (transformé en section II du chapitre 1 par le décret du 11 mars 2015, article 20) au titre VI (inchangé) qui élève la conciliation déléguée à un conciliateur de justice au rang des « dispositions communes à toutes les juridictions²³³⁵ ». Le décret de 1978, relatif aux conciliateurs de justice, a été modifié en conséquence afin d'intégrer dans leur mission de conciliation, les tentatives de conciliation prévues par la loi²³³⁶. L'alinéa premier de l'article 1 qui excluait la

²³³² CPC, art. 845, al. 2 : « Le juge peut également, à tout moment de la procédure, inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice au lieu, jour et heure qu'il détermine. Les parties en sont avisées, selon le cas, dans l'acte de convocation à l'audience ou par tous moyens. L'avis indique la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée afin que le juge constate la conciliation ou tranche le litige. L'invitation peut également être faite par le juge à l'audience ».

²³³³ Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 (relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, *JORF* n°0062 du 14 mars 2015, p. 4851), art. 23 qui supprime l'alinéa 3 de l'article 830 du CPC qui permettait au demandeur de s'opposer à la délégation de la conciliation en le signalant dans sa déclaration; l'article 24 modifie en totalité l'article 831 du CPC ; art. 26. Cette mesure concernait également les juridictions de proximité, supprimées depuis le 1^{er} juillet 2017.

²³³⁴ Hélène Gebhardt, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.* 16 avril 2013, n°106, p. 9 ; en ce sens, Béatrice Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

²³³⁵ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, art. 1 ; Rapport Guinchard, pp. 157-158. Il préconisait ainsi une refonte du titre VI du Code de procédure civile (anciennement « la conciliation » devenu, en 2015, « la conciliation et la médiation ») pour intégrer le régime de la conciliation déléguée et généraliser le recours à la conciliation à l'ensemble des juridictions.

²³³⁶ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, art. 3 : « Le décret du 20 mars 1978 susvisé est ainsi modifié : 1° Le deuxième alinéa de l'article 1^{er} est remplacé par les dispositions suivantes : « Ils peuvent également procéder aux tentatives de conciliation prévues par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps. Dans ce cas, la tentative de conciliation a lieu dans les conditions et selon la procédure prévue par les articles 128 à 131 du Code de procédure civile. » Deux erreurs s'étaient

mission des conciliateurs de toute procédure judiciaire – cause, il nous semble, d’une certaine confusion pour les justiciables quant à ses compétences réelles – a été modifié par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends dont l’article 43 supprime toute mention relative à la nature extrajudiciaire de la mission des conciliateurs de justice et aux renvois d’articles.

D’autres aménagements visant à faciliter le recours à la conciliation ont été prévus en 2010 : ainsi, la création d’une passerelle destinée aux parties qui, en cas d’échec de conciliation, peuvent saisir directement la juridiction aux fins de jugement en application de l’article 829 ou faire une déclaration au greffe (CPC, art. 836). Au niveau institutionnel, le « magistrat coordonnateur » chargé d’évaluer annuellement l’activité de conciliation *et* de médiation²³³⁷ est consacré dans la nouvelle rédaction de l’article R. 312-1-13-1 du Code de l’Organisation Judiciaire²³³⁸ (COJ), tout comme la possibilité offerte au conciliateur de se faire assister d’un autre conciliateur²³³⁹.

332. En matière de médiation judiciaire, l’ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale²³⁴⁰ est venue réformer dans son

manifestement produites dans l’écriture de la version 2010 du nouvel article 1 du décret de 1978. La première, en renvoyant la tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice aux dispositions générales relatives à la conciliation judiciaire (CPC, art. 128 à 131) et non, justement, au nouveau régime de conciliation déléguée (CPC, art. 129-1 à 129-5). Ce genre d’erreur « d’harmonisation textuelle » se retrouve également dans l’article 832, al 2 du CPC qui énonce que le conciliateur de justice procède à la tentative de conciliation comme il est dit aux articles 129-2 à 129-4, 130 et 131. Vraisemblablement, cet article omet de faire mention des articles 129-5 et 129-6. Cette erreur est mentionnée dans Catherine Buchser-Martin, Bénédicte Manteaux (magistrates) « Le guide de la conciliation devant le tribunal d’instance. Guide à l’usage des conciliations, 3^e éd mars 2017, p. 8, disponible à l’adresse suivante : <http://www.tribunal-barleeduc.fr/wp-content/uploads/2014/11/le-guide-de-la-conciliation-2017-%C3%A0-usage-des-conciliateurs.pdf> [dernière consultation le 11 juin 2018].

²³³⁷ Préconisé par le Rapport Guinchard, (p. 158). La médiation n’est toujours pas comptabilisée dans les statistiques annuelles ; elle serait estimée à environ 1% de l’activité des juridictions (Fabrice Vert, « Le juge et la médiation : un oxymore ? » *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 13.

²³³⁸ Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010, art. 2.

²³³⁹ Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010, art. 3-3° qui vient modifier l’article 6 du décret du 20 mars 1978. L’article 6 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le conciliateur de justice peut s’adjoindre, avec l’accord des parties, le concours d’un autre conciliateur de justice du ressort de la cour d’appel. Lors de la réunion des parties, les conciliateurs de justice peuvent échanger des informations sur les demandes dont ils sont saisis. L’acte constatant l’accord des parties est signé par les deux conciliateurs de justice. » ; V. Rapport Guinchard, (p. 158) qui souligne l’utilité de cette mesure pour le traitement des dossiers lourds et pour la formation des conciliateurs.

²³⁴⁰ Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; Sur la directive en elle-même, V. *RTD Com.*, 2008, p. 895, obs. Anne Marmisse-d’Abbadie d’Arrast ; Rapport Delmas-Goyon « "Le juge du 21^{ème} siècle" Un citoyen acteur, une équipe de justice », déc. 2013 (Rapport Delmas-Goyon) p. 59. L’ordonnance de transposition n’a pas restreint le recours à la médiation aux seuls litiges transfrontaliers et instaure également un

article premier, l'article 21 de la loi de 1995 – article fondateur du régime de médiation judiciaire française – et substituée au chapitre 1^{er} du titre II de la loi de 1995 – et du Code de procédure civile – un nouveau chapitre intitulé « la médiation ». Composé de cinq articles divisés en trois sections, ce nouveau chapitre supprime toute mention à la conciliation judiciaire déléguée²³⁴¹ dans la loi de 1995 (désormais instaurée aux seuls articles 121-2 à 129-6 et 831 à 833 du CPC modifié par le décret n°2015-282 du 11 mars 2015), et, surtout, donne une définition officielle de la médiation. Celle-ci se définit ainsi, sur le plan législatif, comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige²³⁴² ».

2. La politisation d'une justice apaisée dans l'objectif d'une société harmonieuse.

333. Le retour à la médiation (回到调解). En Chine, pendant cette même période, l'activisme de la Cour Suprême – sous l'impulsion du Comité central du parti communiste – l'a amenée à rendre une dizaine de communiqués pour redorer l'image de la médiation. Le changement de cap de la réforme actuelle de politique judiciaire – limitée aux contentieux civils et commerciaux – a été impulsé dès 2002²³⁴³ et réaffirmé en 2007 par la publication de « la nouvelle planification en seize

mécanisme d'homologation judiciaire des accords issus de la médiation. On notera le retard avec lequel la France a transposé la directive dont l'article 12 indiquait la date du 21 mai 2011.

²³⁴¹ Pour Sylvestre Tandeau de Marsac cependant, la notion générique de médiation instituée par l'ordonnance engloberait à elle seule « toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige » et donc la conciliation judiciaire déléguée. Sylvestre Tandeau de Marsac, « La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avril 2012, n°2, p. 341.

²³⁴² Article 21 de la loi du 8 février 1995 modifié par l'ordonnance n°2011-1440 du 16 novembre 2011 ; CPC, art. 1530, *RTD com.* 2008, p. 895.

²³⁴³ Le Bureau du Comité Central du PCC et le bureau central du CAE ont transmis leur « Opinion sur le renforcement, par la Cour Populaire Suprême et les départements judiciaire, du travail de médiation populaire dans la nouvelle époque » (最高人民法院, 司法部关于进一步加强新时期人民调解工作的意见), publiée le 24 septembre 2002, *Opinions* [2002] n°23 ; V. aussi, « Nombreuses Règles sur le travail de médiation populaire » (人民调解工作若干规定), décret n°75, publié par le ministère de la Justice le 24 sept. 2002, entré en vigueur le 1^{er} nov. 2002 ; CPS, « Nombreuses Règles relatives à l'application de la procédure simplifiée dans le traitement des affaires civiles (最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定), entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2003 (Règles [2003] n°15), art. 14 ; CPS, « Règles relatives au travail de médiation (judiciaire) civile des tribunaux populaires », (最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定), publiées le 19 août 2004, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2004, *Interprétation* [2004], n°12 ; R. Preenboom, Xin He, préc., p. 26.

caractères » du régime de médiation²³⁴⁴ : « *si l'on peut concilier, alors on concilie. Quand il est nécessaire de trancher, alors il faut juger. La combinaison de la médiation et du jugement permettent de mettre fin au procès* ». (能调则调, 当判则判, 调判结合, 案结事了). Cette ligne directrice a été précisée deux années plus tard par le Président de la Cour Suprême et son nouveau slogan : « *rendre prioritaire la médiation et réunir médiation et jugement* » (调解优先, 调判结合)²³⁴⁵. Il s'agit moins de promouvoir le retour exclusif à la médiation traditionnelle (extra-judiciaire) ou issue de la culture révolutionnaire (judiciaire) que de la concevoir comme un complément à la méthode juridictionnelle de traitement des contentieux sans changer son cadre légal²³⁴⁶. Le droit chinois de la médiation s'est ainsi développé autour de deux axes : donner la priorité à la médiation et la coordonner avec la méthode juridictionnelle.

La promotion de la médiation dans le traitement des affaires civiles a commencé en rendant obligatoire une phase préalable de médiation dans certaines affaires traitées selon la procédure simplifiée²³⁴⁷. Dans le même esprit, des phases de conciliation préalables à la saisine de la juridiction ont été mises en place selon la matière juridique impliquée²³⁴⁸. C'est avec la réforme de la *Loi de procédure civile* en 2012 que le législateur introduit la notion de « médiation prioritaire » (先行调解) qui suppose de prioriser le recours à la médiation pendant la phase d'enregistrement.

²³⁴⁴ CPS, « Opinions relatives à l'amélioration de la fonction de la médiation judiciaire dans la construction d'une société harmonieuse socialiste » (关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见), Opinion [2007] n°9, publiée et entrée en vigueur le 7 mars 2007.

²³⁴⁵ Slogan annoncé la première fois par Wang Shengjun (王胜俊, Président de la Cour Populaire Suprême du 16 mars 2008 au 15 mars 2013) dans le rapport de travail de la Cour Suprême du 10 mars 2009, cité par Xu Yun, « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composants du jugement civil », In Xu Xin, *op.cit.*, p. 54 ; CPS, Directive concernant les « Nombreuses Opinions instituant les principes de travail axés sur la priorité de la médiation et son union avec l'adjudication » (关于进一步贯彻“调解优先, 调判结合”工作原则的若干意见), Opinions [2010], n°16, publiée le 7 juin 2010 ; pour Hélène Piquet, l'accent mis sur la médiation par le Président Wang Shengjun serait plus une réaction contre les modèles juridiques étrangers qui s'inscrirait « dans une logique sino-chinoise et non pas dans le courant, mondial, de la circulation de la médiation », Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », préc., p. 455.

²³⁴⁶ Bien que pour certains juges, cet appel au renforcement de la technique de la médiation dans leur méthode de travail est considéré comme un retour à la méthode du juge *Maxiwu* : Xu Yuan, *op.cit.*, p. 53 ; Stéphanie Balme, *Chine : les visages de la justice ordinaire, op.cit.*, p. 190.

²³⁴⁷ Règles [2003] n°15, art. 14.

²³⁴⁸ V. par exemple, la *Loi sur la médiation arbitrage des contentieux de travail* (中华人民共和国劳动争议调解仲裁法), publiée le 29 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008 ; *Loi sur la protection des intérêts des consommateurs* (中华人民共和国消费者权益保护法), modifiée le 25 octobre 2013, qui autorise, dans son article 37, les associations de consommateurs à être médiateurs ; sur la phase de médiation extrajudiciaire menée par les associations de consommateurs, art. 39 (2).

L'interprétation judiciaire de 2004 vise à éclaircir le régime juridique de la médiation-conciliation judiciaire tel qu'instauré aux articles 93 à 99 de la LPC. En 2006, le nouvel objectif socio-politique de construire une « société harmonieuse²³⁴⁹ » (和谐社会) annoncé par le PCC est parfaitement intégré par la Cour Suprême par l'incitation faite aux juges de recourir à la médiation judiciaire²³⁵⁰. Parmi les vingt-six préconisations destinées aux tribunaux populaires, les juges de Pékin conseillent d'user plus particulièrement de la technique de la conciliation dans les affaires difficiles, impliquant les « intérêts de masse » (涉及群体利益), les procès à multiple parties (人数众多的共同诉讼、集团诉讼案件), les affaires dans lesquelles les parties ont de forts ressentiments l'une envers l'autre (案情复杂, 当事人之间情绪严重对立) ou encore les affaires dans lesquelles la règle de droit applicable n'est pas claire (n°5). L'interprétation en question encourage également les juges à orienter les parties à choisir un médiateur extérieur au tribunal (n°11) ainsi qu'à adapter leur méthode de conciliation aux réalités locales (n°12).

334. L'objectif de « société harmonieuse ». Cet idéal d'harmonie sociale, dans lequel le procès est perçu comme une « maladie à traiter²³⁵¹ », implique un désengorgement des tribunaux. En 2008, la Cour Suprême reconnaît que la saisine d'un Comité de médiation populaire emporte suspension de la prescription de l'action en justice²³⁵², la même année où le législateur français, par la loi du 17 juin 2008²³⁵³,

²³⁴⁹ Ce concept a été mentionné pour la première fois en 2004 au cours de la 4^{ème} assemblée plénière du XVIème Comité central du PCC puis repris formellement en 2006 dans la « Décision du Comité central relative aux nombreuses questions concernant la construction d'une société harmonieuse socialiste » ; la CPS l'a ensuite intégré dans ses lignes directrices et interprétations judiciaires. Sur ce sujet, Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », préc., p. 463 : l'auteur s'inquiète de l'apologie faite de la « société harmonieuse » qui serait le reflet d'une doctrine juridique et sociale axée sur la protection et l'exploitation des caractéristiques chinoises (paradigme local) telles que par exemple l'absence de procès. Dans cette optique le recours à la médiation est instrumentalisé afin de rendre une justice particulariste, substantielle et détournée de l'application de la règle de droit « trop rigide, issue de la justice procédurale » (p. 460).

²³⁵⁰ Opinion [2007] n°9.

²³⁵¹ « 诉讼是有待治愈的病症 » : Carl Minzer, « China's Turn against Law » *American Journal of Comparative Law*, 2011, dans sa version chinoise, « To Turn against Law » (逆法而动), issue du recueil publié par Xu Xin, *op.cit.*, p. 96.

²³⁵² CPS, « Règles relatives à l'application du régime de prescription dans les contentieux civils » (关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定), Interprétation [2008] n°11, du 11 août 2008, art. 14. (权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求, 诉讼时效从提出请求之日起中断).

²³⁵³ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (1), art.1 ; CPC, art. 2238 : « la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription

introduit la suspension de la prescription de l'action en justice si les parties ont recours à un processus amiable²³⁵⁴ de nature conventionnelle. En France cependant, cette avancée doit se comprendre dans la continuité de la jurisprudence qui avait considéré, dès 2003, que l'absence de mise en œuvre d'une clause de conciliation était sanctionnée par une fin de non-recevoir²³⁵⁵. Encadrer la possibilité de retarder la saisine du juge par la seule volonté des justiciables – volonté d'origine contractuelle, par la clause de conciliation, ou d'origine factuelle, par un comportement enclin à la négociation – sans affaiblir l'action en justice, est également le signe d'une contractualisation du procès²³⁵⁶.

En Chine, au contraire, le phénomène constaté est à l'institutionnalisation des MARD, ou, à tout du moins, à leur encadrement. En 2010, année de la création française de la convention de procédure participative²³⁵⁷, la *Loi sur les Comités de médiation populaire* est promulguée en Chine²³⁵⁸. Elle éclaircit le statut de ces comités et de ses membres²³⁵⁹ et détaille dans ses articles 17 à 27 la procédure de médiation : elle peut être le fait d'un ou plusieurs médiateurs choisis ou non par les parties (art. 19), qui ont le pouvoir d'inviter leurs proches, leurs voisins ou toute autre personne expérimentée avec le consentement des parties (art. 20). Les parties ont des droits (comme le choix ou l'acceptation du médiateur désigné, la possibilité de refuser ou de mettre fin au processus de médiation, d'exiger ou non une médiation privée et de parvenir librement à un accord, article 23) ainsi que des devoirs (rapporter fidèlement les faits et respecter le médiateur et les droits de l'autre partie, article 21).

recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ».

²³⁵⁴ V. Rapport Magendie, p. 73 : les auteurs réclamaient quant à eux l'insertion d'une disposition de droit indiquant que les pourparlers relatifs à une médiation permettent d'interrompre le délai de péremption de l'instance.

²³⁵⁵ Ch. Mixte, 14 fév. 2003, *Bull.* 2003, mixte n°1, p.1.

²³⁵⁶ Plus généralement, le développement en lui-même des modes amiables illustre le phénomène de contractualisation du procès : Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 213 n°50 et s.

²³⁵⁷ Article 37 de la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires créant un nouveau titre dans le Code civil aux articles 2062-2068 ; Rapport Guinchard, (p. 23), proposition n°47, pp.168-171, Section III « la procédure participative de négociation assistée par avocat » inspirée du droit nord-américain du droit collaboratif.

²³⁵⁸ *Loi sur la médiation populaire* (中华人民共和国人民调解法), publiée le 28 août 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

²³⁵⁹ *Loi sur la médiation populaire*, art. 16 : les médiateurs doivent recevoir une compensation adaptée pour remédier à la perte du salaire en raison de l'activité de médiateur ; le gouvernement local est responsable de ses frais médicaux en cas d'accident survenant en cours du travail de médiation et, plus étonnant, la loi énonce « que si le médiateur décède en poste, l'État doit secourir et accorder un traitement préférentiel à son épouse et ses enfants ».

En droit français, si les règles relatives aux MARD telles qu'instituées aux articles 1528 et suivants du CPC²³⁶⁰ établissent la possibilité d'y recourir (pour la médiation et la conciliation conventionnelles, l'article 1530 du CPC, donne leur définition), elles ne donnent, en comparaison de la législation chinoise, que très peu de détails quant à leur fonctionnement (à l'exception, peut-être des articles 1537 à 1540 du CPC relatifs à la conciliation menée par un conciliateur de justice). La procédure d'homologation française des accords nés d'une conciliation ou d'une médiation conventionnelle²³⁶¹ est plus formelle que la procédure chinoise, qui prévoit la possibilité d'un simple accord oral (dans ce cas le Comité enregistre l'accord) qui produit des effets à compter du jour de la signature des parties et des médiateurs (article 29, al. 2 de la *Loi sur la médiation populaire*)²³⁶². De manière beaucoup plus surprenante – mais dans la continuité de la logique d'institutionnalisation des traitements amiables – le Comité de médiation populaire a pour rôle de contrôler la bonne exécution de l'accord conclu (art. 31, al.2).

335. La complémentarité des différents modes de résolution des différends.

La publication de cette loi coïncide avec deux nouvelles interprétations de la Cour Suprême visant à coordonner la méthode juridictionnelle et la technique de la médiation²³⁶³ par l'instauration de passerelle entre le tribunal et les organisations sociales de médiation au stade de l'enregistrement de la demande en justice²³⁶⁴ ou une

²³⁶⁰ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, *JORF* n°0019 du 22 janvier 2012, p. 1280, texte n°9 ; complète la transposition de la directive européenne de 2008 et officialise l'acronyme « MARD » pour Modes Amiables de Règlement des *Différends*

²³⁶¹ *Comp. CPC*, art. 1540 (nécessité d'un écrit), art. 1541 (pour la conciliation menée par un conciliateur de justice) art. 1534 (pour la médiation conventionnelle). Sur la procédure d'homologation en détail, V. *Infra* n°373 et s.

²³⁶² Il possède également « force de droit » (具有法律约束力). Ce concept n'est pas clair puisque l'accord, pour être exécutoire, doit bénéficier d'une homologation dans les trois mois suivants sa signature (art. 33) ; pour la doctrine, il y aurait une confusion entre « force de droit » et force contractuelle : Fan Yu (范愉) « Les nombreuses questions résultant de la jonction entre procédure judiciaire et extrajudiciaire » (« 诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题, 以“民事诉讼法”的修改为切入点 »), *Journal of Law Application*, vol. 306, n°9, 2011, pp. 30-34. Pour l'auteur, l'accord de médiation populaire n'a bien qu'une force contractuelle jusqu'à sa potentielle homologation. Elle préconise au contraire que de tels accords puissent bénéficier d'une autorité comparable à celle du jugement ; CPS, « Règles relatives à la procédure de reconnaissance judiciaire des accords issus d'une médiation populaire », (最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定) Règles [2011] n°5, publiée le 21 mars 2011. La procédure d'homologation est gratuite (art. 11).

²³⁶³ CPS, « Opinions sur l'amélioration de l'union conflictuelle des mécanismes judiciaire et extrajudiciaire de résolution des conflits » (关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见), rendues le 24 juillet 2009, Opinions [2009], n°45 ; Opinions [2010], n°16.

²³⁶⁴ Opinions [2010], n°16 : la médiation en phase d'enregistrement pour les affaires dont les faits sont simples et clairs obéit au principe de rapidité et d'efficacité ; son délai est de vingt jours pour une

fois l'affaire enrôlée, par la technique de la délégation²³⁶⁵. La CPS préconise la mise en place de « fenêtres de médiation populaire » (人民调解窗口) au sein des tribunaux et, surtout, le développement de la pratique de la « Grande médiation » (大调解). Le Président de la Cour Suprême de l'époque, Wang Shengjun, est un fervent défenseur de la médiation, judiciaire ou non, en ce qu'elle permettrait d'améliorer la qualité de la décision de justice rendue. Pour lui, la technique de la conciliation judiciaire doit être placée au même niveau que la méthode juridictionnelle : il milite pour la mise en place de conditions « scientifiques » permettant d'établir leur recours respectif²³⁶⁶. Son vice-président, Shen Deyong (沈德咏), a, quant à lui, énuméré une liste de propositions visant à renforcer le recours à la médiation dans les enceintes judiciaires : outre les améliorations à apporter dans la répartition des ressources, dans l'organisation judiciaire et dans la figure même du juge (qui doit être juste, cultivé, proche des citoyens, pragmatique et incorruptible), il préconise l'introduction effective de la médiation à chaque étape du procès (enregistrement, audience, avant le prononcé du jugement, exécution, que ce soit en première ou seconde instance, ou lors d'un recours en révision²³⁶⁷), une meilleure clarification entre la conciliation préalable (avant ou pendant la phase d'enregistrement) et la conciliation pendant l'instance, le recours renforcé à la technique de la délégation et la simplification de l'homologation judiciaire des accords en résultant. Dès 2012, le législateur chinois a ajouté l'article 122 à la *Loi de procédure civile* qui consacre la médiation dite « prioritaire » et a créé une nouvelle section VI (au titre des procédures particulières) spécifique aux demandes d'homologation judiciaire des accords de médiation extrajudiciaire (art. 194 et 195 LPC). En parallèle, plusieurs mécanismes incitatifs, plus ou moins autoritaires, ont été mis en place : pour les justiciables, d'une part, la « Méthode sur les frais de justice », publiée le 1^{er} avril 2007, prévoit dans son article

affaire qui aurait fait l'objet d'une procédure ordinaire et de dix jours si elle avait été orientée vers une procédure simplifiée.

²³⁶⁵ Le temps alors passé dans la tentative de conciliation n'est pas comptabilisé dans la durée du procès, sans pouvoir excéder soixante jours.

²³⁶⁶ Discours de Wang Shengjun lors d'un séminaire tenu par la CPS à Pékin les 28 et 29 juillet 2009 : « Peu importe qu'il s'agisse de médiation ou de jugement, les deux doivent prendre comme point d'appui la résolution effective du conflit. Elles doivent, ensemble, réaliser l'unité organique des résultats sociaux et juridiques. Dans la pratique judiciaire, il faut, scientifiquement, établir les conditions et prémisses de ces deux méthodes applicables au traitement des affaires. Quand la médiation est possible, il ne faut pas hésiter à l'exercer ; quand elle apparaît fondamentalement impossible, il faut juger immédiatement », cité par Xu Yun, « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composants du jugement civil », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 56.

²³⁶⁷ *Ibid.*

15 une réduction des frais de justice de moitié en cas d'accord de médiation trouvé avec l'autre partie ou en cas d'abandon de la demande en justice²³⁶⁸. Pour les juridictions, d'autre part, la Cour Suprême semble exclure la durée des négociations de celle du procès²³⁶⁹. Surtout, l'évaluation annuelle à laquelle sont soumis les tribunaux populaires tient compte, parmi ses nombreux critères, du taux de médiation et du nombre de retrait des demandes en justice (调撤率)²³⁷⁰, faisant peser une vraie pression sur les juges²³⁷¹. À ce titre, le dernier rapport de la Cour Suprême concernant la réglementation de l'activité juridictionnelle prend en compte la satisfaction des justiciables : celle-ci est mesurée par le nombre d'affaires rendues en première instance qui n'ont pas fait l'objet d'un recours, le nombre d'affaires appelées rectifiées ou renvoyées pour être de nouveau jugées et le taux d'exécution des décisions de justice²³⁷². Enfin, dans l'optique de développer des « *modes pluriels de résolution des conflits* »²³⁷³, les mécanismes de délégation sont encadrés de manière

²³⁶⁸ CAE, « Méthode sur le paiement des frais juridictionnels », (诉讼费用交纳办法) entre en vigueur le 1^{er} avril 2007, art. 15 : pour les affaires clôturées par une médiation ou un désistement de la demande, les frais juridictionnels sont baissés de moitié. Cela vaut également pour les affaires traitées via une procédure simplifiée (art. 16).

²³⁶⁹ Interprétation [2004], n°12, art. 6 : « *avant la fin de la période laissée à la défense, le tribunal qui exerce une médiation dispose de 15 jours pour une procédure ordinaire à compter de l'accord des parties et de 7 jours pour une procédure simplifiée ; si les deux parties sont d'accord pour allonger la durée des négociations, la nouvelle durée n'est pas calculée dans la limite de temps juridictionnel* » ; Opinion [2007] n°9, art. 13 : « *lorsque les parties veulent exercer une médiation mais que la durée légale du temps juridictionnel est sur le point d'être atteinte, elles peuvent négocier un allongement de la durée de la médiation. Après vérification du tribunal, le juge en charge de l'affaire en prend acte. Si l'affaire est susceptible d'être résolue par la médiation, mais que les parties ne s'entendent pas sur la durée d'allongement des négociations, le Président de la Chambre peut, après approbation, allonger raisonnablement cette période* ». La durée de conciliation doit-elle être déduite de la durée légale du procès ou au contraire permet-elle de la rallonger ? Han Bao, « Analyse empirique sur la dynamique/logique de médiation dans les tribunaux populaires de base. Un processus judiciaire centré sur la médiation ? » In Xu Xin, *op.cit.*, pp. 359-360.

²³⁷⁰ *Ibid.* Sur la méthode de calcul de ce taux de médiation, http://blog.sina.com.cn/s/blog_656952ec0101nrqv.html [dernière consultation le 1er mai 2016].

²³⁷¹ Hélène Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », préc., p. 467 : « Les cours ont instauré un "système d'encouragement à user de la médiation" qui comporte des répercussions individuelles sur les juges mais aussi sur la cour comme institution – ils consistent en objectifs (*biaozhi*) à atteindre en termes de nombre de cas réglés par médiation ».

²³⁷² En 2013, l'ensemble des juridictions (non exclusivement en matière civile) a jugé un total de 129 470 000 affaires, soit une hausse de 51,33% par rapport à 2006 ; le nombre de jugements rendus en première instance et qui n'ont pas fait l'objet d'une voie de recours a augmenté d'1,34 % ; le nombre d'affaires appelées et rectifiées ou renvoyées a descendu de 1,3% et le taux d'exécution des décisions de justice a augmenté de 21,95%. CPS, *Rapport sur le travail de l'activité judiciaire* (最高人民法院关于人民法院规范司法行为工作情况的报告), présenté le 29 octobre 2014 à l'APN et son Comité Permanent.

²³⁷³ « 多元化纠纷解决机制 », Fan Yu (范愉), « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire » (« 委托调解比较研究 – 兼论先行调解 »), *Tsinghua Law Journal*, vol. 7, n°3, 2013, pp. 57 et s.

très souple afin d'offrir différentes options aux tribunaux populaires qui peuvent dès lors s'adapter aux particularités locales.

B. Le renouvellement inévitable de la notion de justice.

336. Le rapport entre droit et conciliation. En Chine, la base théorique du rapport de la médiation au droit constitue une dialectique qui repose sur la mise en tension entre, d'un côté, la notion d'harmonie (illustrée par la méthode du juge *Maxiwu*, l'absence de procéduralisation, la mise en avant d'une équité substantielle et la recherche de la satisfaction populaire) et, d'un autre côté, un certain idéal de procès (qui correspond plutôt au procès français, avec son formalisme requis garant des droits de la défense, une forte réglementation de l'instance, une justice synonyme de décision de justice, avec un juge neutre et plutôt passif²³⁷⁴). Cette dualité s'exprime sous le nom de « théorie des composantes du procès civil²³⁷⁵ » (民事审判结构论). Ses deux composantes, nécessairement en tension, sont amenées à prédominer l'une sur l'autre au gré des évolutions sociales – trahissant, au passage, une approche matérialiste – ou en tout cas très réaliste – du procès en tant de mode de résolution des différends. Autrement dit, la politique judiciaire chinoise en matière de procès civil repose, au moins officiellement depuis 2007, sur la tension existant entre deux triptyques, d'un côté, « État de droit – développement procédural – jugement » et d'un autre côté « société harmonieuse – résolution des conflits – médiation²³⁷⁶ ».

En France, l'avènement des modes amiables ou alternatifs n'a pas fait l'objet d'un développement en bloc mais, au contraire, est issu de plusieurs réformes successives²³⁷⁷. Le phénomène est analysé davantage dans une optique

²³⁷⁴ Xu Yun, « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composantes du jugement civil », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 58.

²³⁷⁵ *Ibid.*

²³⁷⁶ *Idem*, p. 60.

²³⁷⁷ À ce titre, la lecture du rapport sur la justice au XXI^{ème} siècle, est sans appel pour qualifier l'évolution normative des mécanismes amiables ou alternatifs de résolution des conflits : c'est ainsi un « empilement de textes de qualité parfois médiocre et d'origines diverses, brouillages et frontières entre le juge et ses principaux partenaires », qui traduit une modernisation cadrée de manière managériale pour réduire les coûts, avec une démultiplication des demandes en justice dont le modèle ne permet pas de donner de réponse adéquate et qui entraîne l'insatisfaction des justiciables... (Rapport Delmas-Goyon, p. 30) ; Jean Hauser, « Rapport de synthèse », *In Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), op.cit.*, p. 181 : « Dans son désir [...] de remédier à ses maux traditionnels, la société française, a, ces dernières années, choisi non pas d'opérer de réformes de fond [...] mais à empiler, sans vue d'ensemble, des procédures et moyens supplémentaires censés contourner les difficultés. Très souvent ces nouveaux moyens [...] ne font qu'accentuer l'impression de désordre faute

promotionnelle que dans ses rapports avec le procès, qui en constitue pourtant la limite. En Chine, bien que l'on puisse déplorer la méthode de promotion de la médiation au moyen de slogans politiques, force est de constater que sa théorisation et ses formes d'intégration au corps judiciaire en font un système cohérent, doté de sa propre rationalité. En France, malgré l'évolution législative, la réflexion autour de la médiation et de la conciliation judiciaires n'en est encore qu'à ses débuts ; il est vrai que théoriser un objet que personne ne s'accorde à définir relève d'un certain défi²³⁷⁸. La médiation en est une bonne illustration : est-elle une forme de conciliation²³⁷⁹ comme l'avait affirmé la Cour de cassation avant sa consécration législative en 1995 ou est-elle différente dans sa logique de fonctionnement²³⁸⁰ ? Doit-elle être intégrée « au sein de l'organisation de la juridiction » (à l'instar du modèle chinois ?) comme le suggérait le rapport dirigé par Jean-Claude Magendie²³⁸¹, au risque d'être dénaturée²³⁸² ? Est-elle un pouvoir du juge²³⁸³ ou un droit des parties²³⁸⁴ ? Que dire de

d'une ambition d'ensemble. [...] La médiation, piste très intéressante en elle-même, répond exactement à cette description ».

²³⁷⁸ *Infra* n°338 sur les sens accordés à la médiation et à la conciliation.

²³⁷⁹ Julie-Joly Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires, op.cit.* p. 19 qui conçoit la conciliation comme la catégorie « mère » des autres formes de traitement amiable, y compris la médiation.

²³⁸⁰ Pour la distinction entre médiation et conciliation : Béatrice Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *préc.*, p. 409 ; Catherine Peulvé, « Médiation et conciliation. Des jumeaux... vrai ou faux ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2011, n°179, p. 17 ; *Contra*, Pascal Ancel, Marianne Cottin, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou du médiation », *Rec. D.* 2003, p. 1386 : médiation et conciliation « sont deux termes qui, au fond, désignent exactement la même chose : dans les deux cas, il s'agit d'une activité de règlement non juridictionnelle par laquelle un tiers (qu'on nomme le conciliateur ou médiateur) tente d'amener les parties à un acte transactionnel mettant fin à leur litige » ; Michèle Guillaume-Hofnung (dans le rapport Magendie) : « la preuve des universitaires et non des moindres avec raison tirent des textes les conséquences qui s'imposent : il n'y a pas de différence de nature entre la médiation et la conciliation. Dès lors si la médiation ne se développe pas beaucoup plus que la conciliation c'est peut-être parce que ni les textes, ni les mots et donc les mentalités ne les ont pas suffisamment différenciées » (p. 53).

²³⁸¹ Rapport Magendie, « Recommandations en faveur d'une implantation de la médiation civile dans les juridictions » (1.4), p. 80.

²³⁸² Fabrice Vert, « Le juge et la médiation : un oxymore ? », *préc.*, pp. 13-14. Tout l'enjeu de ces questions est de trouver comment « structurer l'organisation de la médiation judiciaire sans dénaturer le processus par une réglementation excessivement rigide ».

²³⁸³ En faveur d'une conception de la conciliation comme relevant du pouvoir du juge qui n'est pourtant pas le mieux à même de l'exercer... Julie Joly-Hurard, « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *préc.*, p. 928 et s. : « si le juge n'est peut-être pas en effet la personne la mieux placée pour proposer une solution amiable aux parties, en revanche, il est très bien placé pour apprécier concrètement, si le litige dont il est saisi peut faire l'objet d'un règlement amiable » ; *Contra*, Béatrice Gorchs considère que le véritable office du juge est de trancher les litiges en droit (*préc.*, p. 409).

²³⁸⁴ Chantal Arens, « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », *préc.*, p. 2 : « nous assistons à l'émergence d'un droit à la médiation qui participe d'une véritable démocratie procédurale, selon la formule du recteur Guinchard, la médiation remplaçant les individus au cœur leur procès ».

la médiation en tant que voie *d'évitement* du procès²³⁸⁵ ? En outre, si le temps n'est plus à « discourir sur les mérites de la médiation ni à en expliquer les techniques²³⁸⁶ » force est de constater que certains discours en faveur d'une justice souple s'épuisent dans leurs propres arguments. Il n'est en effet pas concevable d'appréhender la conciliation, au sens large, dans une optique gestionnaire : elle ne doit pas être un palliatif au dysfonctionnement de la justice, ni en matière de coûts, ni en terme de délais²³⁸⁷. La seule solution pour y remédier est d'octroyer les moyens adéquats à la justice et c'est aux organes politiques qu'il en revient la responsabilité²³⁸⁸ et, surtout, le courage²³⁸⁹. Toute instrumentalisation des modes amiables²³⁹⁰ conduit à les considérer comme des techniques d'évitement du procès, et donc, d'évitement de la justice. C'est bien cette notion indéfinissable, dont l'appréhension est fonction de l'ère du temps et des lieux, qui doit être repensée en termes de valeur²³⁹¹. Promouvoir

²³⁸⁵ Ce qui pose, évidemment, la question de l'équilibre entre la médiation qui doit amener à une solution équitable et le procès qui garantit l'accès à une solution légale. Sur ce questions, Gaëlle Deharo, « Médiation, une justice équitable et durable ? », *Gaz. Pal.* 22 août 2006, n°234, pp. 2 et s.

²³⁸⁶ Rapport Magendie, Discours d'installation du groupe de médiation de la Cour d'appel de Paris (p. 4).

²³⁸⁷ Cette prise de position semble pourtant définitivement ancrée dans les justifications apportées au soutien de la médiation : Gaëlle Deharo, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? » *Petites affiches*, 13 février 2013, n°31, pp. 3 et s. « Si la justice a, jusqu'alors, été conçue comme relevant d'un ordre juridique imposé et légitimé par l'organe institué pour l'édicter, il semble que la crise de confiance et les turbulences actuelles que traverse le système judiciaire français mettent en exergue un mal plus profond né de l'inadaptation des réponses du système judiciaire aux préoccupations contemporaines des justiciables ».

²³⁸⁸ Rappelons les mouvements sociaux des avocats en novembre 2015 à l'encontre du financement d'un projet de médiation à l'aide du fond destiné à l'aide juridictionnelle ; la médiation est elle-même envisagée comme une mesure politique « de gauche » qui s'accompagne d'une refonte de l'aide juridictionnelle : V. Not. Jean-Baptiste Jacquin, « À Bobigny, on n'a pas le même combat que les avocats », *Le Monde*, 21 oct. 2015. Déjà à la fin des années quatre-vingt dix, au moment où commençait à se faire connaître les MARL, les praticiens n'étaient pas très favorables « au fait que la médiation soit une solution plus rapide et moins onéreuse », Arnaud Gaonac'h, « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *Petites affiches*, 21 juin 1999, n°122, p. 5. « Les avocats font valoir que, par leur intermédiaire, les parties ont déjà tout tenté avant que le demandeur se soit décidé à saisir le tribunal compétent, et la transaction est envisageable en cours de procédure. Ils estiment surtout que la médiation ne fait qu'entraîner des frais supplémentaires » ; Jean Hauser, *op.cit.* pp. 181-188.

²³⁸⁹ Comme l'explique Chantal Arens, en réponse à la décision de la Cour EDH du 26 mars 2015, n°11239/11, *Croatie c/ Momcilovic*, « pour que l'exercice de ce droit [à la médiation] devienne effectif, l'instauration d'une politique publique des modes amiables de résolution des différends est indispensable, les expériences individuelles développées, aussi concluantes soient elles, ayant trouvé leurs limites ».

²³⁹⁰ Jean A. Mirimanoff, « Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? » In Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.*, p. 231.

²³⁹¹ V. également le rapport « La justice au XXIème siècle » et les propos de l'ancienne Garde des sceaux : « l'accès au droit et à la justice n'implique pas nécessairement l'introduction d'une procédure judiciaire » (*JO Sénat, 5 novembre 2015 disponible sur le site du Sénat français*), cité également par Béatrice Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », intervention donnée lors du Colloque organisé à la Cour d'appel de Paris, première chambre, 15 mars 2016,

ou non le développement des modes amiables est un choix qui ne se cantonne pas seulement à encourager une justice de proximité ou à renouer le dialogue social : il s'agit de trouver le juste équilibre entre liberté²³⁹² et sécurité, entre autonomie de la volonté et exigence d'égalité²³⁹³...Un conflit *idéologique* donc, comme l'avait déjà énoncé Jacques Faget dès 1995²³⁹⁴ et comme l'a expérimenté le modèle chinois. Autrement dit, pour reprendre les propos de ce même auteur exprimés pourtant 20 ans plus tard, il s'agit de savoir « comment organiser la transition entre la rationalité juridique traditionnelle et cette nouvelle rationalité normative post-moderne²³⁹⁵ » ?

337. Certains partisans proposent de rendre la médiation obligatoire²³⁹⁶ sans savoir si « l'avenir de la médiation ne devrait pas être dissocié de celui judiciaire²³⁹⁷ » (les juristes eux-mêmes souffriraient d'un déficit de légitimité pour en parler²³⁹⁸, voire pour la pratiquer²³⁹⁹). L'exemple chinois démontre ou du moins laisse entendre, que la question du recours à la médiation ou à d'autres modes amiables est le fruit d'une certaine idéologie basée sur certaines valeurs (comme l'harmonie au détriment des droits fondamentaux individuels) qui peuvent, dorénavant, être rapprochées des valeurs françaises : notre procès équitable conçoit en effet depuis peu, l'existence de préalables de conciliation obligatoire (sanctionné par une fin de

disponible à l'adresse : http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/BGorchsGelzer-Colloque-Conciliation-CAParis-15mars2016.pdf [dernière consultation le 10 mai 2016].

²³⁹² Liberté contractuelle mais surtout liberté individuelle qui constituerait un frein au développement, en France, d'une culture de la communication : Béatrice Blohorn-Brenneur, « Une culture de la communication pour retrouver la paix », *In* Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos. Calin, (dir.) *op.cit.*, p. 31.

²³⁹³ Natalie Fricero, « L'état du droit positif de la médiation judiciaire », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 5.

²³⁹⁴ Jacques Faget, « La double vie de la médiation », préc., pp. 25-38.

²³⁹⁵ Jacques Faget, « L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 4 ; une rationalité normative qui doit se comprendre dans les pays européens comme un « individualisme normatif » Ivan Verougstraete, « La médiation : une mode ou un avenir ? », *In* Béatrice Blohorn-Brenneur, D. Calin, (dir.), *op.cit.*, p. 352.

²³⁹⁶ Selon les propos recueillis du premier Président de la Cour d'appel de Bordeaux, M. Dominique Ferrière, cité dans « La médiation obligatoire avance dans l'esprit des premiers présidents des cours d'appel », publié le 4 mars 2015, disponible à l'adresse : <http://www.village-justice.com/articles/mediation-obligatoire-avance-dans,19087.html> ; pour un panel des droits européens qui consacrent ou tendent à consacrer la médiation obligatoire, Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.*, p. 247 (Union Européenne), p. 255 (Italie).

²³⁹⁷ *Ibid.*

²³⁹⁸ Rapport Magendie, p. 52 (Michèle Guillaume-Hofnung) ; sur la crise de légitimité qui touche les acteurs judiciaires et notamment le juge qui s'efface dans des matières telle que le divorce, Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, *op.cit.*, not. pp. 99-108, « le régime juridique de la médiation », p. 102.

²³⁹⁹ Jacques Faget, « L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité », préc., p. 4.

non-recevoir de l'action en justice) d'origine législative²⁴⁰⁰. L'opportunité de se référer au modèle chinois se justifie surtout par le fait que le Chine a déjà, au moins sur le terrain de la médiation, une certaine longueur d'avance : lorsque des auteurs proposent d'institutionnaliser la médiation judiciaire ou de mettre en place « des objectifs fixés aux juridictions en matière de médiation et de conciliation, en leur attribuant les moyens adaptés avec une évaluation des résultats²⁴⁰¹ », d'instaurer des Chambres pilotes de conciliation ou des formations spécialisées sur certains des modes amiables²⁴⁰² ; lorsque, enfin, les réformateurs eux-mêmes veulent placer l'intervention du juge en dernier recours et créer une phase d'orientation préalable de l'affaire²⁴⁰³, l'analyse du système chinois devient opportune en ce qu'il connaît ces pratiques depuis quelques temps déjà²⁴⁰⁴.

Section II. Le degré d'intégration des modes amiables de traitement des différends dans l'activité judiciaire.

338. La distinction médiation/conciliation. En France, le pouvoir de concilier fait partie, originellement, de l'office du juge. Nous avons vu comment la jurisprudence, en se basant sur ce pouvoir, a fait évoluer la notion de conciliation et a permis le développement d'une médiation en tant que manifestation du pouvoir de

²⁴⁰⁰ CEDH, 26 mars 2015, n°11239/11, *Croatie c/ Momcilovic*, la Cour EDH reconnaît que le préalable de médiation obligatoire n'était pas contraire à l'exigence de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

²⁴⁰¹ Chantal Arens, « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 3.

²⁴⁰² *Ibid.*

²⁴⁰³ Rapport Delmas-Goyon ; Béatrice Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », préc. [en ligne].

²⁴⁰⁴ La Chine elle-même se serait inspirée des pratiques françaises : pour Xu Xin, « *le régime de conciliation français a été une source importante d'inspiration à la Chine dans plusieurs domaines : la promotion de la réforme de la conciliation judiciaire déléguée (推进法院委托调解改革), la clarification des relations entre médiation et politique (理清调解与政治的关系), avec notamment la diminution des interférences politiques dans le domaine de la médiation* »... In Xu Xin, *op.cit.*, p. 4 ; Zhou Jianhua (周建华), « La médiation française : comparaison et exemple » (« 法国的调解：比较与借鉴 »), *idem*, pp. 210-219 ; l'intérêt des Chinois pour le régime de conciliation française avait d'ailleurs conduit à une rencontre franco-chinoise avec la *China Law Society* et le concours de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et du Conseil supérieur du notariat. Cette rencontre a fait l'objet d'un forum sur la médiation organisé par la Société de législation comparée et dont les actes ont été publiés en 2009 (Soraya Amrani-Mekki, Loïc Cadiet, Yves Charpenal *et al.*, *La médiation, op.cit.*).

conciliation²⁴⁰⁵, consacrée par la suite par le législateur²⁴⁰⁶. La conciliation française se distingue de la médiation par la finalité du processus²⁴⁰⁷, par le coût pour le justiciable²⁴⁰⁸, le degré d'ingérence du tiers dans la résolution de l'affaire²⁴⁰⁹ – un critère qui est loin de faire l'unanimité – mais surtout par le fait que le juge conciliateur ne peut être un juge médiateur²⁴¹⁰. Cette distinction n'est pas connue en

²⁴⁰⁵ Civ. 2^e, 16 juin 1993, *JCP G* 1993 I, 3723, n°3.

²⁴⁰⁶ Loi du 8 février 1995, art. 21 ; dans le domaine des MARD, CPC, art. 1530.

²⁴⁰⁷ Rapport Magendie Thony, « Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice », avril 2010, (Rapport Magendie Thony), p. 20 : la médiation tendrait véritablement à rétablir un dialogue, à dépasser la simple recherche d'une solution pour créer un espace de liberté pour les justiciables ; inversement la conciliation serait un processus de résolution du conflit.

²⁴⁰⁸ La conciliation est gratuite là où la médiation est payante.

²⁴⁰⁹ Civ. 2^e, 16 juin 1993, *JCP G* 1993 I, 3723, n°3 : « La médiation dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur est une modalité d'application de l'article 21 du NCPC » ; Julie Joly-Hurard conçoit la médiation comme une modalité d'exécution du pouvoir conciliateur du juge ; *Contra*, B. Gorchs, (« La médiation dans le procès civil : sens et contresens »), préc., p. 409 et s., pour qui « la médiation n'est pas une espèce de conciliation » : elles n'ont pas le même but car sinon comment expliquer qu'un juge conciliateur ne puisse être médiateur ? Seul le champ d'action de ces procédures les différencie : « le conciliateur travaille sur le litige, le médiateur sur le conflit » ; Pascale Idoux, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », *In* Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, p. 35 ; Sur la mission de conciliation : décret 20 mars 1978, art. 1^{er} : « le conciliateur de justice a pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition » ; Cass. Soc. 28 mars 2000, n°97-4219 ; Soc. 5 décembre 2007, n°96-40634 : « la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant notamment vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs » ; sur le rôle du médiateur, *Bulletin Cour de cassation*, (hors série) « La médiation », établi avec le concours du GEMME, disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html [dernière consultation le 1er mai 2016], qui définit le rôle du médiateur : « la mission du médiateur est de rétablir la communication entre les parties, grâce à l'écoute et à la compréhension réciproques. Le médiateur n'impose ni ne propose de solutions. Les personnes élaborent elles-mêmes leur accord » ; Rapport Magendie Thony (2010) : la différence fondamentale réside dans le coût pour le justiciable (p. 21) ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 1665, n°2444 qui adopte le critère économique et personnel pour distinguer la conciliation judiciaire de la médiation ; Décret du 26 avril 2016 n°2016-514, *JORF* n°01100 du 28 avril 2016, art. 19-20 : la durée de la conciliation est alignée sur celle de la médiation (soit trois mois renouvelables une fois) ainsi que le régime de l'homologation des constats d'accords issus d'une conciliation judiciaire menée par un conciliateur de justice et d'une médiation judiciaire ; ces modifications s'inscrivent dans la réforme sur la justice au XXI^e siècle et tendent, vraisemblablement, à nuancer ce que certains auteurs nomment « la spécificité française » que constitue la conciliation déléguée : Béatrice Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les tribunaux », préc. [en ligne].

²⁴¹⁰ Ce modèle est celui de la France contrairement à celui proposé par la Hongrie, le Québec ou encore la Chine. V. not. Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin (dir.), *op.cit.*, p. 130. Le droit allemand tolérait la médiation judiciaire (bien que celle-ci ne soit pas réglementée) avant la transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La loi allemande de transposition du 21 juillet 2012 tend au contraire, à rapprocher les visions françaises et allemandes en ce qu'elle conçoit la médiation comme « un processus faisant intervenir un tiers non juge ». Frédérique Ferrand, « La transposition en droit français et en droit allemand de la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en

Chine, qui recouvre sous un même terme (调解 *tiaojie*), la conciliation et la médiation. La médiation judiciaire chinoise est conçue comme une technique complémentaire à celle juridictionnelle : son intégration au procès est facilitée par les conditions de sa mise en œuvre posées par le législateur (§ 1). Le principal problème réside dans la personne du médiateur : en Chine, la juge qui ordonne une médiation ou conciliation judiciaire est également celui qui la préside et, en cas d'échec, c'est à lui que revient l'affaire pour être jugée. Les critiques suscitées par ce modèle, combinées à la volonté de renforcer le recours à la médiation, ont conduit le législateur à ériger une sorte de préalable de conciliation ; cette tentative de mise en place d'un « amont du juge » doit, à ce titre, être rapprochée des récents développements en droit français (§ 2).

§1. Les conditions de mise en œuvre d'une médiation et/ou conciliation judiciaire.

339. En France et en Chine, plusieurs critères permettent au juge d'ordonner le recours à conciliation ou une médiation. Parmi eux, certains sont d'ordre objectif, au sens où ils sont consacrés par la loi afin d'en délimiter les frontières d'application : ce sont les critères d'admissibilité d'une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire (A). L'opportunité de prononcer de telles mesures est ensuite évaluée de manière subjective puisque laissée, en grande partie, à l'appréciation du juge : ce sont les critères de leurs admissions (B).

A. Les critères d'admissibilité d'un processus amiable.

340. Délimitation substantielle. En France, certaines matières de droit substantiel sont exclues d'une mesure de conciliation ou de médiation en raison de leur objet, telles que les matières dans lesquelles les parties ne disposent pas pleinement de leurs droits²⁴¹¹ (par exemple, dans le domaine civil, les actions relatives

matière civile et commerciale – considérations comparatives », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, pp. 350-354, n°14-16.

²⁴¹¹ En matière de transaction : Code civil, art. 2045, al. 1^{er} : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction » ; d'arbitrage : Code civil, articles 2059 : « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » et 2060, al. 1^{er} : « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au

à l'état civil et à la filiation²⁴¹²). Cette première limitation peut être rapprochée des règles énoncées par la Cour Suprême chinoise qui excluent du domaine de la conciliation judiciaire les affaires dans lesquelles les parties demandent la reconnaissance judiciaire d'une relation de fait ou de droit²⁴¹³. Ces actions comprennent plus précisément les actions en reconnaissance d'une relation personnelle (确认身份关系), en reconnaissance d'une relation de filiation adoptive (确认收养关系) et en reconnaissance d'une relation maritale (确认婚姻关系). Cela inclut, par exemple, les demandes en annulation ou en reconnaissance des liens du mariage²⁴¹⁴. Ces actions ne doivent pas être confondues avec le contentieux du divorce qui, au contraire, constitue la matière de prédilection en matière de médiation, qu'il s'agisse de la France²⁴¹⁵ ou de la Chine²⁴¹⁶. En outre, certains magistrats chinois

divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». En revanche, la médiation est devenue de principe en matière familiale ; l'existence d'une règle d'ordre public n'empêche pas en soi la conclusion d'un accord comme le laisse entendre l'article 6 du Code civil, mais en conditionne simplement son contenu. V. Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 1650, n°2422 : cette délimitation du domaine de résolution conventionnelle aux matières dans lesquelles les parties disposent librement de leur droit contribuerait à la mixité du modèle français en matière de MARD, modèle qui reconnaît la légitimité de la justice « privée » tout en l'encadrant.

²⁴¹² V. À ce titre le projet de loi de programmation de la justice (2018-2022), art. 5, qui propose de confier aux notaires les actes de notoriété constatant la possession d'état en matière de filiation.

²⁴¹³ Interprétation [2004], n°12 ; Sun Guoming (孙国鸣) et Huang Haitao (黄海涛), « Recherches comparées sur les domaines exclus de la médiation » (« 排除调解事项之比较研究 »), *In Le recours à la médiation dans le système judiciaire contemporain. Collection des travaux du premier forum judiciaire bilatéral avec Hong Kong et Macao*, (现代司法制度下调解之应用 : 首届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛论文集), forum du 1^{er} septembre 2011, Renmin shubanshe, 2012, p. 290, disponible à l'adresse : <http://s.wanfangdata.com.cn/Paper.aspx?q=会议名称%3a%22 首届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛%22&p=1> [dernière consultation le 1^{er} mai 2016].

²⁴¹⁴ Règle [2004] n° 12, art. 2 al. 2 : « 对于由可能通过调解解决的民事案件, 人民法院应当调解。但适用特别程序, 督促程序 [...] 的案件, 婚姻关系, 身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件, 人民法院不予调解 » ; CPS, « Nombreuses questions sur l'application de la loi du mariage (1) », Interprétation [2001], n°30, entrée en vigueur le 25 déc. 2001, art. 9 : le tribunal qui traite d'une demande de reconnaissance de nullité du mariage ne peut procéder à une médiation (« 民法院审理宣告婚姻无效案件, 对婚姻效力的审理不适用调解, 应当依法作出判决 ; 有关婚姻效力的判决一经作出, 即发生法律效力 »). Les questions de partage matrimonial et de garde d'enfant peuvent faire l'objet d'une médiation et, en cas d'échec, d'un jugement (« 涉及财产分割和子女抚养的, 可以调解。调解达成协议的, 另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的, 当事人可以上诉 »).

²⁴¹⁵ C'est par la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles que la médiation imposée par le législateur a vu le jour en ce domaine. Elle prévoyait la mise en place, par dérogation à l'article 373-2-13 du Code civil et à titre expérimental pour trois ans pour les TGI désignés par arrêté, du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée. L'application du nouveau texte reposait tout entier sur le pouvoir de sanction donné au juge aux affaires familiales, puisqu'en l'absence de médiation, ce juge pouvait opposer une fin de non-recevoir (Élodie Mulon, La forme et force des accords en matière

considèrent que ces actions en reconnaissance, insusceptibles de médiation, devraient inclure également les demandes en reconnaissance des effets d'un contrat²⁴¹⁷ : ces affaires ne seraient pas propices à une médiation « intrajudiciaire » mais extrajudiciaire²⁴¹⁸. La Cour Suprême chinoise a précisé le domaine des affaires inappropriées à un traitement amiable : ainsi en est-il des demandes en injonction de payer (créance certaine) accompagnées d'une amende ou des affaires civiles dans lesquelles le comportement ou l'acte gravement illégal nécessite une sanction économique (经济制裁). Par ailleurs, qu'il s'agisse de la France ou de la Chine, la conciliation doit respecter l'ordre public, ce qui se traduit en Chine par l'absence de violation des intérêts de l'État, des intérêts sociaux et publics et des intérêts des tiers²⁴¹⁹.

À l'inverse, les législateurs français et chinois ont renforcé le recours à la conciliation dans certaines matières ou certaines procédures. En France comme en Chine, le recours à un mode alternatif de résolution des différends préalable à l'instance contentieuse est exigé en matière prud'homale²⁴²⁰ et dans les contentieux

familiale, *Gaz. Pal.* 19 nov. 2011, n° 323, p. 10). Depuis, l'article 7 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 a reconduit pour trois ans ce dispositif dans certaines juridictions, établies par arrêté du 16 mars 2017 ; V. Également, l'article 6 du projet de loi de programmation de la justice (2018-2022) qui propose d'expérimenter la déjudiciarisation des contentieux relatifs à la révision des pensions alimentaires.

²⁴¹⁶ Sun Guoming (孙国鸣) et Huang Haitao (黄海涛), *op.cit.*, p. 298 ; *Loi sur la famille*, art. 32 ; Opinions [1992] n°22, n°92: « [...] 人民法院审理离婚案件, 应当进行调解, 但不应久调不决 » ; en Chine, la médiation est obligatoire en matière de divorce (« 必须经过调解 »), V. Règles [2003] n°15 (art. 10 (1)) : « 下列民事案件, 人民法院在开庭审理时应当先行调解: (1) 婚姻家庭纠纷 » ; V. Notamment les explications données par la Cour intermédiaire de Suzhou pour distinguer les affaires de famille susceptibles de faire l'objet d'une médiation ou non (art. 4) : <http://blog.wendu.cn/space-16759096-do-blog-id-473971.html> [dernière consultation le 15 avril 2016].

²⁴¹⁷ Article disponible sur le site du tribunal du He Feng : « Réflexion sur la possibilité de procéder à une médiation pour conclure une affaire de demande en reconnaissance des effets contractuels », (关于确认合同效力案件能否调解结案问题的思考), <http://hffy.hfweb.cn/ShowArticle.asp?ArticleID=98851> [dernière consultation le 8 mai 2016].

²⁴¹⁸ *Ibid.* « 即确认合同效力纠纷案件一般不宜调解结案, 普遍做法为引导当事人庭外达成新的协议以取代争议的协议, 然后由原告申请撤诉 ».

²⁴¹⁹ Interprétation [2002] n°29 (en matière d'accord de médiation issu d'une médiation populaire), art. 4.

²⁴²⁰ Code du travail, art. L. 411-1. ; Chine : *Loi sur le travail* (中华人民共和国劳动法), entrée en vigueur le 1er janvier 1995, art. 77 : en cas de conflit de travail, les parties peuvent solliciter une médiation, un arbitrage ou ouvrir des négociations. L'article 79 rend facultatif le recours à la médiation mais obligatoire le recours à l'arbitrage ; ce n'est que lorsqu'une partie refuse la décision de l'arbitre qu'elle peut saisir les juridictions dans les 15 jours suivants son prononcé (art. 83) ; V. également la *Loi sur la médiation et l'arbitrage des conflits de travail* (中华人民共和国劳动争议调解仲裁法), entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008.

du divorce²⁴²¹. La France l'impose également en matière de saisie sur rémunération²⁴²² et de partage judiciaire²⁴²³.

341. Délimitations procédurales. Des dispositions d'ordre processuel viennent également encadrer le recours à une conciliation. En France, cet encadrement concerne notamment les procédures applicables devant les tribunaux d'instance, dont la particularité principale provient de la faible valeur du litige. À ce titre, cette phase de conciliation française spécifique aux tribunaux d'instance (et aux anciennes juridictions de proximité) renforcée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁴²⁴ doit être rapprochée de celle imposée en Chine en matière de procédure simplifiée telle que règlementée aux articles 157 à 163 de la LPC.

En Chine, la procédure dite simplifiée (简易程序) cohabite avec la procédure ordinaire de première instance²⁴²⁵. Elle concerne les affaires « simples » *i.e.* dans lesquelles les faits et la relation juridique sont clairement établis et le conflit peu

²⁴²¹ Autre que par consentement mutuel : Code civil, art. 252, 252-1, 252-2, 252-3 (incitation au règlement amiable par le juge), 252-4 (confidentialité des échanges) ; pendant cette audience de conciliation, le juge peut proposer aux parties ou les enjoindre de rencontrer un médiateur familial (art. 255 1°, 2°, 10° (notaire), V. CPC, art. 1108 et s. ; CPC, art. 1071 (rappel de la mission de conciliation du JAF et des prérogatives qui lui sont attribuées en la matière : proposer une mesure de médiation voire enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial). Pour la Chine : *Loi sur le mariage* (中华人民共和国婚姻法), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981, modifiée par la décision de l'APN du 28 avril 2001, art. 32. Le droit du travail et le droit de la famille sont considérés par le droit communautaire comme des matières « touchant en général des droits et obligations indisponibles » qui seraient insusceptibles de médiation transfrontalière : Frédérique Ferrand, « La transposition en droit français et en droit allemand de la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale – considérations comparatives », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, op.cit.*, pp. 344-245, n°6, au sujet de la directive du 21 mai 2008, cons. 10.

²⁴²² En matière de saisie sur rémunération : Code du travail, art. R3252-11 (compétence juge d'instance qui exerce les pouvoirs du JEX) à R 3252- 19 ; R 3252-12 : la procédure de saisie des sommes dues à titre de rémunération est précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation en chambre du conseil ; R 3252-17 (conciliation judiciaire au jour de l'audience).

²⁴²³ CPC, art. 1360 (irrecevabilité d'une assignation en partage qui ne mentionne pas, entre autres, les diligences entreprises en vue d'un partage amiable).

²⁴²⁴ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 4 : la sanction de l'absence de recours au préalable de conciliation avant la saisine du tribunal d'instance est l'irrecevabilité de la saisine, qui peut être prononcée d'office par le juge. Bien que le projet de loi de programmation de la justice (2018-2022) prévoit la disparition des tribunaux d'instance, son article 1 propose que le préalable de conciliation obligatoire soit transféré devant les TGI dans certaines matières et *en deça d'un certain montant* fixé par décret ; V. la nouvelle écriture de l'art. 4 de la loi du 18 novembre 2016 précitée.

²⁴²⁵ Il n'y a pas de juridiction spécifique chargée de traiter des affaires en procédure simplifiée, qui peut être demandée par les parties (si leur affaire n'est pas éligible selon les conditions légales à une procédure simplifiée) : LPC, art. 157, al. 2 ; inversement, si en cours d'instance, le juge découvre que l'affaire n'est pas adaptée à une procédure simplifiée, il peut ordonner son traitement selon la procédure ordinaire (LPC, art. 163).

intense²⁴²⁶. Cette procédure peut être orale²⁴²⁷ et le juge doit conclure dans les trois mois suivant l'enregistrement de la demande (LPC, art. 161). Lorsque le montant de l'affaire n'est pas élevé – soit en dessous du tiers de revenu moyen de la localité concernée (LPC, art. 162) – la décision est rendue en premier et dernier ressort²⁴²⁸. La loi chinoise ne mentionne pas le recours à la médiation ou à la conciliation dans le cadre de cette procédure ; c'est la Cour Suprême, dans un avis rendu en 2003²⁴²⁹ qui affirme le principe de « médiation prioritaire » (préalable en tout cas à l'exercice du pouvoir juridictionnel, 先行调解) dans six catégories d'affaires : en matière de mariage et de succession, dans les contentieux portant sur les contrats de travail, les demandes en réparation à la suite d'un accident de la circulation, d'un accident de travail non contesté, les conflits de voisinage et ceux portant sur les terres constructibles rurales destinées au logement, les litiges relatifs aux accords de partenariat (合伙协议) et les contentieux de faible montant²⁴³⁰. Ces critères constituent une simple indication pour le juge qui, selon la nature et les circonstances concrètes de l'affaire, peut refuser d'engager une mesure de médiation si elle n'est pas possible ou tout simplement inutile. Sa logique ne diffère pas du préalable de conciliation français devant les tribunaux d'instance²⁴³¹ et les juridictions de proximité tel qu'institué par la loi française²⁴³². Dans les deux cas, le caractère

²⁴²⁶ LPC, art. 157.

²⁴²⁷ *Comp.* avec la France, CPC, art. 846.

²⁴²⁸ *Comp.* avec la France, Code de l'organisation judiciaire (COJ), art. L. 231-3, al. 1^{er}, R 231-3, al. 1^{er}, à l'exception des « des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros » (L 231-3, al. 2).

²⁴²⁹ Règles [2003] n°15.

²⁴³⁰ Règles [2003] n°15, art. 14. (« 第十四条：下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外 »).

²⁴³¹ Sous réserve des dispositions législatives et réglementaires fixant une compétence particulière d'autres juridictions, COJ, art. L 221-4 (compétence matérielle pour les actions personnelles ou mobilières ou les demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant est inférieur à 10 000 euros).

²⁴³² CPC, art. 829 et s. : le recours à la tentative préalable de conciliation concerne, *au moins jusqu'en 2018*, toute affaire portée devant le tribunal par assignation à toutes fins (CPC, art. 845, 128 à 129-1, 129-2, 130 et 131) ; lorsque la demande est à seule fin de conciliation (CPC, art. 832) ; lorsque le juge délègue sa mission de conciliation en vertu de l'article 832 du CPC, l'article 129-2 du CPC ne tendrait pas à s'appliquer : « le nouvel article 129-2 n'est cependant pas adapté à la conciliation déléguée en cas de saisine aux seules fins de conciliation puisqu'il évoque le rappel de l'affaire à une audience » (donc en théorie il n'y pas de limitation de la durée de la mission de conciliation). C'est en tout cas l'interprétation donnée des magistrats qui ont publié le « Guide de la conciliation devant le tribunal d'instance » à l'usage des conciliateurs, préc., p. 8 [en ligne] ; la conciliation est donc de principe devant ces juridictions : CPC, art. 845 tel que modifié par l'article 5 du décret 2015-282 du 11 mars 2015.

simplifié de la procédure lié à la nature de l'affaire présentée détermine le recours à un traitement amiable du litige. En France, en 2014, 6 104 affaires présentées devant un tribunal d'instance se sont conclues – hors référés – par une conciliation des parties sur un total de 548 243 affaires²⁴³³. Cette proportion est manifestement peu élevée (1,11%) compte tenu des efforts du législateur pour renforcer le recours à la conciliation préalablement au procès (CPC, art. 830 et s.) ou tout au long de l'instance (CPC, art. 845)²⁴³⁴. Devant le TGI, la proportion d'affaires terminées par conciliation des parties est de 2,74% au cours de la même année (soit 22 807 affaires sur un total de 833 345).

Inversement, des limites d'ordre procédural excluent le recours à la conciliation judiciaire de la mission du juge chinois. Ces exclusions concernent toutes les procédures particulières telles que détaillées aux articles 177 à 197, la procédure des articles 214 à 217, 218 à 223 de la *Loi de procédure civile* ainsi que la procédure de liquidation judiciaire. Une des raisons invoquées en doctrine – qui, au passage, serait également valable en Allemagne – concerne le but de ces procédures : elles ne tendent pas à résoudre un contentieux²⁴³⁵. Pour Sun Guoming et Huang Haitao, l'intérêt de la conciliation judiciaire est directement lié à l'existence d'un conflit ; or les procédures dites particulières ont été aménagées principalement dans un but de sécurisation d'une situation juridique, qu'il s'agisse de la reconnaissance ou non d'une incapacité civile, d'une *res nullus*, ou d'une déclaration de disparition. Hormis les spécificités des procédures particulières, la médiation reste possible à tout moment du procès civil, en première et seconde instance²⁴³⁶, lors d'un recours en révision²⁴³⁷ et pendant la phase d'exécution.

342. Ainsi, à l'exception de la procédure simplifiée chinoise qui instaure des préalables de conciliation obligatoires – ou en tout cas, fortement recommandés par la Cour Suprême – dans certaines matières, la procédure de médiation judiciaire

²⁴³³ Ministère de la Justice, activité civile des tribunaux d'instance, données détaillées sur cumul de la France entière. Consulté le 1^{er} avril 2016.

²⁴³⁴ Jacques Poumarede, « La conciliation, la mal-aimée des juges », préc. [version numérique].

²⁴³⁵ Feng Yujun, Peng Xiaolong, préc., pp. 12-13 : les auteurs usent de l'expression « *non-litigious procedures* » (非诉程序) ; bien qu'elle ne soit pas une notion juridique, cette procédure, se rapproche de la procédure gracieuse française (CPC, art. 25 et s.) et aurait vocation à s'appliquer dans les affaires non sujet à controverse (*non-controversial cases*).

²⁴³⁶ LPC, art. 93 (sur le principe général du recours à la médiation) ; art. 133 (2) (sur la tentative de médiation avant l'ouverture de l'audience) ; art. 142 (sur la tentative de médiation après la clôture des débats et avant le prononcé de la décision de justice) ; art. 172 (sur la médiation en appel).

²⁴³⁷ Interprétation [2004] n°12, art. 1. En outre, les accords de médiation sont susceptibles d'un recours en révision : LPC, art. 198.

chinoise en matière civile est encadrée par des limites pouvant se comprendre comme des règles d'admissibilité. La coordination du droit procédural (comme l'exclusion des procédures dites particulières) et du droit substantiel (exclusion de certaines prétentions juridiques) permet de dégager les affaires dans lesquelles existe un *conflit*. À première vue, cet encadrement paraît plus restrictif que celui envisagé en France puisque le droit français ne contient aucune règle d'exclusion du recours à la conciliation dans les procédures civiles de droit commun en dehors des matières où les droits sont indisponibles et sous réserve de respecter les règles d'ordre public. Néanmoins, tout conflit n'est pas susceptible d'être résolu par une conciliation et il appartient au juge d'apprécier l'opportunité du recours à une telle mesure, que ce soit en France ou en Chine. Or, à ce stade, la pratique démontre que les juges chinois sont beaucoup plus enclins que les juges français à mettre de côté leur pouvoir juridictionnel pour tenter un règlement amiable. Cet « engouement » pour la conciliation n'est pas uniquement le produit d'une culture juridique que l'imaginaire collectif considère comme propice à la conciliation. Le législateur, aidé par les juges de la Cour Suprême, a en effet établi des critères incitatifs qui permettent au juge chinois d'apprécier l'opportunité d'une mesure de conciliation.

B. Les critères d'admission d'une mesure de conciliation judiciaire.

343. L'opportunité d'une mesure amiable. La règle de l'article 93 de la *Loi de procédure civile* chinoise énonce : « *les tribunaux populaires [qui] traitent des affaires civiles procèdent à une médiation selon le principe de consentement des parties et sur la base de faits clairs, non équivoques*²⁴³⁸ ». Cette règle de droit est la seule d'origine législative dans l'ensemble de la procédure civile chinoise à conditionner l'admission d'une mesure de règlement amiable des conflits. L'article 93 de la LPC chinoise doit être rapproché des articles 128 et 129, alinéa premier, du CPC français qui laissent au juge l'initiative de la conciliation tout au long de l'instance, au lieu et moment qu'il estime favorables, sachant que cela ne vaut que pour la conciliation judiciaire menée directement par le juge. Lorsque ce dernier estime une mesure de médiation judiciaire plus opportune, il doit recevoir l'accord des parties

²⁴³⁸ LPC, art. 93.

pour désigner un médiateur²⁴³⁹. Et, dans le cas d'une conciliation judiciaire déléguée²⁴⁴⁰, celle-ci ne peut être ordonnée que dans les cas prévus par la loi²⁴⁴¹, étant entendu que le juge ne peut ordonner aux parties que la rencontre avec un conciliateur de justice²⁴⁴². En Chine, le juge, seul ou en formation collégiale²⁴⁴³, peut inviter toute personne qu'il estime apte à aider à résoudre le conflit²⁴⁴⁴ à l'assister dans le processus de médiation (et non à assister les parties) ou, s'il estime plus opportun, déléguer sa mission de conciliation avec l'accord des parties²⁴⁴⁵.

Les deux conditions imposées à l'article 93 de la LPC façonnent, d'une certaine manière, la liberté d'appréciation accordée au juge chinois sur l'opportunité ou non de recourir à mesure de médiation ou de conciliation judiciaire. Elles doivent, selon nous, s'analyser comme des règles d'admission de l'affaire en médiation. Le conflit ne sera susceptible d'être résolu amiablement qu'avec le consentement des parties, d'une part, et lorsque les faits seront suffisamment établis, d'autre part.

1. Le consentement des parties.

344. Une exigence de principe. Le consentement des parties, en tant que condition préalable à la mise en place d'une mesure de conciliation ou de médiation judiciaire est, actuellement, largement admis par la loi et en doctrine, aussi bien française que chinoise. En Chine, la condition du consentement des parties est relativement récente par rapport à l'existence du régime de médiation judiciaire²⁴⁴⁶ et est rappelée régulièrement par la Cour Suprême²⁴⁴⁷. Cette condition n'est cependant

²⁴³⁹ CPC, art. 131-1.

²⁴⁴⁰ Pour le tribunal d'instance (et l'ancien juge de proximité), CPC, art. 831 et s. ; délégation possible depuis le décret du 28 décembre 1998 (TI) et la loi du 9 septembre 2002 (ancienne juridiction de proximité); pour le tribunal de commerce, CPC, art. 860-2 ; pour le tribunal paritaire des baux ruraux, art. 887.

²⁴⁴¹ CPC, art. 129-2 : « en vertu d'une disposition particulière ».

²⁴⁴² CPC, art. 129, al. 2 (pour les cas de tentative préalable de conciliation).

²⁴⁴³ LPC, art. 94.

²⁴⁴⁴ LPC, art. 95 ; Règles [2004] n°12, art. 3 : ces personnes incluent tout individu ayant un lien particulier avec les parties en conflit, qu'il s'agisse de proches, de voisins, de groupements sociaux, d'unités de travail, d'individus ayant des connaissances spécialisées ou une expérience particulière.

²⁴⁴⁵ Règles [2004] n°12, art. 3, al. 2.

²⁴⁴⁶ Elle a été consacrée en 1991 alors que le régime de médiation conciliaire existe, au moins dans sa forme contemporaine, depuis la période révolutionnaire.

²⁴⁴⁷ Opinion [1992] n°22, art. 91, 92 ; Interprétation [2004], n°12, art. 1 : cet article précise cependant que les tribunaux doivent rechercher l'accord des parties pour procéder à une médiation avant la fin des débats, alors que l'article n'impose pas cette condition lorsque le tribunal exerce une médiation après la fin des débats et avant le prononcé du jugement.

pas absolue en matière de conciliation déléguée, qu'elle soit ordonnée avant²⁴⁴⁸ ou après²⁴⁴⁹ l'enregistrement de la demande²⁴⁵⁰.

En France, l'accord des parties n'est plus une condition pour la tentative de conciliation déléguée ordonnée par le juge d'instance²⁴⁵¹, le tribunal de commerce²⁴⁵² ou le tribunal paritaire des baux ruraux²⁴⁵³ ; le conciliateur peut lui-même décider, sans recueillir l'accord des parties, de renouveler sa mission²⁴⁵⁴. L'absence de consentement des parties à une conciliation judiciaire déléguée pourrait s'expliquer par son usage restreint puisqu'elle ne peut être ordonnée qu'« en vertu d'une disposition particulière²⁴⁵⁵ », soit dans les cas de conciliation prévus par la loi (tribunal d'instance, tribunal de commerce ou encore tribunal paritaire des baux ruraux). Cependant, la modification des articles 56 et 58 du CPC par le décret du 11 mars 2015 s'est accompagnée de la réécriture de son article 127 qui dispose que dans le cas où les parties ne justifient pas des « diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable » le juge peut ordonner une mesure de conciliation ou de médiation²⁴⁵⁶. Cet article doit, semble-t-il, être interprété comme une disposition spécifique qui permettrait au juge d'ordonner une conciliation judiciaire déléguée, non plus dans les seules procédures particulières citées précédemment mais dans tous les cas où l'acte introductif d'instance ne justifie pas de diligence accomplie.

En matière de médiation, la loi française n'impose pas de médiation préalable²⁴⁵⁷ – hormis les particularités du contentieux familial – et le juge doit recueillir l'accord des parties pour procéder à une médiation judiciaire²⁴⁵⁸ (ce qui est

²⁴⁴⁸ Opinions [2009], n°45 (qui vise à résoudre les contradictions entre les modes judiciaires et alternatifs de résolutions des conflits), n°14 : le tribunal peut décider de confier la mission de médiation de sa propre initiative ou à la demande des parties (« 人民法院在收到起诉状或者口头起诉之后，正式立案之前，可以依职权或者经当事人申请后，委派行政机关，人民调解组织，商事调解组织，行业调解组织或其他具有调解职能的组织进行调解 »).

²⁴⁴⁹ Opinions [2009] n°45, art. 15 : « avec l'accord des parties ou si le tribunal l'estime nécessaire (确有必要), le tribunal peut déléguer l'affaire civile, une fois la demande enregistrée, à un organe administratif, une organisation de médiation populaire, une organisation de médiation professionnelle ou toute autre organisation possédant des compétences en médiation pour procéder à une conciliation. Les parties peuvent se mettre d'accord sur le choix du médiateur ou demander au tribunal de décider ».

²⁴⁵⁰ Sur la technique de la délégation, V. *Infra* n°361 et s.

²⁴⁵¹ CPC, art. 831.

²⁴⁵² CPC, art. 860-2.

²⁴⁵³ CPC, art. 887, al. 2.

²⁴⁵⁴ CPC, art. 832, al. 2.

²⁴⁵⁵ CPC, art. 129-2.

²⁴⁵⁶ CPC, art. 127 dans sa version modifiée par l'article 21 du décret n°2015-282 du 11 mars 2015.

²⁴⁵⁷ Olivier Dubos, « La médiation et le juge », *In* Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, pp. 172-173.

²⁴⁵⁸ LPC, art. 131-1.

lié, sans doute, à son caractère payant). Le corollaire de cette condition est de savoir si, en cas d'accord conjoint des parties pour recourir à une médiation, le juge est *tenu* d'y répondre favorablement²⁴⁵⁹. Une telle question pourrait surprendre plus d'un juge chinois.

345. La volonté spontanée de réconciliation. Le consentement recueilli par le juge²⁴⁶⁰ trouve son corollaire dans la volonté spontanée des parties de parvenir à un accord amiable. En Chine, cette hypothèse est prévue par l'article 50 de la LPC : « *les parties peuvent se réconcilier spontanément* ²⁴⁶¹ ». Aucune autre disposition législative ne vient en préciser les modalités ; ni le législateur, ni la Cour Suprême ne donne de définition officielle de cette conciliation, ni n'en indique sa nature ; nous retiendrons donc la définition doctrinale la plus complète possible c'est-à-dire le fait de « *parvenir à un accord commun sur la résolution du contentieux après que les parties aient négocié volontairement pendant le procès civil et sous la direction du juge. Cet accord est ensuite reconnu par le juge et enregistré ; il permet de mettre fin au contentieux* ²⁴⁶² ». La Cour Suprême a seulement précisé que cette forme de conciliation pouvait être menée par le juge ou par un magistrat auxiliaire (审判协助人员) désigné par le tribunal, ou encore être déléguée à tout individu ou entité invité pour l'occasion²⁴⁶³. En termes de délais, la durée des négociations ne doit pas être comptabilisée dans la durée légale du procès, quelle que soit l'instance en cours²⁴⁶⁴.

²⁴⁵⁹ Olivier Dubos, « La médiation et le juge », In Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, p. 172. Quelques cours d'appel auraient décrété qu'il s'agit d'une obligation.

²⁴⁶⁰ *Idem*, p. 173, sur la question de savoir si le juge doit avoir un rôle actif ou passif dans la recherche de la volonté des parties de se soumettre à une médiation judiciaire. L'auteur relève une incohérence dans l'article 131-1 du CPC (le juge recueille l'accord des parties) et l'article 21 de la loi du 8 février 1995 (le juge obtient l'accord des parties), pour finalement, conclure qu'en « pratique la proposition de recourir à la médiation repose sur les "politiques" des différentes juridictions ».

²⁴⁶¹ LPC, art. 50 (双方当事人可以自行和解) ; *Comp. CPC*, art. 128.

²⁴⁶² Cui Chunxiao (崔春晓), « Aperçu sur le régime de réconciliation judiciaire civile » (« 民事诉讼和解制度初探 »), *État de droit et société* (法治与社会), n°3, 2015, p. 129 : « 民事诉讼和解是指民事诉讼程序中, 在法官的主持下, 由双方当事人自主协商之后共同达成解决纠纷协议, 并经法官确认记入笔录以终结诉讼活动的行为 ».

²⁴⁶³ *Interprétation* [2004] n°12, art. 4, al. 2 (« 当事人在和解过程中申请人民法院对和解活动行进协调的, 人民法院可以委派审判辅助人员或者邀请, 委托有关单位和个人从事协调活动 »).

²⁴⁶⁴ *Interprétation* [2015] n°5, art. 243 : le temps passé par les parties en première instance depuis l'enregistrement de l'affaire jusqu'au prononcé du jugement ou la réception de l'ordonnance de médiation (LPC, art. 149, délai de six mois) ne comptabilise pas la durée passée à se concilier (« 民事诉讼法第一百四十九条规定的审限, 是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间, 但公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内 ») ; *Interprétation* [2015] n°5, art. 129 : dans les affaires en révision, le tribunal populaire dispose de trois mois pour effectuer un contrôle total de l'affaire ; ce délai ne tient pas compte du temps passé par les parties à se concilier (« 对申请再审案件, 人民法院

L'absence de disposition normative encadrant cette forme de conciliation semble provenir de ce que son initiative repose sur la volonté exclusive des parties, sans interférence du juge. Pour Yuan Lihua, partisan du modèle de la négociation américaine, « *la volonté est la pierre angulaire du régime de négociation judiciaire et sa légitimité repose donc sur le pouvoir des parties de disposer [de leur droit] et sur le droit de choisir la procédure*²⁴⁶⁵ ». Elle s'apparente en réalité à une forme de transaction²⁴⁶⁶ qui intervient pour mettre fin à la procédure en cours. En cas de succès, cette conciliation spontanée débouche sur un accord de réconciliation²⁴⁶⁷ (和解协议) et le demandeur sollicite, auprès du tribunal, le retrait de sa demande en justice en application de l'article 145 de la LPC²⁴⁶⁸. La Cour Suprême a récemment rappelé cette possibilité en seconde instance²⁴⁶⁹.

Pour Cui Chunyao, ce décalage entre la formation de l'accord des parties – qui suppose, en toute logique, la fin du procès – et le moment où est mis un terme à l'instance – seul le juge peut l'autoriser – n'est pas cohérent. Plus précisément, c'est le principe de libre disposition des droits par les parties qui s'en trouve amoindri puisqu'elles ne disposent donc pas, en matière de conciliation judiciaire spontanée, de la disposition libre et entière du droit de mettre fin à l'instance. Cette particularité n'incitant pas les parties à recourir à la négociation d'elles-mêmes, une autre solution consiste, pour ces dernières, à demander au juge de constater leur accord dans un jugement de donné acte²⁴⁷⁰.

Malgré la flexibilité reconnue à ce processus de conciliation « spontanée », elle

应当自受理之日起三个月内审查完毕，但公告期间、当事人和解期间等不计入审查期限。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准 »).

²⁴⁶⁵ Yuan Lihua (袁利华), « La nécessaire réforme du régime de conciliation judiciaire civile en Chine » (« 我国民事诉讼和解制度之改革探索 »), *Journal de l'Université du Shanxi (éd. Sciences sociales)*, vol. 42, n°1, janv. 2015, p. 45 : « 自愿是诉讼和解制度的基石，其正当性来源于当事人的诉讼程序选择权和处分权 ».

²⁴⁶⁶ Code civil, art. 2044 : La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit.

²⁴⁶⁷ Interprétation [2004], n°12, art. 4.

²⁴⁶⁸ LPC, art. 145 ; Interprétation [2015], n°5, art. 339. Ce retrait n'est pas automatique et est laissé à l'appréciation du juge.

²⁴⁶⁹ Interprétation [2015], n°5, art. 339 : « 当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许 ».

²⁴⁷⁰ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, op.cit.*, p. 97.

reste en pratique dans l'ombre de la médiation-conciliation judiciaire²⁴⁷¹. Dans une enquête réalisée entre 2002 et 2006 auprès de trois tribunaux d'échelons primaires et d'un tribunal intermédiaire, le taux moyen de clôture des affaires par le recours à la conciliation spontanée s'élève à 1,44%, la proportion la plus basse étant à 0,4% et le maximum à 2,0%²⁴⁷². Sur 172 affaires résolues par la conciliation (avec retrait de la demande en justice accepté), 57 affaires ont de nouveau été portées devant les tribunaux pour les mêmes faits. Qu'il s'agisse des dispositions normatives insuffisamment précises pour encadrer le régime de conciliation spontanée ou encore de la préférence, décrite par certains auteurs, des juges pour le recours à la médiation institutionnalisée, cette forme d'apaisement des conflits est encore loin d'être considérée comme une méthode de résolution des contentieux. Sa fonction optimale résiderait dans son utilisation en tant que préalable à la médiation, comme le sous-entend l'article 339, alinéa premier, de l'interprétation de 2015 rendue par la Cour Populaire Suprême et applicable en procédure d'appel : « *les tribunaux populaires peuvent, à la demande des parties, produire une ordonnance de médiation après vérification de leur accord atteint par une conciliation*²⁴⁷³ ».

2. L'exigence de faits univoques.

346. Un critère relativement souple. La seconde condition de l'article 93 de la LPC qui exige l'existence de faits clairs et non équivoques pour que le juge ordonne une mesure de conciliation judiciaire traduit, il nous semble, une double caractéristique inévitable de ces modes amiables : leur *souplesse*, élément déterminant de leur nécessaire *opportunisme*. Leur souplesse, tout d'abord, car l'exigence de fait univoque est une condition d'admission relativement large ; en même temps, tout en évitant un encadrement excessif d'un processus par nature informel, cette exigence pose une stabilité nécessaire pour la réussite d'une conciliation. Leur opportunisme, ensuite, car l'appréciation du degré de clarté des faits dans une situation donnée est le fait du juge chinois qui peut choisir la méthode de traitement du conflit la plus

²⁴⁷¹ Les incitations de la CPS en matière de délai (qui n'interagit pas avec durée contentieuse) concernent aussi la médiation.

²⁴⁷² Yuan Lihua, préc. p. 45.

²⁴⁷³ Interprétation [2015] n°5, art. 339 : « 当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许 ».

appropriée aux circonstances de l'affaire : jugement ou conciliation. En pratique, cette condition permet un certain filtrage des affaires dont l'admission en traitement amiable devient fonction du degré de leur complexité²⁴⁷⁴.

Rappelons, également, que le critère d'univocité des faits détermine aussi la compétence matérielle des tribunaux populaires chargés d'une procédure simplifiée (dans laquelle existe un préalable de conciliation pour certaines matières) et semble prédominer, au moins dans la loi, sur le seul critère de la valeur du litige dont il est question. Cela semble confirmer que l'adéquation d'une mesure de conciliation ou de médiation judiciaire dépend plus de la nature du litige que de ses enjeux monétaires²⁴⁷⁵.

Par ailleurs, l'exigence de faits univoques tendrait à concevoir le recours à une mesure de conciliation ou de médiation judiciaire non pas en début d'instance mais, plutôt, en cours d'instance une fois les faits clairement établis. En France, un point de vue majoritaire considère que la réussite d'une mesure de médiation ou de conciliation dépend du moment dans lequel elle est mise en place, à savoir en début d'instance²⁴⁷⁶ – et ce, malgré la liberté accordée au juge français d'apprécier l'opportunité, et donc le moment, d'une mesure de conciliation judiciaire. Le mouvement en faveur de la mise en place d'un préalable de conciliation obligatoire s'inscrit en toute logique dans cette vision.

347. L'instant propice à la conciliation. Cette vision a été, en outre, utilisée au soutien de la jurisprudence française actuelle concernant la possibilité de régulariser ou non une fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une *clause* de conciliation²⁴⁷⁷. La qualification en fin de non-recevoir a d'abord été soutenue au

²⁴⁷⁴ *Infra* n°365.

²⁴⁷⁵ *Contra*, voir les propos de Béatrice Gorchs-Gelzer (« L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », préc. [en ligne]) au sujet de la volonté du législateur d'instaurer un préalable de conciliation obligatoire pour les litiges de faible montant (art. 3 du projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire) : « c'est convenir que les conciliateurs de justice sont au service d'une justice de proximité et exercent une mission de service public. [...] la conciliation de justice est adaptée à tout type de litiges dès lors que l'intérêt en jeu est modeste, de sorte que la conciliation n'a plus à être libre de choix ». N'est-ce pas là défendre une justice à deux vitesses, l'une pour les classes riches qui auront accès au juge plus facilement que les classes pauvres qui n'auront d'autre choix que de se concilier ?

²⁴⁷⁶ Ce qui impliquerait l'absence de régularisation possible en cours d'instance. Par ex, Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19423, *JCP E* 2003, p. 707, note H. Croze H. et D. Gautier ; Caroline Pelletier, « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC* 2011, p. 916 (le renvoi impératif à la conciliation est une conséquence naturelle de la force obligatoire de la clause) ; *In fine*, Civ. 3^e 16 nov. 2017, n°16-24642.

²⁴⁷⁷ En faveur d'une régularisation : Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n°09-71.585, *Bull. civ. II*, n°212 ; *Rec. Dalloz*. 2011. 172 ; *RTD Civ. Obs.* R Perrot ; *contra* : Cass ch. Mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684, *Rec.*

détriment de celle d'exception dilatoire au motif que la clause de conciliation implique une tentative de conciliation préalablement à l'instance, et non pas pendant, « ce qui suppose [...] que le juge ne soit pas saisi²⁴⁷⁸ ». Cependant, la primauté de la logique contractuelle empêcherait de concevoir la régularisation en cours d'instance, solution retenue par la chambre mixte²⁴⁷⁹. Un auteur s'est opportunément posé la question suivante : par quelles raisons une sanction procédurale, qualifiée de fin de non-recevoir, attachée à l'absence de respect d'une clause contractuelle, dérogerait dans sa mise en œuvre au régime général des fins de non-recevoir ? La loi ne distingue pas en effet entre les fins de non-recevoir régularisables ou non (CPC, art. 126) ; c'est donc la volonté des parties²⁴⁸⁰ qui a fait basculer le régime des fins de non-recevoir dans celui des sanctions non régularisables. On peut le comprendre : si le juge reconnaît la régularisation possible, cela veut dire qu'il viole, dans une certaine mesure, la volonté des parties d'y avoir recours préalablement à sa saisine. Mais, comme l'énonce M. Théry, l'auteur précité :

« L'insistance à imposer un strict respect de la chronologie est intrigante. Les parties veulent-elles réellement que le juge ne puisse pas être saisi sans qu'une tentative de conciliation préalable ait eu lieu ou plus simplement qu'une solution conventionnelle soit recherchée avant que le juge tranche le litige ?²⁴⁸¹ ».

En dehors des aspects liés à la nature hybride d'une telle clause dont le régime juridique est aménagé à cheval entre les sphères contractuelle et juridictionnelle, une question plus profonde, liée à l'efficacité même de la conciliation doit être posée : « est-il tellement certain qu'une conciliation en cours de procès ait moins de chance

Dalloz. 2015, p. 298, obs. C de presse, note C. Boillon ; Philippe Théry, « Clause de conciliation préalable : où les précautions contractuelles risquent de se transformer en bombe à retardement » *RTD Civ.* 2015, p. 187 ; Christine Boillot, « Quelles sanctions procédurales pour les clauses de conciliation obligatoires ? *Rec. Dalloz*, 2015, p. 298. (Le refus de considérer régularisable la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mise en œuvre de la clause de conciliation préalablement à la saisine du juge fragilisait l'accès au juge. « *Les fins de non-recevoir ayant un effet définitif qui remet en cause l'effet interruptif de la demande irrégulièrement formée* »).

²⁴⁷⁸ Philippe Théry, préc. p. 187.

²⁴⁷⁹ Hugues Kenfack, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *Rec. D.* 2015, p. 384 : « *l'arrêt traduit le triomphe de la force obligatoire du contrat en présence d'une clause hybride, car contractuelle et processuelle* ».

²⁴⁸⁰ Ou pas : Civ, 1^{re} 29 mars 2017, n°16-16585, note N. Dissaux, « La conciliation au service du juge », *AJ contrat*, 2017, p. 292. En l'espèce, c'est le Code des devoirs professionnels des architectes qui impose une conciliation avant saisine du juge compétent. L'absence de conciliation préalablement mise en demeure par les requérants a été sanctionnée par une fin de non-recevoir par les juges d'appel. La partie demanderesse au pourvoi soulève l'absence de fondement contractuel au préalable de conciliation. Rejet par la Cour de cassation.

²⁴⁸¹ Philippe Théry, « Clause de conciliation préalable : où les précautions contractuelles risquent de se transformer en bombe à retardement », préc. p. 187.

de réussir qu'une conciliation entreprise avant ne qu'il commence²⁴⁸² ? » : les Chinois répondront par la négative mais à la différence de la France, le juge chinois use pleinement de son pouvoir de conciliation et de médiation.

On peut alors utiliser l'expérience française, qui elle aussi a démontré l'efficacité des conciliations en appel, soit bien longtemps après la saisine initiale du juge de première instance, par le recours à la médiation²⁴⁸³. À Paris, par exemple, la médiation en appel se conçoit de deux manières : avant l'audience au fond, avec le mécanisme de la double convocation, ou pendant l'audience de plaidoirie, avec la présence de médiateurs. Certes, le taux de recours à la médiation n'est pas élevé (pour la seule Cour d'appel de Paris, toutes chambres confondues, on relève environ 60 affaires de médiation pour 2005, 39 pour 2007)²⁴⁸⁴ ; en cinq ans de pratique de la médiation au sein des chambres sociales de la Cour d'appel de Grenoble, 1 000 médiations ont été réalisées avec un taux de réussite de 70%, représentant 8% de règlement du total des contentieux par les différentes chambres²⁴⁸⁵. Pour autant, il s'agirait moins de l'inefficacité redoutée d'une conciliation en cours d'instance que d'un « effort culturel » à réaliser pour promouvoir cette pratique²⁴⁸⁶. L'argument exclusivement temporel, si l'on se place du point de vue de l'objectif donné au mode amiable de règlement des litiges, est donc insuffisant et doit même pouvoir être contrebalancé²⁴⁸⁷.

348. Ainsi, si le critère chinois de précision et de clarté des faits semble, à prime abord, être un critère simpliste, voire inutile, il traduit surtout la conception d'une justice nécessairement circonstancielle. En effet, ce n'est que lorsque les éléments du conflit sont établis que le juge décidera de son orientation : jugement ou processus

²⁴⁸² *Ibid.*

²⁴⁸³ Depuis l'expérimentation initiée à la fin des années 1990 par l'ancien Premier Président à la Cour de cassation, M. Guy Canivet, et consacrée depuis en jurisprudence : Soc., 18 juillet 2001, *Bull. civ.* 2001, V. n°279 ; Pierre Guerder, « Les cours françaises et la médiation », *In* Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, *op.cit.*, pp. 128-135.

²⁴⁸⁴ Rapport Magendie, p. 34.

²⁴⁸⁵ Béatrice Brenneur, « Récit d'expérience », *In* Rapport Magendie, p. 40 ; V. Aussi, Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.*, pp. 130-131.

²⁴⁸⁶ À ce propos, l'article 1 du projet de loi de programmation de la justice (2018-2022) propose d'étendre le pouvoir du juge d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il n'a obtenu l'accord des parties (par la modification de l'actuel article 22-1 de la loi n°95-125 du 8 février 1995).

²⁴⁸⁷ *Ibid.* « L'intérêt de la médiation au stade de la cour supérieure peut provenir de l'encombrement du rôle de la juridiction et de la longueur du délai d'attente nécessaire pour parvenir à une audience de plaidoirie. Mais ce critère n'est pas le seul facteur déterminant. Le temps peut contribuer à apaiser les passions et permettre aux parties de prendre conscience de leurs intérêts communs dans la recherche d'une solution négociée préférable aux aléas d'une nouvelle décision de justice ».

amiable. En Chine, la médiation ou la conciliation judiciaire est traitée comme un véritable mode de résolution des conflits, au même titre que l'arbitrage ou le jugement, à la différence de la France où la conciliation judiciaire est une pratique qui relève encore de l'exception. En l'absence de critère déterminé dans la loi, les juges français se basent, selon une étude empirique, sur trois catégories de critères sélectifs : la nécessité de préserver les relations ultérieures des parties, la nature très personnelle du différend et l'évitement de conséquences excessives du conflit²⁴⁸⁸. Ces trois critères supposent que le juge ait une certaine connaissance du dossier et qu'il ait déjà anticipé, dans une certaine mesure, le résultat qui serait issu de son pouvoir juridictionnel. Pourtant, dans les deux pays, on observe une tendance convergente en matière de traitement amiable des litiges : la mise en place, progressive, d'un processus en « amont du juge ».

§2. Le développement des traitements amiables préalablement à l'exercice du pouvoir juridictionnel.

349. La France et la Chine partagent la même volonté de promouvoir le traitement amiable des litiges dans un but d'apaisement social et, de manière plus pragmatique, d'efficacité judiciaire. La médiation et la conciliation judiciaires souffrent, en France, d'un manque de popularité qui conduit à justifier incessamment leur légitimité ; en Chine, c'est d'abord un problème de légitimité liée à des garanties jugées insuffisantes dans la protection des droits des parties qui impulse les acteurs de la scène juridiques à repenser leur mise en œuvre au sein au procès. Les deux pays ont adopté des solutions relativement convergentes en incitant les parties à recourir à une conciliation préalablement à la saisine juridictionnelle. La Chine a envisagé le préalable de conciliation du point de vue du juge alors que la France s'est placée dans l'optique des parties, plus précisément dans le respect de leurs droits fondamentaux²⁴⁸⁹ (A). En outre, la particularité chinoise est de concevoir le renforcement des modes amiables dans une logique d'intégration et de collaboration avec l'activité juridictionnelle (B).

²⁴⁸⁸ Rapport Magendie, p. 29.

²⁴⁸⁹ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 215, n°50.

A. Le développement des modes amiables en amont de la saisine juridictionnelle : 调解优先.

350. Une mise en place progressive. En Chine, la promotion d'une société harmonieuse est considérée comme un objectif à long terme visant à améliorer la qualité de la justice ; elle s'appuie sur l'idée de mécanisme pluriel de résolution des conflits²⁴⁹⁰. Il ne s'agit pas tant de développer de nouveaux modes de résolution des conflits d'un point de vue quantitatif que d'améliorer ceux qui existent déjà²⁴⁹¹. Après le rappel par les autorités judiciaires de l'importance d'user de la médiation tout au long du procès civil²⁴⁹² et leur conseil adressé aux juridictions populaires « *de chaque échelon, en particulier de base, de prendre la médiation comme méthode prioritaire de résolution des affaires et comme méthode de travail fondamentale* »²⁴⁹³, le législateur chinois est également venu renforcer ce recours au traitement amiable. Lors de la réforme de la *Loi de procédure civile* en 2012, il a ainsi créé le nouvel article 122²⁴⁹⁴ qui dispose : « *les tribunaux populaires saisis d'une demande en justice exercent une médiation en priorité (先行调解) si l'affaire civile est appropriée et que les parties ne s'y opposent pas* »²⁴⁹⁵.

²⁴⁹⁰ Opinion [2007] n°9 (relative à l'amélioration de la fonction de la médiation judiciaire dans la construction d'une société harmonieuse socialiste), art. 10 : « *les tribunaux doivent perfectionner, progressivement, le régime de médiation pendant la phase d'enregistrement. Après avoir obtenu l'accord des parties, les tribunaux populaires peuvent procéder à une médiation en phase d'enregistrement* » ; CPS Opinions [2009], n°45, article 14 et 15, cités par Fan Yu, « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire », préc., p. 67 (au sujet notamment des possibilités offertes au juge de déléguer la médiation à des organes extrajudiciaires).

²⁴⁹¹ *Ibid.* Fan Yu donne l'exemple ici de la technique de la délégation d'une mesure de médiation ou de conciliation, non expressément prévue par la loi mais qui s'est développée sur les mécanismes déjà existants.

²⁴⁹² Rapport de travail de la CPS de mars 2009 ; selon le Président de la CPS, Wang Shengjun, la médiation doit « *traverser l'ensemble de la procédure* » (全程调解) de la phase d'enregistrement jusqu'à la phase d'exécution. Cité par Xu Shaobo (许少波), « La triple signification de la médiation prioritaire » (« 先行调解的三重含义 »), *Science juridique croisée* (海峡法学), vol. 66, n°1, 2013, p. 14.

²⁴⁹³ Opinions [2010], n°16, II, n°4 : « *各級法院特别是基层法院要把调解作为处理民事案件的首选结案方式和基本工作方法* ».

²⁴⁹⁴ Xu Shaobo, préc., p. 12 : le recours à un préalable de conciliation n'est pas si novateur en Chine ; l'expression « médiation prioritaire » (先行调解) ou préalable de médiation était déjà mentionnée dans les *Principes temporaires de procédure civile de la RPC* (中华人民共和国民事诉讼法试行通则) publiés par le comité juridique du gouvernement central en décembre 1950 (article 30, al. 2).

²⁴⁹⁵ LPC, art. 122 : « *当事人起诉到人民法院的民事纠纷, 适宜调解的, 先行调解, 但当事人拒绝调解的除外* ». L'expression de « préalable de médiation » ou de médiation prioritaire est la même que celle utilisée à l'article 14 des Règles de la CPS édictées en 2003 concernant la procédure simplifiée (Règles [2003] n°15).

En France, l'échec de la conciliation judiciaire²⁴⁹⁶ associé, pourtant, à un véritable engouement pour les MARD a également conduit à défendre un « amont du juge²⁴⁹⁷ » par des mécanismes incitatifs « allant jusqu'à rendre obligatoire un préalable de négociation²⁴⁹⁸ » dans certaines matières. Si l'instauration d'un préalable de conciliation obligatoire généralisé à l'ensemble des procédures civiles n'est pas encore tout à fait à l'ordre du jour sur l'agenda des politiciens français²⁴⁹⁹, le décret du 11 mars 2015 a franchi un premier pas par la modification des articles 56 et 57 du Code de procédure civile relatifs à la validité de l'acte introductif d'instance. Dorénavant, « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige²⁵⁰⁰ ». L'année suivante, l'article 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2017 érigeait en fin de non-recevoir le défaut de tentative préalable de conciliation à la saisine du tribunal d'instance²⁵⁰¹.

351. Le préalable de conciliation : à la charge des parties ou du tribunal ?

En France, rien n'est précisé quant aux diligences des articles 56 et 57 du CPC requises : doit-on considérer, par exemple, que l'absence de réponse à un courrier électronique proposant un arrangement amiable suffit à caractériser l'absence de diligence ? Cette maigre incitation serait encore loin de permettre le développement d'une « culture de la médiation », pourtant appelée de ses vœux par bons nombres d'universitaires et de praticiens. Il nous semble, par ailleurs, qu'une incitation plus « forte » aurait été possible sur le modèle de la mise en demeure : puisque le droit français admet un recours en justice une fois avoir mis en demeure son adversaire, pourquoi ne pas accompagner cette mise en demeure d'une demande obligatoire de

²⁴⁹⁶ Rapport Magendie, p. 52.

²⁴⁹⁷ Rapport Delmas-Goyon, p. 57.

²⁴⁹⁸ *Idem*, p. 64 ; la matière familiale, notamment, fait l'objet d'expérimentations des phases obligatoires de médiation préalable.

²⁴⁹⁹ Quoique le projet de loi de programmation de la justice (2018-2022), en instaurant une phase de conciliation préalable à la saisine des TGI (du fait de la suppression des TI) semble préparer le terrain à une généralisation des tentatives de conciliation obligatoires à l'ensemble des procès civils.

²⁵⁰⁰ CPC, article 56, al. 3 ; V. aussi CPC, art. 58, al. 3.

²⁵⁰¹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, art. 4 (version de droit positif) : « À peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf :

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ;

3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime ».

médiation ou de conciliation ? Il serait par ailleurs logique d'affirmer que le refus de se concilier provienne plutôt du côté du demandeur que de son adversaire qui n'a pas choisi, en général, d'être à la place du défendeur.

En Chine, le législateur a également entendu « forcer la main » aux parties pour recourir à la médiation mais, de façon plus pragmatique, a concentré ses efforts sur la chambre d'enregistrement. En termes français, l'article 122 de la LPC conduirait le juge chinois à traiter toutes les demandes en justice répondant aux conditions des articles 119 à 121 de la LPC comme une assignation à toutes fins : on tente d'abord de concilier, on juge ensuite si nécessaire. Ce nouvel article est inséré au chapitre 12 de la *Loi de procédure civile*, qui porte sur la procédure ordinaire de première instance. Sa portée est donc beaucoup plus générale que le préalable de conciliation mis en place dans la procédure simplifiée applicable dans certaines matières et, parallèlement, plus large aussi que les tentatives françaises de conciliation préalable instaurées devant certaines juridictions ou dans certaines matières. C'est pourquoi il est préférable de rapprocher l'article 122 de la LPC des nouvelles modalités issues du décret du 11 mars 2015 en matière de tentative générale de conciliation préalable à la saisine du juge ou, plus exactement, de diligences incombant aux parties en vue d'une tentative de rapprochement.

Longtemps débattue en doctrine, proposée par certaines commissions d'étude, la mise en place d'une phase de conciliation préalable doit être distinguée actuellement en France selon qu'elle est instituée devant certaines juridictions²⁵⁰² (il s'agira alors d'une conciliation judiciaire menée ou déléguée par le juge, CPC, art. 129) ou obligatoire avant la saisine de la juridiction²⁵⁰³ (conciliation dite *parajudiciaire*²⁵⁰⁴ ou extra-judiciaire) et qu'elle soit d'origine conventionnelle ou d'origine légale. Le moment de l'instauration d'un tel préalable conditionne les effets de la conciliation et l'accès au juge qui, en France, est compris en tant que droit

²⁵⁰² Par exemple, CPC, art. 830-836 (tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance) ; art. 845, al. 2 (cet article rappelle la mission de conciliation du juge d'instance pendant le déroulement de l'instance) ; art. 860-2 (possibilité de désigner un conciliateur de justice devant le tribunal de commerce) ; art. 887, al. 2 (même possibilité prévue devant le tribunal paritaire des baux ruraux)

²⁵⁰³ Par exemple, pour les procédures de surendettement devant la Commission de surendettement : ancien article L. 331-6 du Code de la consommation abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et remplacé par l'article L.732-1 et suivants du même Code. Depuis le 1^{er} janvier 2018, les tentatives de conciliation entre le débiteur et ses créanciers ne sont obligatoires que si le débiteur dispose d'un actif *et* d'un bien immobilier. Code de la consommation, art. L. 732-1 modifié par la loi n°2016-1682 du 9 décembre 2016.

²⁵⁰⁴ Julie Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op.cit.*, p. 77-80.

fondamental des parties et, plus largement, comme modalité du procès équitable²⁵⁰⁵. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a pourtant confirmé que le préalable de conciliation obligatoire n'était pas contraire aux exigences du procès équitable et plusieurs voisins européens se sont déjà tournés vers sa mise en place²⁵⁰⁶. En Chine, la question d'une phase amiable préalable à l'instance est plus discutée dans l'optique d'une optimisation de la justice (logique pragmatique) que dans le paradigme des droits légaux des parties et ce, malgré certains appels de la doctrine en ce sens²⁵⁰⁷. Quoi qu'il en soit, la formulation générale du nouvel article 122 de la LPC a suscité d'abondants discours doctrinaux axés plus spécifiquement sur deux problèmes : le premier concerne le moment de la mise en œuvre de cette médiation qui engendre le second, à savoir, la nature d'une telle médiation.

352. Le(s) sens de la médiation prioritaire chinoise. Quatre interprétations de l'article 122 de la LPC sont possibles : la première correspond à la reconnaissance du préalable de conciliation existant déjà dans le cadre de la procédure simplifiée. La deuxième est ciblée plus spécifiquement sur la chambre d'enregistrement : il s'agirait d'une systématisation de la pratique de la médiation judiciaire et extrajudiciaire pendant la phase d'enregistrement. La troisième interprétation conçoit ce préalable comme une sorte de régime de médiation extrajudiciaire attaché au tribunal, qui fonctionnerait par la technique de la délégation²⁵⁰⁸. Enfin, la quatrième opinion considère que l'article 122 impose un préalable obligatoire de conciliation (诉讼前置必须程序) auquel ne peuvent déroger les parties²⁵⁰⁹.

²⁵⁰⁵ Serge Ginchar d *et al.*, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 24 n°33.

²⁵⁰⁶ Nicole I. Tellier, « Médiation volontaire ou obligatoire dans les pays de l'Union européenne », In Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, *op.cit.*, pp. 247-254 ; pour l'Italie, Alessandro Bruni, « La nouvelle nouvelle sur la tentative obligatoire de la médiation en Italie », *Ibid.* pp. 255-258.

²⁵⁰⁷ Li Xilian (李喜莲), Pei Yifang, (裴义芳) « Approche et dilemme du processus de démocratisation de la médiation préalable – étude de cas du tribunal populaire du comté H » (« 先行调解法治化运行的困境与出路 — 以 H 县人民法院为分析样本 »), *Journal de l'Université de Huaihua*, vol. 33, n°10, oct. 2014, p. 57. Les auteurs déplorent notamment une mauvaise prise en compte de la volonté réelle des parties : la médiation volontaire (当事人自愿调解) est remplacée par la médiation en l'absence de refus des parties (拒绝调解除外).

²⁵⁰⁸ Fan Yu, « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire », *préc.*, p. 73.

²⁵⁰⁹ Sur la procédure de médiation obligatoire, Wang Ge (王阁), « Le sens de la médiation obligatoire – commentaire critique de la « médiation prioritaire » du nouvel article 122 de la "Loi de procédure civile" » (« 强制调解 释义考—兼评新“民事诉讼法”第 122 条之“先行调解” »), *Journal de l'Université des sciences économiques, politiques et juridiques de Zhengzhou*, vol. 149, n°3, 2015, pp. 74-81.

Selon Li Hao²⁵¹⁰, rejoint par Hu Xiaotao²⁵¹¹ l'article 122 de la LPC vise l'orientation du conflit vers une médiation *au moment de l'enregistrement* de la demande en justice. Ils relèvent que d'autres articles traitent déjà de la médiation au cours des autres phases du procès : ainsi les articles 133 et 142 de ladite loi couvrent le recours à la médiation *a posteriori* de l'acceptation de la demande en justice par la chambre d'enregistrement et, par la suite, une fois l'audience terminée, avant le prononcé de la décision de justice. L'étape de filtrage des demandes en justice restait donc la seule à ne pas avoir de disposition explicite quant à l'orientation des parties vers une médiation, chose faite avec le nouvel article 122. Plus précisément, cette nouvelle disposition impliquerait que le recours à la médiation soit exercé avant l'enregistrement de la demande et donc, avant la saisine formelle du tribunal : autrement dit, la *Loi de procédure civile* chinoise instaurerait un préalable de médiation de nature extrajudiciaire (非讼性) au sein des tribunaux populaires qui disposent soit d'une chambre de travail de médiation civile, soit d'une fenêtre de médiation populaire²⁵¹².

353. L'expérience de la médiation prioritaire dans un tribunal populaire.

Les variations d'interprétations de l'article 122 de la LPC proviennent de ce que celui-ci a été rédigé sur la base d'expériences menées dans plusieurs tribunaux chinois : il ne sert qu'à leur offrir une référence légale, un cadre légitime pour exercer, en priorité, une médiation. Des auteurs comme Li Xilian et Pei Yifang ont ainsi étudié cette pratique avant sa consécration législative dans un tribunal populaire de niveau du comté²⁵¹³. Dès le mois d'avril 2008, cette juridiction a établi une « méthode de travail sur la médiation avant enregistrement²⁵¹⁴ » et a mis en place une « chambre de médiation chaleureuse » (温馨调解室) au sein du tribunal. Celle-ci s'est occupée, entre 2009 et 2013, de 287 affaires principalement en matière familiale, contractuelle et dans les contentieux de responsabilité civile. Lorsque cette expérience a été initiée,

²⁵¹⁰ Li Hao (李浩), « Recherche sur le régime de médiation prioritaire » (« 先行调解制度的研究 »), *Publication de l'Université de Jianghai* (江海学刊), n°3, 2013, p. 139.

²⁵¹¹ Hu Xiaotao (胡晓涛), « Réflexion sur les nombreuses questions relatives au préalable de médiation » (« 关于先行调解若干问题的思考 »), *Journal de l'Université des sciences et technologies du Jiangsu*, (éd. Sciences sociales), vol. 13, n°4, déc. 2013, p. 80.

²⁵¹² Li Hao, préc., p.140.

²⁵¹³ L'anonymat de ce tribunal a été conservé par les auteurs. Le tribunal est localisé dans une zone en développement économique au niveau du comté d'une population de 431 500 habitants. Li Xilian, Pei Yifang, préc., p. 56.

²⁵¹⁴ « H 县人民法院立案前调解工作实施办法. ».

la législation en matière de procédure civile ne prévoyait pas encore de « recours prioritaire » à la médiation, ce qui a conduit à une pratique hésitante et, souvent, détournée de ses objectifs premiers.

Les auteurs relèvent, notamment, l'absence de disposition explicite quant à la mise en œuvre de la procédure et surtout, quant à la nomination du médiateur. Dans le tribunal populaire H étudié, l'article 4 de la méthode de travail prévoyait deux options : soit les parties choisissaient un médiateur autre que le juge en charge de l'affaire (organisation de médiation populaire, organisation populaire indépendante, unité de travail, association féministe, etc.) soit un juge et des auxiliaires de justice étaient désignés, après accord des parties, pour les concilier. Du côté des juges, les témoignages recueillis indiquent que les tribunaux étaient enclins à déléguer les affaires à des organes extérieurs à la Cour sous forme de médiation déléguée (委托调解) ; le problème venait, selon les magistrats, de ce que les médiateurs extérieurs acceptaient rarement. Par conséquent, la médiation dite prioritaire survenant avant l'enregistrement de la demande en justice était assimilée, dans la pratique, à une médiation judiciaire équivalente à celle mise en œuvre après l'enregistrement de la demande²⁵¹⁵. Par ailleurs, les critères d'admission d'une affaire en médiation étaient insuffisamment précis et les auteurs ont constaté qu'en cinq ans, l'objet de la médiation prioritaire était le même dans 96,74% des cas. Enfin, le tribunal aurait renversé le principe d'une médiation initiée par les parties en médiation initiée par le juge en l'absence de refus des parties. Les sondages réalisés auprès des parties ayant eu recours à une médiation prioritaire révèlent que 67,11 % des personnes interrogées n'étaient pas satisfaites de cette procédure²⁵¹⁶. Contrairement aux dires du tribunal, 56,86% d'entre elles considèrent que la juridiction a transféré leur affaire à des organisations de médiation sans leur consentement²⁵¹⁷ ; 11,76% des parties insatisfaites mettent en doute les compétences de ces organismes de médiation et ont davantage confiance dans un préalable de médiation mené par le juge. Enfin, sur les

²⁵¹⁵ Li Hao, préc., p. 140 : l'auteur constate également qu'en matière de médiation judiciaire exercée avant l'ouverture de la mise en état le recours à la technique de délégation à un médiateur extérieur au tribunal est peu utilisé et ce sont les juges qui conduisent la médiation.

²⁵¹⁶ Les auteurs Li Xilian et Pei Yifang ont pu interroger 76 personnes qui étaient parties (demandeurs et défendeurs) dans 34 affaires traitées par une médiation prioritaire en 2013 au sein du tribunal H. 51 d'entre elles n'étaient pas satisfaites (préc., p. 58).

²⁵¹⁷ Wang Ge, préc., p. 74 : la médiation « forcée » peut résulter du fait de la persuasion (以劝压调), du fait de retarder délibérément les négociations (以拖压调) ou encore de la menace du jugement (utiliser les conséquences de la décision de justice pour convaincre une partie de recourir à la médiation) (以判压调) et est considérée illégale.

51 personnes interrogées et insatisfaites de la procédure, 7,85% ont refusé tout préalable de médiation en raison d'un échec certain. En dépit de ces résultats – qui doivent, évidemment, être appréciés à l'échelon local –, l'article 122 de la LPC n'énonce que deux conditions de mise en œuvre du préalable de conciliation : le consentement des parties et la nature adéquate de l'affaire. Si la généralité de ces critères permet une appréciation opportune par les magistrats (de la chambre d'enregistrement) sur le prononcé d'une mesure de médiation, elle semble insuffisante à garantir efficacement les droits des parties.

Néanmoins, l'idée, plus générale, d'institutionnaliser un préalable extrajudiciaire de conciliation doit être soulignée. En comparaison des nouveaux articles 56 et 57 du Code de procédure civile français qui laissent les tentatives de conciliation à la seule initiative des parties préalablement à la saisine de la juridiction, le nouvel article 122 de la LPC transfère cette tentative de conciliation à la chambre d'enregistrement qui se transforme, dès lors, en une sorte de chambre d'orientation. L'avantage d'un premier filtrage des demandes en justice est de pouvoir les orienter, selon leur nature et avant même qu'elles ne soient enrôlées, vers une conciliation. Et le fait de disposer de médiateurs dans l'enceinte du tribunal facilite sa mise en œuvre. En France, à défaut de filtrage juridictionnel similaire, le législateur a donc fait peser, sur les parties, le « devoir » d'accomplir des diligences nécessaires en vue d'une réconciliation.

354. Le préalable de conciliation français. L'article 56 du CPC, qui instaure, plus généralement, les conditions de forme que doit remplir une demande en justice, prévoit la nullité en cas d'omission de l'une de ses mentions. Il est exclu, pour l'instant, que le défaut de diligence accomplie par l'une des parties puisse être sanctionné sur le fondement de l'article 114 du même Code²⁵¹⁸. Ce texte prévoit trois conditions attachées à la nullité invoquée pour vice de forme : l'exigence d'un texte

²⁵¹⁸ CPC, art. 114 : « aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ». V. Un des premiers jugements prononcés sur cette question, rendu par le TGI de Paris en date du 5 février 2016, n°15/38132 : « si le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges est favorisé, en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées, le législateur n'ayant prévu aucune sanction assortissant l'obligation de préciser les diligences entreprises en ce sens, aucune nullité ne saurait être excipée de l'éventuelle absence de démarche amiable préalable si tant est qu'elle soit démontrée au vu des faits de l'espèce », *AJ Fam.* 2016, p. 156.

prévoyant expressément la nullité, l'existence d'un grief causé à celui qui l'invoque et l'absence de régularisation du vice en question. La rédaction des articles 56 et 58 du Code de procédure civile empêche toute interprétation extensive qui engloberait la nullité issue du défaut de diligence entreprise par les parties : en effet, la nullité est prévue pour les causes numérotées et énumérées aux alinéas premier de l'article 56 et deuxième de l'article 58 alors que le devoir de tenter un règlement amiable est prévu aux alinéas suivants. Or, pas de nullité sans texte. Et quand bien même une interprétation extensive prendrait le pas sur une interprétation littérale, se poserait alors la question de savoir si l'absence de tentative de conciliation pourrait causer un grief à celui qui l'invoque. Car, en réalité, « derrière une règle de forme, se cache un sujet de fond²⁵¹⁹ ». Il va sans dire qu'un tel grief ne serait pas constitué pour simple omission de la formalité de mention de diligences entreprises ; il tirerait son origine dans l'impossibilité d'entamer un dialogue avec l'adversaire et de trouver une solution autre que juridictionnelle alors que cette obligation est prévue par la loi. Autrement dit, l'existence du grief dépendrait de la reconnaissance d'un droit à la conciliation.

Une telle hypothèse peut paraître invraisemblable en l'état du droit positif français ; pourtant, si l'on considère, du point de vue du droit substantiel, que la qualification en fin de non-recevoir du défaut de mise en œuvre d'une clause de conciliation, obligatoire du seul fait de la volonté des parties, érige cette dernière en moyen de défense, pourrions-nous, sur le plan procédural cette fois, concevoir l'obligation de l'article 56 et 58 du Code de procédure civile non pas comme une simple formalité procédurale mais comme une garantie de procédure ? Faut-il partager l'enthousiasme de certains auteurs pour qui la réforme des articles 56 et 58 du CPC marque, pour la première fois en droit français, « le lien [...] entre le recours au juge et l'échec d'un mode de règlement amiable des différends²⁵²⁰ » ? Et que dire de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle qui va encore plus loin en matière de renforcement des modes amiables ? Une telle hypothèse est encore, en l'état du droit positif français actuel, au stade de la simple spéculation. Pourtant, force est de constater que des auteurs, dont les propos, chimériques pour certains,

²⁵¹⁹ Sylvain Thouret, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », *AJ fam.* 2015, p. 212.

²⁵²⁰ *Ibid.*

visionnaires pour d'autres, ont semé l'idée, encore invraisemblable il y a quelques années, d'un droit à la conciliation équitable²⁵²¹.

355. La conciliation assimilée à une sanction. Pour revenir à la sanction attachée à l'inexécution du devoir de diligence des articles 56 et 58 de Code de procédure civile, le décret de 2015, dans son article 21²⁵²² prévoit que le juge peut proposer une mesure de conciliation ou de médiation si les parties ne justifient pas d'une tentative de conciliation préalable à sa saisine. Deux observations doivent être formulées : tout d'abord, le fait qu'il s'agisse d'une simple possibilité offerte au juge et non d'une obligation tend à atténuer le caractère obligatoire d'une telle modalité. En outre, « l'invitation » faite par le juge à recourir à une mesure de conciliation instaurée à l'article 127 du CPC conduit à considérer cette dernière comme une sanction. D'une part, cela implique que cette proposition doit être ordonnée par le juge au plus tôt de la procédure si elle veut conserver son rôle punitif et remplir l'objectif affiché de désengorger les juridictions ; d'autre part, il est nécessaire de questionner l'opportunité de faire assimiler, dans l'esprit des justiciables et des magistrats, une mesure de conciliation ou de médiation à une sanction. N'est-ce pas promouvoir, dans cette situation, le développement des modes amiables par le seul recours au bâton ? Il semble qu'en droit français, le problème vient de ce que les recours aux modes amiables sont d'abord perçus comme des moyens de soulager les tribunaux d'un travail quotidiennement croissant avant d'être conçus comme des chemins d'accès à une justice plus apaisée. Qui plus est, l'objectif de désengorgement des rôles, outre les critiques portant sur sa logique gestionnaire de la justice, trouve une première limite dans l'allongement de la durée du procès – et non seulement de la procédure –, portant ainsi atteinte à l'exigence de célérité de la justice. À ce titre, la Chine tente de développer un système dans lequel le jugement collabore avec la médiation en coordonnant l'exigence de satisfaction populaire (même si cette exigence répond à celle de la stabilité sociale, dont le but est évidemment politique) avec l'objectif d'efficacité de la justice²⁵²³. C'est, en tout cas, la direction choisie par

²⁵²¹ *Infra* n°393.

²⁵²² Qui insère l'article 127 du CPC.

²⁵²³ Hu Jieren, Zeng Lingjian, préc., pp. 47-48. « *No matter what methods the government chooses, it has been attempting to adopt a pragmatic and problem-solving approach to balance justice and efficiency while maintaining socio-political stability and rapid economic growth. The outcome is a continuous experimentation leading to the creation of new mechanisms* ». V. Aussi, Ronald Peerenboom et Xin He, préc., p. 61: pour ces auteurs, la plupart des avancées jusqu'à ce jour en droit chinois sont le fait, justement, de cette approche pragmatique.

les autorités centrales, qui, en plus d'inciter les tribunaux à recourir à une médiation prioritairement à l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, mettent en avant la nécessité de faire coexister ces deux méthodes de résolution des conflits.

B. Le renforcement des modes amiables intégrés à la procédure judiciaire : 调判结合.

356. La coordination des modes juridictionnel et amiable de résolution des différends. Le second point clé de la politique judiciaire encouragée par la Cour Suprême depuis 2010 réside dans la *coordination* entre la technique de la médiation et la méthode juridictionnelle. Une coordination qui ne doit pas être synonyme de fusion (调判合一) : depuis les années 1990, la confusion des deux pouvoirs suscite beaucoup de critiques et bon nombre d'auteurs appellent à une séparation organique et fonctionnelle du pouvoir juridictionnel et du pouvoir de conciliation²⁵²⁴.

C'est ainsi que la Cour intermédiaire de Nankin, sous l'initiative de son Président, Hu Daocai²⁵²⁵, a mené une expérience en 2012 en interprétant l'objectif de coordination comme une « *séparation à un degré modéré de la médiation et du jugement, accompagné du renforcement [de leur cadre] normatif et de leur mise à égalité*²⁵²⁶ ». Concrètement, la Cour Intermédiaire de Nankin a sélectionné huit juridictions comme unités expérimentales²⁵²⁷ qui devaient chacune choisir un des quatre modèles proposés : (1) la séparation de la médiation et de l'orientation vers une procédure juridictionnelle pendant la phase d'enregistrement (立案阶段实行调判分

²⁵²⁴ Chu Zhenyu (储振宇), « Mon humble opinion sur le régime de médiation civile contemporain » (« 现行民事调解制度刍议 »), *Système juridique et économique* (法制与经济), vol. 369, n°12, déc. 2013, pp. 31-32. V. Hu Daocai (胡道才), « La séparation modérée de la médiation et du jugement : l'autre voie du "retour de la médiation à la médiation et du retour du jugement au jugement" » (« 调审适度分离: “调解归调解, 审判归审判”的另一路径 »), *Sciences juridiques contemporaines* (当代法学), n°2, 2014, p. 76 : ces auteurs en question sont, notamment, Fan Yu (范愉), Li Hao (李浩) et Zhang Weiping (张卫平) en faveur d'une séparation depuis fin années 90.

²⁵²⁵ *Ibid.*

²⁵²⁶ Hu Daocai, préc., p. 77 : « 调审适度分离, 规范强化并重 ».

²⁵²⁷ Pour un aperçu de chacune de ces juridictions, voir le site officiel du tribunal intermédiaire de la ville de Nankin : <http://www.njfy.gov.cn> Ces juridictions sont :

- Les tribunaux des quartiers de Yanjiang (沿江) et de Chengdong (城东) rattachés au tribunal populaire de Luhe (六合法院)
- Le tribunal populaire de Lishui (溧水法院)
- Le tribunal de quartier de Xiaolingwai (孝陵卫) rattaché au tribunal populaire de Xuanwu (玄武)
- Le tribunal de quartier de Jiangpu (江浦) rattaché au tribunal populaire de Pukou (浦口)
- Le tribunal de quartier de Banqiao (板桥) rattaché au tribunal populaire de Yuhuatai (雨花台)
- Les deuxième et quatrième chambres civiles du tribunal populaire de Nankin.

离), (2) la séparation de la médiation et du pouvoir juridictionnel pendant la phase de mise en état (庭前阶段实行调判分离), (3) la séparation de la médiation et du pouvoir juridictionnel pendant la phase d'enregistrement et pendant la phase de mise en état (立案以及庭前阶段实行调判分离) et la séparation exercée tout au long du procès (全程调判分离). Quatre juridictions ont choisi le premier modèle²⁵²⁸ : avant l'enregistrement, des organes spécialisés en médiation étaient donc responsables de la conciliation des parties. En cas d'échec, l'affaire était enregistrée puis transférée à une chambre de jugement. Deux juridictions ont cependant aménagé le renvoi des affaires en chambres de jugement en cas d'échec du processus amiable : selon le degré de clarté des faits et la complexité de l'affaire, celles-ci étaient jugées soit immédiatement²⁵²⁹ soit transférées à une chambre juridictionnelle pour être jugées. Dans la première situation, le juge médiateur compétent en phase d'enregistrement pouvait également trancher les affaires susceptibles d'une procédure en « référé » (速调速审). Trois unités²⁵³⁰ ont opté pour le deuxième modèle (la démarcation entre les deux méthodes de traitement *avant* la mise en place de l'audience). Seul le tribunal du Yuanxia a expérimenté le troisième modèle. Aucun d'entre eux n'a choisi le dernier modèle²⁵³¹.

Concernant le choix du « médiateur », trois juridictions ont opté pour un travail d'équipe entre un juge spécialisé en médiation et un membre de la médiation populaire. La quatrième chambre civile a choisi une formation de médiation collégiale composée de juges ; seul le tribunal de Chengdong (Luhe) a choisi de recourir à des

²⁵²⁸ Les tribunaux de Lishui, Yanjiang (Luhe), Xiaolingwei (Xuanwu) et le tribunal du quartier de Gulou. Ce dernier a demandé à participer à la réforme de la méthode de travail des tribunaux populaires de Nankin

²⁵²⁹ Selon une procédure spéciale que l'on peut rapprocher de la procédure en référé français : 速裁程序. Cette procédure n'est pas encore clairement réglementée en droit et est issue du deuxième plan quinquennal de la Cour Suprême de 2003-2008 (人民法院第二个五年改革纲要 (2004—2008), publication [2005], n°18), n°6 : « *il faut continuer à approfondir la simplification de la procédure civile et établir un régime de procédure en référé sur la base de la procédure civile simplifiée, il faut mettre en place un modèle avec des organes, une procédure, une méthode de jugement et une forme de décision applicable spécifiquement aux affaires de faibles montants* » (« 6、继续探索民事诉讼程序的简化形式, 在民事简易程序的基础上建立速裁程序制度, 规范审理小额债务案件的组织机构、运行程序、审判方式、裁判文书样式等 »).

²⁵³⁰ Les deuxième et quatrième chambres civiles du tribunal intermédiaire ainsi que le tribunal de quartier de Chengong (Luhe)

²⁵³¹ Comme l'explique Hu Daocai, d'un point de vue théorique, la séparation totale de la médiation et du travail juridictionnel tout au long du procès serait le meilleur modèle (not. au regard de l'indépendance). Pourtant, (préc., p. 78) une totale séparation serait trop compliquée à mettre en œuvre et trop onéreuse ; elle ne reflète pas la ligne imposée par le tribunal intermédiaire, à savoir une séparation graduée mais non totale. Il est au contraire plus simple de s'appuyer sur une coordination des deux techniques.

médiateurs populaires ; le magistrat en charge de l'affaire n'était compétent que pour homologuer l'accord. En principe, le délai accordé pour une tentative de conciliation pendant l'enregistrement et/ ou pendant la mise en état était de 30 jours ; par ailleurs chacune des juridictions a considéré qu'en cas d'échec de la mesure de conciliation, celle-ci ne serait pas renouvelée sous l'auspice du juge. L'accord des parties n'était pas nécessairement une condition de mise en œuvre de la médiation, qui pouvait être décidée en fonction de la nature de l'affaire²⁵³².

Les expériences ont été menées sur une période de six mois (de mai 2012 à décembre 2012²⁵³³) et les résultats évalués sur la base du taux de médiation réussie²⁵³⁴. La deuxième chambre civile du tribunal intermédiaire a connu la plus haute augmentation de son taux de médiation, soit 35,82%, alors que la juridiction de Luhe a connu une baisse de 7,98%. Pour Hu Daocai, plus la procédure de médiation judiciaire est réglementée, moins celle-ci a d'attractivité. Peu de juridictions atteignent un taux exorbitant de réussite en matière de médiation à l'exception du tribunal de Xiao Lingwei (qui aurait atteint un taux de 82%²⁵³⁵). Enfin, l'expérience a montré que le principe de prise en compte de la volonté des parties de recourir à une médiation a été partiellement renforcé, cette assertion n'étant cependant issue que du témoignage des juges²⁵³⁶. Pour Hu Daocai, ces expériences ont également fait ressortir les principaux problèmes de l'intégration de mécanismes alternatifs dans les tribunaux chinois : outre la charge de travail et le coût des procédures, il déplore que presque aucune juridiction n'ait choisi de membre de comité de médiation populaire ou de juge auxiliaire pour procéder au travail de médiation préalable à l'instance. Il estime, par ailleurs, que la participation des juges à un tel processus ne contribue pas à leur professionnalisation sur le plan strictement juridique²⁵³⁷.

357. Travailler à réformer le modèle d'harmonisation de la médiation/conciliation judiciaire et du procès implique, pour certains auteurs comme Zhang Weiping, de prendre en compte les particularités propres au système chinois. Or, sa particularité réside avant tout dans ce que la mesure de médiation ou de

²⁵³² Hu Daocai, préc., p. 79.

²⁵³³ À l'exception du tribunal de Hanshou qui a continué jusqu'en avril 2013.

²⁵³⁴ Eux-mêmes évalués par rapport au taux de médiation calculé au sein de la même période l'année d'avant.

²⁵³⁵ Hu Daocai rappelle que ce taux ne correspond pas à la réalité.

²⁵³⁶ Témoignage de la 2^{ème} chambre civile de la Cour intermédiaire.

²⁵³⁷ Hu Daocai, préc., p. 81.

conciliation judiciaire se comprend comme relevant du pouvoir du juge et non de la volonté commune des parties. Selon Huang Shizhi :

« les tribunaux possèdent un grand pouvoir discrétionnaire à l'égard de la médiation, tout d'abord dans la détermination des faits, puis dans la décision d'exercer ou non une médiation. Ils décident également d'user ou non d'une méthode de nature juridictionnelle au sein du processus de conciliation des parties. Leur influence dans le travail s'accompagne du pouvoir suivant : si la médiation est un échec, alors le même juge, au cours de la même procédure, peut examiner l'affaire et décider (de la suite à donner) de rendre un jugement²⁵³⁸ ».

Pour Hu Daocai, la première condition d'une séparation « adéquate » entre les fonctions de médiation et de jugement implique de passer d'un processus mené actuellement par le juge à un processus initié par les parties ; elle suppose le respect de leur volonté et de leur droit de disposer de leur litige. À partir des résultats issus de ces expérimentations, Hu Daocai défend le modèle qui, selon lui, est le plus adéquat : élever la médiation en principe directeur avant le début du procès (以庭审前的调解为主) et limiter la médiation en cours de procès à la demande et la volonté des parties (庭审中及后的调解以当事人申请和合意为限)²⁵³⁹.

358. Conclusion du Chapitre 1 : Certains auteurs défendent l'idée d'un lien entre le degré de développement des MARD et la nature de l'État qui influencerait, par conséquent, le modèle d'intégration des modes amiables dans la sphère juridique. Ainsi, pour reprendre les propos de célèbres processualistes,

« Comme l'a souligné Bruno Oppetit, les MARC ne sont pas admis avec la même bienveillance par les différents modèles de systèmes juridiques. Dans un système autoritaire, centralisant la fonction de justice et ne tolérant pas la justice privée, ils seront écartés, la concurrence de cette justice pacifique n'étant pas tolérée. Dans un système purement libéral au contraire, où l'État ne prétend pas au monopole du jugement des conflits entre particuliers et accepte l'autonomie des individus dans la recherche d'une solution, ils seront parfaitement admis. Enfin, d'autres systèmes sont mixtes, reconnaissant la légitimité de cette forme de justice tout en la limitant et la règlementant. Tel est le cas du système français, qui fait une large place à ces modes alternatifs mais en limite le domaine : les parties ne peuvent apporter une

²⁵³⁸ Huang Zhongzhi (黄宗智), cité par Hu Daocai, préc., p. 83.

²⁵³⁹ *Idem*, p. 84.

solution conventionnelle à leur conflit que pour les droits dont elles ont la libre disposition et sous réserve du respect de l'ordre public²⁵⁴⁰ [...] ».

Ce constat semble toutefois être un peu radical. En effet, il semble que le degré de libéralisation d'un État n'influence que partiellement le degré d'intégration des modes amiables dans les moyens de résolution des différends. Plus précisément, la comparaison des développements français et chinois en la matière montre que leur différence d'approche du traitement amiable des différends est liée à leur différence de conception de l'office du juge. Bien que les deux systèmes juridiques consacrent chacun son pouvoir de conciliation, il semble que le juge chinois soit beaucoup plus enclin que le juge français à en faire usage. En outre, le système chinois ne distingue pas la conciliation de la médiation mais se borne à distinguer la conciliation en présence d'un tiers d'une réconciliation spontanée des parties ou à distinguer le processus amiable de nature judiciaire du processus extrajudiciaire. Cette dernière distinction apparaît, à vrai dire, bien plus intéressante à exploiter que celle française entre « conciliation » et « médiation ».

Les diverses expériences chinoises menées en juridictions, dont quelques-unes ont pu être présentées, révèlent également une tendance à l'institutionnalisation dans les enceintes judiciaires de la pratique de la médiation pour contrer, semble-t-il, les risques de dérives vers une justice particulariste. Mais, en aucun cas, la médiation en Chine ne semble être en voie de disparition. À l'inverse, le droit français insiste sur un développement des MARD en amont de la saisine du juge, par le renforcement des préalables de conciliation. Les degrés d'intégration des MARD dans chacun des deux systèmes juridiques mettent progressivement en relief deux modèles distincts : celui d'une médiation institutionnalisée, et donc sous contrôle de l'État (Chine) et celui d'une médiation plus libérale (France) qui tend à éviter, justement, le contrôle étatique. Si, au final, l'objectif *général* reste le même, à savoir, développer une justice négociée ou en tout cas apaisée, ce sont les dynamiques sous-jacentes à son développement qui divergent.

²⁵⁴⁰ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, *op.cit.*, p. 1650, n°2422.

Chapitre 2. Vers de nouvelles dynamiques dans le développement d'une justice amiable.

359. Les MARD, des modes amiables et *alternatifs* de résolution des différends. Si le renforcement de la médiation en tant que technique judiciaire de résolution des conflits passe par la consolidation de son statut en procédure civile, la promotion de la médiation comme processus alternatif de résolution des conflits implique, au contraire, de se concentrer sur la sphère extérieure au juge. Il faut bien comprendre qu'en Chine, la médiation judiciaire dans le procès civil est équivalente à la technique juridictionnelle : le juge décide de l'opportunité d'user de l'une ou l'autre des deux méthodes ; elles peuvent être, à ce titre, complémentaires²⁵⁴¹. Cet office bien particulier du juge chinois, à la fois juge arbitre et juge conciliateur sans que l'une ou l'autre de ces deux fonctions s'opposent, constitue une spécificité du procès civil chinois. En France, le pouvoir analogue à celui de médiation du juge chinois n'est autre que le pouvoir de conciliation de l'article 21 du CPC ; pourtant, au regard des données en la matière²⁵⁴², la mission de conciliation du juge civil relève plutôt du principe théorique que d'une application pratique. Force est de constater que les processus visant à concilier les parties en France se réalisent surtout en dehors du juge ; qu'il s'agisse de la conciliation judiciaire sous sa forme déléguée, de la médiation judiciaire confiée nécessairement à un tiers ou encore des dispositions des articles 1528 et suivants du Code de procédure civile, les modes amiables de règlement des différends se conçoivent aux antipodes de la sphère juridictionnelle mais aussi et surtout comme des alternatives au recours judiciaire.

En Chine, il s'agit moins de traitement alternatif que de traitement amiable : le renforcement de la médiation passe par une régularisation de l'office du juge en priorisant la technique de médiation (méthode douce) sur celle juridictionnelle (le jugement étant alors perçu comme dernier recours). Il s'agirait ainsi moins d'éviter le

²⁵⁴¹ D'autant plus lorsque le juge va procéder à une médiation sur certains points du litige et régler le reste en vertu son pouvoir juridictionnel.

²⁵⁴² *Supra* n°241 ; l'activité de conciliation judiciaire est de l'ordre de 2 à 3% pour les TGI et TI : V. données détaillées (cumul sur la France entière) concernant l'activité civile des tribunaux d'instance et de grande instance en 2012, 2013 et 2014, sources : Ministère de la Justice/SG/SDSE – Exploitation statistique du répertoire général civil (www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/). En matière de médiation, en 2013, les TGI français ont renvoyé 277 affaires civiles (hors droit de la famille) devant un médiateur : V. Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends remis par l'Inspection Générale des Services Judiciaires (IGSJ), avril 2015, n°22-15, p. 17.

juge que le jugement. Cependant, les problèmes de gestion des flux, accompagnés de la volonté des justiciables de trouver des solutions en dehors du système judiciaire a conduit le gouvernement à impulser, en plus de la médiation judiciaire, des méthodes de règlement des conflits de nature hybride sous couvert d'une politique juridique qu'il dénomme « *développement de mécanismes pluriels de résolution des conflits*²⁵⁴³ ». Par exemple, la technique de la délégation a été considérablement renforcée en juin 2016²⁵⁴⁴ ; la procédure d'homologation des accords extrajudiciaires a été intégrée en 2012 au sein de la *Loi de procédure civile* ; enfin, les centres de service de résolution judiciaire et extrajudiciaire des conflits ne cessent de croître en Chine : le nombre atteint en mai 2016 près de 467 établissements²⁵⁴⁵. En France également, la tendance est au renforcement des mécanismes amiables. Ainsi, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 accompagnée du décret n°2017-892 du 6 mai 2017, issus du projet de justice du XXI^{ème} siècle développent et renforcent cette pluralité de mécanismes « alter-juridictionnels²⁵⁴⁶ ». Il suffit de citer, entre autre, la mise en place d'un préalable de conciliation obligatoire dans les procédures exercées devant les tribunaux d'instance²⁵⁴⁷ ; l'élargissement du domaine de la médiation à la sphère administrative ; l'extension du pouvoir de délégation à la matière prud'homale ou encore, la possibilité d'enclencher des conventions de procédure participative après la saisine du juge.

Ces réformes ont pour point commun d'insister sur l'idée de coordination des modes de résolution des différends (Section I). Néanmoins, l'étude de cette coordination serait réduite à une analyse purement technique si n'était pas pris en

²⁵⁴³ Sur cette notion, traduite en anglais par « *Diversified Mechanisms of Dispute Resolution* » (DMDR) : Jieren Hu, Yang Zheng, « Litigation and non-litigation, « *Diversified Mechanisms of Dispute Resolution in Contemporary China* » », *China Perspectives*, n°2016/1, pp. 47-55.

²⁵⁴⁴ « Règles relatives à la médiation spéciale des tribunaux populaires » (最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定), adoptées par la Cour Populaire Suprême le 23 mai 2016, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2016 (Règles [2016], n°14) accompagnées des « Opinions relatives à l'approfondissement de la réforme sur les mécanismes pluriels de résolution des différends dans les tribunaux populaires » (关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见) (Opinions [2016], n°14). V. aussi la présentation des nouveaux textes donnée par le directeur du bureau de la réforme judiciaire de la Cour Suprême, Hu Shihao (胡仕浩), concernant l'esprit de la réforme initiée par les Règles et les Opinions de 2016 (« 最高法院发布多元化纠纷解决机制改革若干意见 »), disponible à l'adresse : <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-22762.html> et le communiqué de presse relatif à la présentation de Hu Shihao disponible à l'adresse : <http://www.court.gov.cn/fuwu-xiangqing-22851.html> [dernière consultation le 10 avril 2018].

²⁵⁴⁵ Communiqué de presse de la présentation faite de Hu Shihao [en ligne] : en comparaison, en 2016, les tribunaux ont établi 3498 centres de services juridiques.

²⁵⁴⁶ V. également le projet de loi de programmation de la justice (2018-2022), art. 1 et 2.

²⁵⁴⁷ CPC, art. 829, al. 1^{er} : « La demande en justice est formée par assignation à fin de conciliation et, à défaut, de jugement, sauf la faculté pour le demandeur de provoquer une tentative de conciliation ».

compte le modèle choisi dans lequel elle s'inscrit : s'agit-il d'intégrer les modes amiables dans le recours à la justice (et, en ce sens il serait préférable de parler de modes alter-juridictionnels, voire alter-judiciaires) ou, au contraire, de développer des mécanismes en dehors de la sphère judiciaire ? (Section II).

Section I. La coordination des modes de résolution judiciaires et extrajudiciaires des conflits en Chine.

360. Le développement contemporain de la technique de la médiation en Chine s'inscrit officiellement dans une logique de coordination des moyens d'accès à la justice. Coordination en amont, tout d'abord, par la mise en place d'un réseau d'acteurs judiciaires et extrajudiciaires actionné par la technique de la délégation (§ 1). Coordination en aval ensuite, par le renforcement de l'efficacité des accords amiables incarné dans le processus d'homologation (§ 2).

§1. La technique de la délégation : une coordination en amont.

361. Le renforcement de la délégation en droit français. En France comme en Chine, les juges peuvent recourir à un tiers pour mener leur mission de conciliation des parties. Cette pratique tend à se renforcer en France puisque les parties ne peuvent plus refuser, depuis 2015, la délégation de la conciliation lorsque celle-ci est prévue par la loi²⁵⁴⁸. En outre, la possibilité de déléguer la mission conciliatoire à un médiateur a été étendue à la matière prud'homale en 2016²⁵⁴⁹. Le premier axe imposé à la loi du 18 novembre 2016 concernait justement la délimitation des contentieux selon qu'ils sont susceptibles ou non d'une délégation judiciaire à des acteurs autres

²⁵⁴⁸ CPC, art. 831.

²⁵⁴⁹ Code du travail, art. R1471-2 modifié par l'article 31 du Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, qui consacre le titre VII « Résolution amiable des différends » dans le Code du travail (art. R 1471-1 et R 1471-2) ; sur la délégation de la mission du bureau conciliatoire à un médiateur, V. not. Daniel Boulmier, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : ni ou déni de justice ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, n°170, p. 53.

que le juge²⁵⁵⁰. L'articulation de la délégation par rapport à la distinction française entre médiation et conciliation implique de concevoir le recours à un tiers avant procès (préalable de conciliation délégué) ou pendant celui-ci (médiateur judiciaire). Cette pratique est consacrée par décret depuis 1978 pour la conciliation confiée à un conciliateur de justice et par la loi depuis 1995 pour la médiation judiciaire.

Un des avantages de la délégation est de remédier à la crainte d'une médiation « forcée » : pour certains auteurs, en cas de conciliation menée par le juge, la partie qui refuse de s'y soumettre s'exposerait à un premier jugement négatif de la part du magistrat²⁵⁵¹. En Chine, bien que la médiation forcée soit considérée comme illégale depuis de nombreuses années²⁵⁵², l'absence de distinction claire entre l'office juridictionnel et l'office de conciliation du juge a conduit, en pratique, à relativiser la condition de consentement des parties à une mesure de médiation proposée par le magistrat. La mise en place de la technique de la délégation s'avère donc opportune et devrait conduire au renforcement du principe du dispositif, principe fondamental du procès chinois²⁵⁵³.

362. La nouveauté de la délégation en droit chinois. En Chine, la délégation de la médiation est récente et serait inspirée de la procédure prud'homale française²⁵⁵⁴. Cette technique n'est cependant pas prévue dans la *Loi de procédure civile*²⁵⁵⁵. C'est la Cour Suprême qui, sur la base de l'article 95 de la LPC (ancien article 87) a impulsé, en 2004, la technique de la délégation²⁵⁵⁶. Cet article prévoit la possibilité

²⁵⁵⁰ Lettre du 4 février 2013 adressée par la Garde des Sceaux au Premier Président M. Pierre Delmas-Goyon dans le cadre de l'élaboration du projet de la justice au XXI^e siècle.

²⁵⁵¹ Ce qui est contraire au principe de liberté de renonciation : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2014, pp. 1313 et s., n°589.

²⁵⁵² Depuis 1991, date de la promulgation de l'actuelle *Loi de procédure civile* chinoise dont l'article 9 transforme le principe de « mettre l'accent sur la médiation » (着重调解) au principe de « médiation légale et volontaire » (自愿合法调解). V. not. « Comment traiter correctement la relation entre jugement et médiation » (« 如何正确处理调解与判决的关系 »), article disponible sur la site des tribunaux populaires à l'adresse : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2012/03/id/476573.shtml> [dernière consultation le 22 sept. 2016].

²⁵⁵³ LPC, art. 13, al. 2. Il est intéressant de constater que ce principe s'inscrit dans le même article que le principe de bonne foi.

²⁵⁵⁴ Zhou Jianhua (周建华), « La médiation française : comparaison et exemple à suivre » (« 法国的调解：比较与借鉴 »), In Xu Xin, *op.cit.*, pp. 210-220.

²⁵⁵⁵ Sur le développement de la technique de la délégation en droit chinois : Fan Yu, « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire », préc., p. 58 : cette technique serait apparue tôt dans la pratique mais n'a jamais été érigée au rang de loi.

²⁵⁵⁶ Interprétation [2004] n°12, art. 3, al. 2 ; pour une liste assez complète des directives et incitations officielles en faveur de la délégation de la médiation, V. Liu Jiayang (刘加良), « Les composantes du

pour le juge d'inviter tout individu qu'il estime opportun pour *l'assister* dans son travail de médiation. Ces individus peuvent être des proches des parties (membres de la famille, voisins) mais également des unités professionnelles, commerciales, des groupements sociaux ou encore toute organisation possédant une certaine expérience en matière de conciliation, qui entretiennent un lien particulier avec l'affaire litigieuse²⁵⁵⁷. Cette possibilité a été encouragée en 2007²⁵⁵⁸ et précisée en 2009 : ainsi, lorsque les tribunaux populaires réceptionnent, par écrit ou à l'oral, la demande en justice des parties et avant que celle-ci soit formellement enregistrée, ils peuvent, d'office (依职权) ou à la demande des parties, désigner (委派) une organisation externe pour procéder à la médiation²⁵⁵⁹. Si la demande a déjà été enregistrée, le tribunal peut renvoyer les parties devant un médiateur extérieur avec leur accord ou s'il l'estime nécessaire (人民法院认为确有必须的)²⁵⁶⁰.

363. La délégation de la conciliation, avant ou après saisine de la juridiction ? La Cour Populaire Suprême distingue très clairement les deux modes de délégation selon qu'ils interviennent avant ou après l'enregistrement de la demande. Une distinction que l'on retrouve, tout d'abord, sur le plan linguistique : la délégation de la médiation opérée avant enregistrement est appelée *weipai tiaojie* (委派调解) alors que la délégation en cours d'instance est dénommée *weituo tiaojie* (委托调解). Le premier terme, « *weipai* », se traduit par « charger quelqu'un d'une mission,

régime de médiation déléguée » (« 委托调解的制度要素 »), *Journal universitaire des sciences politico-juridiques du Xibei* (西北政法大学学报), n°4, 2014, pp. 182-192.

²⁵⁵⁷ Interprétation [2004] n°12, art. 3, al. 1.

²⁵⁵⁸ Opinion [2007] n°9, art. 11 : « *Les tribunaux populaires peuvent établir et améliorer les mécanismes de travail pour conduire les forces sociales à recourir à la médiation en vertu des lois et des interprétations judiciaires. Ils peuvent orienter les parties à choisir parmi les organes de médiation, les organisations autonomes et populaires ou toutes autres organisations (de travail, féministe, etc.) qui couvrent aux processus amiables en dehors du tribunal, afin qu'elles règlent leur(s) différend(s). Ils peuvent également inviter des représentants, des membres du CCPPC, des avocats, etc. à exercer la médiation. Avec l'accord des parties, les assistants du juge et tout autre auxiliaire de justice désigné par le tribunal peuvent exercer la médiation. Concernant les affaires épineuses, complexes ou pouvant avoir un impact important, le président de cour ou le président d'audience peut conduire la médiation* » (« 人民法院可以根据法律以及司法解释的规定, 建立和完善引入社会力量进行调解的工作机制。人民法院可以引导当事人选择办案法官之外的有利于案件调解的人民调解组织、基层群众自治组织、工会、妇联等有关组织进行调解, 也可以邀请人大代表、政协委员、律师等个人进行调解。经当事人同意, 法官助理等审判辅助人员受人民法院指派也可以调解案件。对疑难、复杂和有重大影响的案件, 人民法院的庭长或者院长可以主持调解 »).

²⁵⁵⁹ Opinions [2009] n°45, art. 14.

²⁵⁶⁰ Opinion [2009] n°45, art. 15

désigner²⁵⁶¹ » et implique un lien de subordination (居高临下) de nature administrative. Or, pour Li Daoen, ce vocabulaire n'est pas approprié puisque le tribunal n'a pas le pouvoir de confier une mission de conciliation à un organe de médiation avant l'enregistrement de la demande²⁵⁶². Il est par ailleurs trompeur puisque ce genre de médiation reste, dans sa nature, extrajudiciaire. Pour la médiation déléguée en cours d'instance, le choix terminologique est moins ambigu, l'expression « *weitu* » renvoyant à l'idée d'un lien de représentativité : le juge délègue l'exercice de sa mission de médiation à un organe chargé de le représenter.

L'absence de précision légale quant au fonctionnement de la délégation ne permet pas d'approche systémique de la médiation déléguée, dont la nature dépend du moment de mise en œuvre de la délégation²⁵⁶³. Ainsi, lorsque les parties sont dirigées vers un médiateur avant l'enregistrement de leur demande, la médiation réalisée est considérée comme extrajudiciaire (A) ; inversement, si la médiation effectuée par un organe extérieur au tribunal est prononcée une fois la demande enregistrée, elle est donc de nature judiciaire (B).

A. La nature et le fondement ambigus du préalable de conciliation déléguée avant la saisine du tribunal populaire.

364. Comparaison en droit français et chinois des modalités de la délégation. En France, les modalités de délégation du préalable de conciliation prévu par la loi varient selon l'objet de la demande en justice et, parfois, selon le mode de saisine de la juridiction²⁵⁶⁴. L'exemple le plus frappant concerne la procédure applicable devant le tribunal d'instance : les parties peuvent lui adresser une demande aux seules fins de conciliation ou une demande aux fins de conciliation et, à défaut, de jugement. Dans le premier cas, le juge peut soit procéder lui-même à une

²⁵⁶¹ *Dictionnaire concis français-chinois, chinois-français*, La Presse Commerciale et Larousse, 2000, p. 556, entrée « weipai ».

²⁵⁶² Li Daoen (李道恩), « Discussion sur la voie à suivre de la médiation intégrée au tribunal » (« 论法院转介调解之路径 »), *Fazhi Yanjiu*, n°10, 2014, p. 121. Ce choix terminologique s'expliquerait par les liens étroits, de nature fonctionnelle, existants entre le tribunal et les organes administratifs ou les organes de médiation populaire.

²⁵⁶³ Fan Yu, « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire », préc., p. 68 : « 各地各级法院在司法实践中创新的委托调解形式多样, 而司法解释并未将其统一定位为诉讼调解或非诉讼调解, 而是根据其在诉讼程序的不同阶段和处理结果作出多元化的定位 ».

²⁵⁶⁴ Par souci de clarté nous nous attachons ici à l'examen des procédures devant les tribunaux d'instance.

conciliation²⁵⁶⁵ (au cours d'une audience dite de conciliation) soit déléguer sa mission à un conciliateur sans que les parties puissent s'opposer à la délégation. Dans l'hypothèse d'une demande aux fins de conciliation et, à défaut, de jugement, qu'il s'agisse d'une saisine par déclaration au greffe ou d'une assignation à toutes fins, la pratique a mis en place le mécanisme de double convocation issu de l'article 845 du Code de procédure civile²⁵⁶⁶. Dans le cadre d'une requête conjointe, l'article 57 du CPC dispense les parties de justifier des tentatives de résolution amiable du litige²⁵⁶⁷. Le point commun de ces procédures réside dans ce que la volonté des parties, incarnée dans le mode de saisine choisi par ces dernières, détermine la finalité du processus applicable : amiable ou juridictionnel.

Or, en Chine, qu'il s'agisse d'une affaire civile susceptible de procédure simplifiée ou de procédure ordinaire, le mode de saisine est unique²⁵⁶⁸ : la loi ne mentionne pas de saisine du tribunal aux seules fins de conciliation ou aux fins de jugement. La procédure applicable dépend moins de la manifestation de la volonté des parties que de la décision de la chambre d'orientation. Bien évidemment, une demande en justice dans laquelle la partie mentionne expressément sa volonté de recourir à un mode de traitement amiable de son différend sera orientée vers une médiation ; en revanche, il n'est pas certain qu'une demande visant à trancher le contentieux soit directement orientée vers une procédure juridictionnelle²⁵⁶⁹. La prise en compte de la volonté des parties est donc relative : la médiation « déléguée » avant enregistrement peut être le fait du juge ou de la volonté des parties.

365. La délégation par la chambre d'enregistrement chinoise. Plus précisément, en droit chinois, le seul mode de saisine réglementé par la *Loi de procédure civile* correspond à celui de la déclaration au greffe²⁵⁷⁰. Alors qu'en droit

²⁵⁶⁵ En cas d'échec de la conciliation, les parties pourront consentir au jugement immédiat de leur affaire ou, à défaut, être informées de la possibilité de saisir la juridiction ultérieurement pour faire trancher leur litige, CPC, art. 835.

²⁵⁶⁶ V. aussi Natalie Fricero *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd. 2016-2017, p. 35 n°112.23 : le juge peut également proposer une médiation ou conciliation en droit commun de procédure civile sur le fondement de l'article 127 en cas de défaut des diligences accomplies prescrites aux articles 56 et 58 du CPC.

²⁵⁶⁷ CPC, art. 841 et s. ; CPC, art. 57.

²⁵⁶⁸ *Supra*, n°251.

²⁵⁶⁹ À titre d'exemple, le préalable de conciliation prévu par la loi dans le cadre d'une procédure simplifiée, homologue de nos procédures devant TI, est enclenché par la chambre d'orientation sur la base des éléments de l'affaire alors qu'en France, il est obligatoire par exemple en cas de saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe (art. 4 loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016).

²⁵⁷⁰ *Supra*, n°251.

français, la déclaration au greffe confond demande et saisine du juge²⁵⁷¹, en Chine, la chambre d'enregistrement, qui s'apparente à une sorte de greffier quasi-juridictionnel²⁵⁷², joue un rôle majeur dans l'enrôlement de l'affaire puisqu'elle peut refuser d'enregistrer une demande qui ne répond pas aux conditions de recevabilité. Le décalage existant entre le moment du dépôt de la demande auprès de la chambre d'enregistrement et celui de son enrôlement pose la question du moment de la saisine du tribunal et du début de l'instance. Plus particulièrement, c'est le fondement même du pouvoir de rediriger les parties vers un médiateur avant de procéder à l'enregistrement de la demande en justice qui pose problème. Ou bien le tribunal populaire est saisi à compter du jour du dépôt de la demande et, auquel cas, le juge chargé d'enregistrer l'affaire peut ordonner une médiation préalable de nature judiciaire ; ou bien, au contraire, c'est à compter du jour de l'enregistrement de la demande que le tribunal populaire est saisi et, dans ce cas, il est difficilement concevable qu'un juge puisse ordonner aux parties de se concilier sans même être saisi.

Ce particularisme ne se retrouve pas en droit positif français pour l'instant. En effet, lorsqu'une partie saisit une juridiction, sa demande introduit l'instance²⁵⁷³, quel que soit le mode de saisine choisi²⁵⁷⁴. Même en cas de demande aux seules fins de conciliation devant une juridiction particulière, la tentative préalable de conciliation est considérée comme partie intégrante de l'instance puisqu'en cas d'échec de conciliation des parties, le juge peut, avec leur accord, juger immédiatement l'affaire²⁵⁷⁵. Soulignons que le législateur a quand même dû préciser que l'enregistrement d'une demande aux seules fins de conciliation suspendait les délais de prescription²⁵⁷⁶.

366. La nature d'une conciliation issue d'une délégation. En Chine, la problématique du renvoi des parties à un tiers conciliateur avant déclenchement de

²⁵⁷¹ Roger Perrot, « Demande en justice. Date d'introduction de l'instance : assignation ou mise au rôle ? » *RTD civ.* 1993, p. 885.

²⁵⁷² *Supra*, n°250.

²⁵⁷³ CPC, art. 53 : « la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance ».

²⁵⁷⁴ Pour l'assignation : CPC, art. 54, 55 et 56. Exception : présentation volontaire des parties et requête conjointe remise au greffe : CPC, art. 54, 57 : « la requête conjointe est l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs » ; pour la simple déclaration au greffe : CPC, art. 54 et 58.

²⁵⁷⁵ CPC, art. 835.

²⁵⁷⁶ CPC, art. 830, al. 3.

l'instance a été renforcée par deux séries de règles établies par la Cour Suprême. La première, relative à la réforme du système d'enregistrement des demandes en justice, commande aux chambres d'enregistrement de consigner la demande « sur place » (au sens de directement, 当场) du moment que celle-ci répond aux conditions de recevabilité énumérées aux articles 119 et suivants de la LPC ; dans le cas contraire, la chambre d'enregistrement doit décider de l'enregistrement dans les délais légaux²⁵⁷⁷. La seconde, au contraire, invite les tribunaux à « guider activement » les parties vers une médiation avant d'enregistrer leur demande (qui peut d'ailleurs être repoussée) dans le cas où elles n'auraient pas effectué cette démarche avant de saisir la juridiction²⁵⁷⁸. Comme l'indique un communiqué du Tribunal Intermédiaire de Putian (province du Fujian), l'articulation de ces règles peut conduire à plusieurs interprétations, comprises entre ces deux extrêmes : soit l'on considère que la médiation préalable est applicable dans les cas où la chambre d'enregistrement ne peut décider, immédiatement, d'accepter et d'enregistrer la demande ; soit l'on estime que la médiation préalable doit être faite avant le dépôt de la demande en justice et non pas avant le début de l'instance. La première interprétation considère la médiation comme un substitut : elle est réduite à une mesure supplétive déclenchée en cas de difficultés juridiques. Elle dénature surtout le pouvoir accordé à la chambre d'enregistrement qui est justement d'orienter l'affaire, selon sa nature, vers la procédure appropriée. Or, l'illégalité ou l'irrecevabilité d'une demande en justice ne peut conduire à l'orienter, par défaut, vers une médiation : elle doit, dans ce cas, être rejetée. La seconde interprétation implique au contraire de concevoir la médiation préalable déléguée comme une étape à part entière avant la saisine de la juridiction : autrement dit, il s'agirait de rendre obligatoire le recours à un mode alternatif de résolution des différends avant que l'affaire soit enregistrée et orientée vers un traitement judiciaire. À défaut, la chambre d'enregistrement doit renvoyer les parties devant un médiateur, quitte à repousser l'enrôlement de la demande. Cette interprétation ne semble pas convaincante puisque nous avons vu, jusqu'à présent, que le droit chinois attachait beaucoup d'importance au critère de l'opportunité du

²⁵⁷⁷ « Opinions relatives à la promotion de la réforme du système d'enregistrement » (关于人民法院推行立案登记制改革的意见), adoptées par le Comité en charge de l'approfondissement des réformes du Comité central et entrées en vigueur le 1^{er} avril 2015, III (1) ; Yu Wentang (余文唐), « La jonction entre l'enregistrement des demandes et la médiation préalable » (« 登记立案与诉前调解的衔接 »), disponible à l'adresse : http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2015-05/28/content_6102268.htm [dernière consultation le 22/09/2016].

²⁵⁷⁸ Opinions [2010], n° 16, n°3.

recours à la médiation²⁵⁷⁹ ; celle-ci n'est donc pas de principe – tout comme la technique juridictionnelle ne l'est pas non plus – mais doit être enclenchée selon les particularités de l'affaire²⁵⁸⁰.

Ce préalable de médiation extrajudiciaire avant enregistrement de la demande en justice divise la doctrine chinoise : les partisans du développement des modes alternatifs de résolution des différends soulignent les mérites et les résultats concrets d'un tel système et regrettent qu'il ne soit pas plus mis en valeur par rapport à la délégation en cours d'instance²⁵⁸¹. « *L'utilité justifie sa faisabilité, la raison justifie son existence*²⁵⁸² ». Ce modèle de préalable systématique fait d'ailleurs écho à la réforme française imposant de déclarer irrecevable une demande en justice introduite devant les tribunaux d'instance sans qu'elle n'ait fait l'objet d'un traitement amiable²⁵⁸³. En revanche, en France, l'absence d'un tel traitement amiable préalable au dépôt de la demande n'est pas le seul critère permettant au juge de renvoyer les parties devant un conciliateur de justice. Le simple fait que l'affaire relève d'une procédure applicable devant ces juridictions constitue déjà, en soi, un premier filtrage des affaires susceptibles d'être traitées amiablement ou non. On peut simplement regretter l'absence de critère plus précis et, surtout, de nature non pécuniaire²⁵⁸⁴.

Inversement, en Chine, les processualistes dénoncent ce mécanisme en ce qu'il retarde l'exercice du droit d'action des parties et se fonde sur un pouvoir inexistant du juge. La médiation déléguée avant enregistrement de la demande en justice devrait être interprétée avec la lecture de l'article 122 de la *Loi de procédure civile* chinoise qui, rappelons-le, est inséré à la suite des conditions de recevabilité de l'action en justice. La mesure de médiation ne doit pas être ordonnée avant le contrôle de recevabilité de la demande en justice mais à son issue ; il s'agit en effet d'élever le contrôle de la chambre d'enregistrement en prémisses procédurales au renvoi de

²⁵⁷⁹ *Supra* n°346, 347.

²⁵⁸⁰ Cette explication n'est pas contraire au fait que le droit chinois impose le recours à la médiation dans certains types d'affaires tels que les accidents routiers ou les accidents médicaux. Huang Yi, « A Study on the People's Mediation System in China : Compared with the Alternative Dispute Resolution (ADR) System in Japan », *Legal Studies*, vol. 1, n°1, 2014, p. 23 : « *une médiation juridique et systématique ne permet pas de prendre en compte la situation spécifique et les caractéristiques du conflit et, par conséquent, perd de sa flexibilité* ».

²⁵⁸¹ Liu Jiayan, préc., p. 188.

²⁵⁸² *Ibid.* « 有用既是可行的，存在即是合理的 ».

²⁵⁸³ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 4 ; le projet de loi de programmation de la loi (2018-2022) propose de modifier l'article 4 de ladite loi en élargissement le préalable de conciliation aux tribunaux de grande instance.

²⁵⁸⁴ Il ne s'agit pas ici de discuter de la compétence matérielle des tribunaux d'instance, dont la nature de certaines affaires implique déjà de recourir à une phase de conciliation.

l'affaire devant un médiateur extrajudiciaire²⁵⁸⁵. Le juge exercerait alors un pouvoir de direction²⁵⁸⁶ (组织指挥权) quant au traitement du contentieux et le début de l'instance (à compter de la réception de la demande ou à compter de son acceptation) ne serait plus un obstacle à la délégation de la médiation préalable. En d'autres mots, la chambre d'enregistrement doit continuer à apprécier l'opportunité d'une mesure de médiation *après* avoir apprécié la recevabilité de l'action en justice.

Le fondement de ce pouvoir de renvoi n'est pas prévu dans les textes de loi ; il n'est évoqué que par la Cour Suprême qui a officialisé la possibilité, pour les juges du fond, de « retarder l'enregistrement » (暂缓) autrement dit, de retarder la saisine du tribunal. *Quid* de la prescription ? La Cour Suprême a prévu que le seul dépôt de la demande en justice suspend le délai de prescription²⁵⁸⁷, à l'instar de la saisine d'un Comité de médiation populaire ou de tout autre organe étatique habilité à résoudre un conflit civil (groupement social, unité de travail etc.). Par ailleurs, en l'état du droit positif chinois actuel, le temps accordé aux parties pour tenter de se concilier avant le début du procès n'est pas légalement imposé. C'est, une fois de plus, la Cour Suprême qui s'est chargée de fixer certaines limites : ainsi, les tribunaux peuvent repousser l'enregistrement de la demande dans une limite maximale de dix jours²⁵⁸⁸. En cas d'échec de la conciliation dans le temps imparti, le tribunal doit enregistrer immédiatement la demande si elle est recevable. La pratique intégrerait ce délai dans celui qui est octroyé aux juridictions pour enregistrer la demande en justice (cinq jours) et le renouvellerait en cas de demande par écrit de la part des deux parties²⁵⁸⁹. En cas de réussite, rien n'est indiqué quant au renvoi au tribunal : dans la pratique, les tribunaux n'ont pas de pratique unifiée et rendent soit une ordonnance

²⁵⁸⁵ Liu Jiayang, préc., p. 189.

²⁵⁸⁶ Wu Aibin (毋爱斌), « La médiation populaire instituée au tribunal et son fonctionnement » (« 法院附设型人民调解及其运作 »), In Xu Xin, *op.cit.*, p. 319 : la médiation populaire proposée avant procès ne serait pas déléguée mais seulement préconisée. Ainsi, certains auteurs s'interrogent sur le pouvoir dont dispose la chambre d'enregistrement chinoise : en effet, comment un organe de juridiction peut-il renvoyer une affaire devant une procédure de conciliation extrajudiciaire alors qu'il n'est justement pas saisi ?

²⁵⁸⁷ « Règles relatives à l'application du régime de prescription dans les contentieux civils », (Interprétation [2008] n°11), art. 12. (« 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的, 诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断 »).

²⁵⁸⁸ Opinions [2010] n° 16, n°9.

²⁵⁸⁹ Liu Jiayang, préc., p. 190.

d'homologation, soit un acte de médiation²⁵⁹⁰. Si les parties ne soulèvent aucune demande, l'accord conclu n'a pas force exécutoire.

B. La délégation en cours d'instance : vers une diversification des fonctions du tribunal chinois.

367. Le recours à la délégation : principe ou exception ? Sous couvert de coordination des acteurs judiciaires et extrajudiciaires, le transfert des traitements amiables apparaît être la technique la plus propice dans la mise en place d'un système pluriel de résolution des conflits. En France, la délégation constitue le fondement de l'agencement du régime contemporain de conciliation et de médiation judiciaires, au point que certains auteurs l'ont qualifiée de « spécificité française²⁵⁹¹ ». Il est vrai qu'à l'exception de certaines procédures²⁵⁹², le Code de procédure civile détaille précisément le mécanisme de délégation de droit commun, bien plus qu'il ne s'attarde à expliciter la procédure de conciliation exercée par le juge lui-même. De plus, la médiation judiciaire ne peut être le fait du juge, qui doit obligatoirement recourir à un médiateur. Au contraire, en Chine, cette technique est relativement nouvelle. La loi ne prévoit d'ailleurs pas explicitement ce processus, dont le domaine d'application est calqué sur celui de la médiation du fait du juge en matière civile²⁵⁹³. Contrairement à la France où la délégation de la mission de conciliation n'est prévue que dans les cas où la loi envisage un préalable de conciliation, le juge chinois peut y avoir recours sans être limité par le domaine de l'affaire. Le recours à la délégation doit permettre, en Chine bien plus qu'en France, d'abandonner à long terme le modèle du juge *Maxiwu* et de (re)centrer le juge sur son office principal : trancher le litige.

En d'autres mots, en l'état du droit positif des deux pays, la délégation serait de principe en France là où elle reste l'exception en Chine. Agissant comme une sorte de passerelle entre le tribunal et le monde extérieur, son développement suscite plusieurs interrogations : quelles sont tout d'abord les garanties exigées nécessaires à sa mise en

²⁵⁹⁰ *Infra*, n°377.

²⁵⁹¹ Béatrice Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », préc. [en ligne].

²⁵⁹² Applicables devant certaines juridictions ou dans certaines matières qui sont dotées de leurs propres particularités comme l'instance prud'homale.

²⁵⁹³ Liu Jiayang, préc., p. 183 : l'auteur explique que la médiation ne peut être déléguée qu'au sein des juridictions civiles de droit commun (à l'exclusion des juridictions dites spéciales : militaire, maritime...) en première et seconde instances.

œuvre ? Est-elle synonyme de transfert d'autorité ? Quel est son impact sur le processus judiciaire ? Plus largement, s'il est incontestable que les modes judiciaires de résolution amiable sont vecteurs de la déjudiciarisation de l'office du juge, est-ce que l'intervention d'un tiers extérieur au tribunal constitue un critère d'appréciation du phénomène de déjudiciarisation ? La comparaison des statuts de conciliateurs et/ou médiateurs en France et en Chine met en lumière la nature du lien organique existant entre eux et les tribunaux et les garanties offertes par la loi en termes d'indépendance (1). L'encadrement judiciaire de la mission de médiation (2) permet d'apprécier, quant à lui, l'étendue du contrôle du juge sur la mesure de conciliation et/ ou de médiation ordonnée.

1. Le lien organique entre tribunaux et conciliateurs (ou médiateurs).

368. Le statut du tiers conciliateur. En France, le statut originel des conciliateurs de justice laissait penser que leur compétence relevait exclusivement de la sphère extrajudiciaire. En effet, le décret n°78-381 du 20 mars 1978 évoquait les conciliateurs (le qualificatif « de justice » a été ajouté bien plus tard) et définissait leur activité comme étant de « faciliter, *en dehors de toute procédure judiciaire*, le règlement amiable des différends (...) ». Le décret du n°2012-66 du 20 janvier 2012, en reformulant ladite mission, a également contribué à lever le voile sur le statut du conciliateur : celui-ci n'opère plus seulement « en dehors de toute procédure judiciaire » mais en plus, sa mission est réglementée par le Code de procédure civile²⁵⁹⁴. Le conciliateur de justice est désigné sur proposition du magistrat coordinateur des tribunaux d'instance et nommé par le premier président de la cour d'appel pour une durée d'un an renouvelable²⁵⁹⁵. Les frais occasionnés au cours de sa mission de service public sont pris en charge par la Direction des services judiciaires et le conciliateur est considéré, au plan de la sécurité sociale, comme un travailleur du ministère de la Justice²⁵⁹⁶. Ainsi, le conciliateur de justice peut être considéré comme

²⁵⁹⁴ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, version modifiée par l'article 43 du décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, article 1, premier alinéa : « Il est institué des conciliateurs de justice qui ont pour mission de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au Code de procédure civile ».

²⁵⁹⁵ Natalie Fricero *et al.*, *op.cit.*, p. 56 n°121.31 ; décret n°78-381 du 20 mars 1978, à jour des modifications de l'article 22 du décret n°2016-514 du 26 avril 2016, art. 3.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, pp. 59-60 : « Cette situation paraît conforme au rattachement du conciliateur de justice à l'institution judiciaire. En effet, le conciliateur de justice est investi d'une mission de service public (il

un acteur de la scène judiciaire ; dès lors, la délégation d'une conciliation judiciaire n'implique pas nécessairement une déjudiciarisation mais, dans une perspective différente, conduit à un élargissement des fonctions de l'autorité judiciaire²⁵⁹⁷. Pour les médiateurs, en revanche, la question est plus difficile : la profession de médiateur judiciaire est à peine consacrée en droit français²⁵⁹⁸ : il n'est fait état que de la création d'une liste de médiateurs en matière civile (hors droit de la famille) et commerciale dressée tous les trois ans par les cours d'appel²⁵⁹⁹. La principale divergence entre les catégories de conciliateur et de médiateur réside avant tout dans leur rémunération : si le premier exerce bénévolement, le second a une activité privée rémunérée.

En Chine, la problématique est similaire : le critère de la rémunération détermine si l'organe de médiation exerce une mission de service public ou une activité marchande. Selon la situation, la relation du médiateur avec le tribunal populaire diffère : pour Li Daoen, il s'agit de savoir si les deux organes collaborent entre eux (合作) ou si, au contraire, le tribunal doit orienter l'activité professionnelle (业务指导) des médiateurs²⁶⁰⁰. Les médiateurs rémunérés en Chine se rencontrent principalement dans le domaine de la médiation commerciale et appartiennent à la sphère privée. En revanche, les médiateurs populaires, homologues de nos conciliateurs de justice français, ne peuvent être rémunérés. Leur constitution est réglementée par le « Règlement organique (*tiaoli*) relatif aux Comités de médiation populaire » adopté en 1989²⁶⁰¹ dont les dispositions ont été reprises, pour l'essentiel, dans la *Loi sur les Comités de médiation populaire* adoptée en 2010. Leur statut est

peut même recevoir une délégation de mission de conciliation), il est placé sous le contrôle étroit de l'institution judiciaire et est sous la tutelle administrative des structures judiciaires ».

²⁵⁹⁷ Le rapport sur la justice au XXI^e siècle faisait état des difficultés rencontrées par les conciliateurs de justice dans leur relation avec les tribunaux qui ont tendance à les mettre à l'écart de leur activité. La première conséquence résulte dans un taux de délégation très faible (10% pour 90% de conciliations extrajudiciaires) : Rapport Delmas-Goyon, p. 60. Le rapport précise que le succès des conciliateurs de justice est dû avant tout à leur implantation territoriale et à leur reconnaissance par les collectivités locales de leur rattachement à l'institution judiciaire.

²⁵⁹⁸ Natalie Fricero *et al.*, *op.cit.*, p. 132 n°212.08.

²⁵⁹⁹ *Ibid.* V. le nouvel art. 22-1 A de la loi du 8 février 1995 créé par l'article 8 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (création d'une liste de médiateurs en matière civile et commerciale dressée par les cours d'appel) ; décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel.

²⁶⁰⁰ Li Daoen, préc., p. 122.

²⁶⁰¹ « Règlement (*tiaoli*) organique sur les Comités de médiation populaire » (« 人民调解委员会组织条例 »), adopté le 5 mai 1989 par la Comité des Affaires d'État, entré en vigueur le 17 juin 1989; pour une brève présentation, en français, de ces Comités, Marie-Luce Mariani, « La médiation aux caractéristiques chinoises », *Petites affiches*, 26/08/2002, n°170, p. 75 et s.

même inscrit dans la Constitution²⁶⁰². Les médiateurs populaires relèvent des Comités de même nature et sont définis comme étant « *des organisations de masse (群众性) de médiation des conflits civils établies par les Comités de villageois et les Comités de résidents et qui exercent leur fonction sous la direction des tribunaux et gouvernements locaux du plus bas échelon*²⁶⁰³ ». Ils peuvent être établis au sein d'unités professionnelles (企事业单位) si besoin²⁶⁰⁴. Ces Comités relèvent de l'administration chinoise : au niveau central, le département administratif et judiciaire du Conseil d'État oriente le travail à l'échelon national et, au niveau local, ce sont les départements judiciaires des gouvernements locaux qui sont responsables du travail de médiation populaire opéré au sein de leur échelon administratif²⁶⁰⁵. Ces médiateurs populaires, élus parmi la population²⁶⁰⁶, sont bénévoles et c'est le gouvernement populaire qui prend en charge les frais d'organisation²⁶⁰⁷.

369. Déjudiciarisation ou bureaucratisation du traitement des différends ?

L'appartenance à l'appareil d'État des Comités et auxquels les tribunaux délèguent leur mission de conciliation est, dans le contexte étatique chinois, moins vecteur de déjudiciarisation que de « bureaucratisation » de l'appareil judiciaire. Ce dernier, rappelons-le, n'est pas conçu en Chine dans une logique d'indépendance occidentale qui reste pourtant la première garantie, en France, d'une justice impartiale. Les craintes liées à la déjudiciarisation illustrent le risque de perdre la protection de l'autorité judiciaire, assurée en premier lieu par son indépendance. En Chine,

²⁶⁰² *Constitution chinoise*, article 111, al. 2 (section 5 : assemblées et gouvernements locaux): « *les comités de résidents, les comités de villageois établissent des comités de médiation populaire, de défense de l'ordre public, de santé publique etc., traitent des causes d'intérêt public et des affaires publiques de leur propre localité, concilient les conflits civils, assistant à la protection de l'ordre public et social et rapportent les opinions, exigences et suggestions du peuple au gouvernement populaire* » (« 居民委员会、村民委员会设人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会, 办理本居住地区的公共事务和公益事业, 调解民间纠纷, 协助维护社会治安, 并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议 »)

²⁶⁰³ « Règlement (*tiaoli*) organique sur les Comités de médiation populaire », art. 2, premier alinéa.

²⁶⁰⁴ *Loi sur la médiation populaire*, art. 8.

²⁶⁰⁵ *Loi sur la médiation populaire*, art. 5.

²⁶⁰⁶ *Loi sur la médiation populaire* art. 9.

²⁶⁰⁷ Lorsque l'intervention des Comités de médiation populaire est liée avec celle du tribunal, V. Li Daoen, préc., p. 123 : « *lorsque l'affaire en médiation est transférée par le tribunal, les organisations de médiation populaire ou les organes administratifs ayant une fonction de conciliation n'ont pas le droit de refuser ; ils ne peuvent faire payer les parties, ni exiger du tribunal le paiement de frais. [...] Concernant les organes de médiation commerciale, il est nécessaire de clarifier les règles concernant leur rémunération. Lorsque l'affaire leur parvient avant la saisine du tribunal, les frais engendrés doivent être supportés par les parties [...]. [En revanche] les frais engendrés par une médiation déléguée en cours d'instance doivent être supportés par le tribunal car les parties lui ont déjà versé, au préalable, les frais du contentieux* ».

l'agencement des pouvoirs d'État ne permet pas un pouvoir judiciaire indépendant en ce qu'il est responsable (au même titre, en théorie, que les gouvernements locaux), devant le pouvoir législatif local ; par conséquent, il serait vain de souligner une déjudiciarisation là où s'opère, à notre sens, une sorte de redistribution des fonctions : au juge de trancher, à l'administration de concilier.

De plus, en France, évoquer la déjudiciarisation fait surtout écho à la délégation de certaines matières devant des acteurs extrajudiciaires²⁶⁰⁸ et ne renvoie pas systématiquement à l'idée de conciliation. Sauf à considérer que la conciliation ou médiation, en tant que technique, relève dans son essence de l'activité exclusive du juge, promouvoir la délégation en cours d'instance ne devrait pas impliquer, nécessairement, un flux migratoire extrajudiciaire. Des alternatives, telles que la mise en place d'unités de médiation dans les enceintes des tribunaux, se forment progressivement²⁶⁰⁹. La Chine a déjà adopté ce genre de pratique et, tout en abandonnant la vision manichéenne qui oppose sphère judiciaire et sphère administrative, travaille à l'idée d'une *collaboration* entre les différents acteurs. Cette collaboration implique un rapport entre deux entités : le juge d'un côté, le médiateur de l'autre. Leurs fonctions ne doivent pas s'opposer : en ce sens, la dernière interprétation de la Cour Suprême rendue en la matière en 2016 implique même de concevoir ce rapport comme une diversification des fonctions du tribunal qui peut faire appel à des tiers, indépendants de l'autorité judiciaire, pour résoudre les différends. La mise en place de ces passerelles n'est qu'une des illustrations de la ligne politique axée sur le développement des Mécanismes Pluriels de Résolution des Différends (MPRD) (多元化纠纷解决机制). À la différence de la seule promotion Modes Amiables de Résolution des Différends, les mécanismes pluriels reposent sur l'application étendue des principes de médiation *pendant* le processus judiciaire de résolution du conflit au lieu de reposer sur un organe indépendant qui procéderait à une tentative de résolution amiable avant le procès²⁶¹⁰.

Ainsi, en France comme en Chine, le lien entre déjudiciarisation et délégation

²⁶⁰⁸ Par exemple, le transfert de compétence des greffes des tribunaux d'instance en matière de PACS aux officiers d'état civil : Code civil, art. 461, al. 1^{er} ; 462, al. 2 ; 515-3, 515-7, al. 2, modifiés par l'art. 48 de la loi n°2016 ou encore le transfert de compétences du juge aux avocats et notaires dans le cadre du divorce par consentement mutuel par acte contresigné par avocat et déposé au rang des minutes d'un notaire (Code civil, art. 229).

²⁶⁰⁹ Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends remis par l'Inspection Générale des Services Judiciaires (IGSJ), Avril 2015, n°22-15, p. 45.

²⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 49.

de la mission de conciliation doit être relativisé : qu'il s'agisse du conciliateur de justice français, acteur judiciaire, ou du médiateur populaire chinois, fonctionnaire de l'État, il s'agit plutôt d'une redistribution des fonctions. Une redistribution qui, pour être effective et juste, doit garder un lien étroit avec l'autorité judiciaire. À cet égard, le nouveau statut de « médiateur spécialement invité » officialisé en Chine en 2016 renforce l'idée de contrôle judiciaire sur l'activité de médiation confiée à un tiers. Évidemment, lorsqu'est impliqué un acteur privé (médiateur judiciaire français ou médiateur commercial chinois) qui intervient non plus au nom de l'État mais à des fins lucratives, la question du transfert de pouvoir est loin d'être évidente.

2. L'encadrement renforcé de la mission de médiation par le juge : l'exemple de la médiation judiciaire sur délégation spéciale.

370. L'instauration progressive d'une passerelle entre tribunaux et Comités de médiation populaire. La *Loi de procédure civile* chinoise règlemente la médiation judiciaire et la *Loi sur les Comités de médiation populaire* a pour objet la médiation populaire. Entre les deux, le droit chinois connaissait un vide juridique jusqu'en 2016, vide que la Cour Suprême essayait de combler, tant bien que mal, par la promotion de la technique de la délégation. Entre 2004, les juges de Pékin reconnaissent aux juges la possibilité de déléguer leur mission de conciliation à un tiers ; en 2009, ils rappellent que le consentement des parties est une condition de la délégation, à moins que le juge ne considère cette mesure comme nécessaire²⁶¹¹ (确有必须的). Cette année marque également la création de listes de médiateurs au sein de certaines juridictions destinées à aider les parties dans le choix du médiateur²⁶¹². Néanmoins, en dehors de la reconnaissance par les instances judiciaires suprêmes de la possibilité pour les juges de déléguer leur mission de médiation à un tiers, le régime juridique afférant à cette technique reste flou. En termes de délais, la Cour Suprême a seulement indiqué en 2010 que la durée moyenne de la délégation est de trente jours sans pouvoir excéder les soixante jours, même en cas de renouvellement demandé par

²⁶¹¹ Opinions [2009] n°45, art. 15 : « 经双方当事人同意，或者人民法院认为确有必须的，人民法院可以在立案将民事案件委托行政机关，人民调解组织，商事调解组织，行业调解组织或者其他具有调解职能的组织协助进行调解 ».

²⁶¹² Opinions [2009] n°45, art. 26.

les parties²⁶¹³. Les pouvoirs dont est investi le médiateur exerçant sa mission sur délégation du juge (relève-t-il de la seule loi en matière de médiation populaire ou est-il investi d'une part de l'office du juge chinois ?) et la nature du lien entre ces deux acteurs ne sont pas non plus précisés. Pour Fan Yu, la désorganisation de la médiation déléguée serait justifiée par le contexte judiciaire chinois. Comme le souligne l'auteur, le système judiciaire chinois ne connaît pas les mêmes problèmes que les systèmes occidentaux : les questions de coûts (procéduraux) et de durée du procès, bien qu'elles existent en Chine, ne sont pas d'une importance telle qu'elles constituent le fondement de la promotion des modes amiables. Il s'agit avant tout d'augmenter l'efficacité de l'activité des tribunaux : or, les tribunaux ont pour fonction d'appliquer le droit mais aussi – trait beaucoup moins marquant en France –, de maintenir la stabilité sociale. Par conséquent, renforcer leur efficacité en prenant pour objectif la lutte contre les conflits n'implique pas de penser en termes d'alternative – au judiciaire – mais en termes de diversification de l'activité des tribunaux et de collaboration avec l'extérieur.

La pertinence de cette analyse s'est révélée en 2016, lorsque que la Cour Suprême a officialisé²⁶¹⁴ un nouveau régime de médiation instituée au tribunal et qualifié de « médiation spéciale » (特邀调解)²⁶¹⁵. Ce régime est défini comme il suit :

« [C'est une] sorte d'activité de médiation dans laquelle des organismes de médiation populaire, administrative, commerciale, professionnelle etc. ou des médiateurs individuels, qui remplissent certaines conditions, intègrent les juridictions [sous la dénomination de] médiateurs spéciaux et acceptent d'exercer une médiation avant ou après enregistrement de la demande au tribunal, sur délégation de ce dernier. Cette médiation spéciale doit permettre aux parties, sur la base de négociations égales, de parvenir à un accord de médiation²⁶¹⁶ ».

Ces nouvelles dispositions révèlent la nature du modèle choisi pour renforcer le recours au traitement amiable des différends : leur institutionnalisation ou, plus précisément, leur judiciarisation. L'encadrement de la pratique de la médiation est d'abord le fait de la juridiction avant d'être celui du magistrat. Ainsi, la mise en place

²⁶¹³ Opinions [2010] n° 16, art. 11.

²⁶¹⁴ Ce régime était déjà promu avant 2016 et était expérimenté dans certaines localités – sans pour autant faire l'objet de véritable régulation ni de reconnaissance officielle de la part des autorités.

²⁶¹⁵ Règles [2016] n° 14.

²⁶¹⁶ Règles [2016] n° 14, art. 1 : « 特邀调解是指人民法院吸纳符合条件的人民调解, 行政调解, 商事调解, 行业调解等调解组织或者个人成为特邀调解组织员, 接受人民法院立案前委派或者立案后委托依法进行调解, 促使当事人在平等协商基础上达成调解协议, 解决纠纷的一种调解活动 ».

d'un service de médiation spéciale est laissée à la charge des tribunaux populaires : ils sont chargés d'établir et de gérer les listes de médiateurs spécialisés auxquels ils peuvent avoir recours pour la mesure de médiation²⁶¹⁷. L'inscription sur cette liste est soumise à certaines conditions « déontologiques » : les médiateurs doivent avoir un bon comportement moral, être honnêtes, justes et enthousiastes ; ils doivent posséder des capacités de négociation et de communication²⁶¹⁸. De manière surprenante, ces médiateurs peuvent être des représentants élus, des membres de la Conférence Consultative Politique du Peuple Chinois (CCPPC) ou encore des « assesseurs populaires » ; des avocats, des experts, des arbitres, voire des juristes à la retraite²⁶¹⁹. La médiation spéciale s'apparente à un véritable service judiciaire dans la mesure où les organisations instituées sont sous la tutelle de la juridiction. Celle-ci est ainsi chargée : *d'orienter* les parties dans le choix d'un médiateur immatriculé sur la liste dans les affaires appropriées à une médiation ; de *superviser* le travail des organisations de médiation et des médiateurs ; de *gérer* la répartition des affaires en médiation spéciale et de comptabiliser les données ; de *fournir* les locaux et services nécessaires à la mise en place de cette mesure et *d'organiser* les formations professionnelles des médiateurs et leur système d'évaluation de performances²⁶²⁰. En

²⁶¹⁷ Règles [2016], n°14, art. 5 ; par exemple, le tribunal populaire de Xiamen (Fujian) a publié sa liste des organisations de médiation locales catégorisées selon leurs spécialités. On trouve, ainsi, dix-neuf médiateurs spécialisés dans les affaires militaires, dix-sept en matière d'assurance, vingt-cinq en matière de contentieux commerciaux impliquant un élément d'extranéité, onze en matière de divorce et de conflits de voisinage... Cette liste est disponible à l'adresse suivante : <http://www.xmcourt.gov.cn/ygsf/tytjzz/> [dernière consultation le 22/09/2016].

²⁶¹⁸ Règles [2016] n°14, art. 6, al. 1 ; pour Liu Jiayan (préc., p. 183), depuis la Décision portant sur la médiation civile de 2004 jusqu'aux Opinions sur la médiation prioritaire de 2010, le critère de l'aptitude de personne à pouvoir résoudre le litige (p. 184) est devenu un critère de sélection de la personne médiateur dans la médiation déléguée.

²⁶¹⁹ Règles [2016] n°14, art. 6, al. 2 ; *Comp.* avec la France. Pour les médiateurs : décret n°2017-1457 du 9 oct. 2017, art. 2 et 3 (personnes morales) ; les conditions sont essentiellement morales (ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, respecter les bonnes mœurs, avoir un sens de la probité et de l'honneur. On trouve aussi des exigences en termes de qualification (« qualification requise eu égard à la nature du litige ») et d'expérience dans la médiation ; ils doivent aussi apporter une garantie d'indépendance (CPC, art. 131-5) ; pour les conciliateurs, V. décret n°78-381 du 29 mars 1978 modifié par le décret n°96-1091 du 13 décembre 1996 : « le conciliateur de justice doit jouir de ses droits civils et politiques et n'être investi d'aucun mandat électif dans le ressort de la cour d'appel dans lequel il exerce ses fonctions. Peuvent être nommés conciliateurs de justice les personnes justifiant d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions. Ne peuvent être chargés des fonctions de conciliateur de justice les officiers publics et ministériels et les personnes qui exercent, à quelque titre que ce soit, des activités judiciaires ou qui participent au fonctionnement du service de la justice. Toutefois, les fonctions de conciliateur de justice ne sont pas incompatibles avec celles de suppléant de juge d'instance ».

²⁶²⁰ Règles [2016] n°14, art. 3 et 10 : les tribunaux doivent tenir des archives recensant les résultats des processus de médiation menés par des médiateurs spécialisés ; ils doivent organiser dans un temps déterminé un travail d'évaluation et mettre à jour les informations de la liste.

matière de budget, ce sont les tribunaux populaires qui supportent les frais de médiation, qu'il s'agisse du versement d'une compensation aux médiateurs pour le temps passé sur une affaire ou des frais de transport ou d'« *honorer matériellement les médiateurs spéciaux marquants*²⁶²¹ ». Ces compensations sont incluses dans un budget spécial du tribunal²⁶²². L'intégration de la médiation spéciale au sein des tribunaux repose également sur leur coordination avec les centres de service judiciaire²⁶²³ (诉讼服务中心) et les plateformes de traitement amiable et juridictionnel des conflits²⁶²⁴ (诉调对接平台) et ciblent des catégories particulières de contentieux : contentieux médicaux, familiaux, accidents routiers²⁶²⁵ ... La sélection en amont des médiateurs compétents par les tribunaux a pour but officiel de faire disparaître ce que les autorités pékinoises dénomment les « fausses médiations²⁶²⁶ » (虚假) et doit permettre de créer un lien de confiance entre les parties et le médiateur. Ainsi, le choix du médiateur reste, en principe, le fait des parties ; dans le cas où elles ne sont pas d'accord sur la personne choisie, c'est le juge ou l'organisation de médiation compétente qui décide. Or, le refus des parties sur le choix de la personne du médiateur est équivalent au refus d'entamer une mesure de médiation²⁶²⁷.

371. Le déroulement de la procédure de médiation judiciaire déléguée.

Concernant le déroulement de la procédure, une fois que les parties ont accepté la

²⁶²¹ Règles [2016] n°14, art. 29.

²⁶²² *Ibid.*

²⁶²³ « Opinion directrice de la Cour Populaire Suprême concernant la promotion de la construction de centres de service judiciaire des tribunaux populaires » (最高人民法院关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见), publiée le 12 décembre 2014, Opinion [2014] n°23. Ces centres ont été créés pour que les tribunaux populaires intègrent des départements de plateformes de service extérieurs (art. 2 : « 诉讼服务中心是为法院各部门搭建的对外服务平台。各部门根据各自的职能和诉讼服务中心整体运行要求承担诉讼服务工作, 最大限 »). Il existe aussi des centres de résolution amiable et juridictionnelle des différends. Pour un exemple cocasse : l'ouverture du nouveau parc Disneyland à Shanghai s'est accompagné de la création d'un de ces centres juste à côté du parc. V. « Court branch opens near Disneyland », *China Daily*, article disponible à l'adresse : http://www.chinadaily.com.cn/china/2016-05/19/content_25358180.htm [dernière consultation le 22/08/2016].

²⁶²⁴ Opinions [2016] n°14, § 4.

²⁶²⁵ Opinions [2016] n°14, § 9.

²⁶²⁶ V. Le communiqué de presse relative à la présentation de Hu Shihao disponible à l'adresse : <http://www.court.gov.cn/fuwu-xiangqing-22851.html> [dernière consultation le 22 sept. 2016].

²⁶²⁷ Règles [2016] n°14, art. 12 : les deux parties doivent décider d'un médiateur établi sur la liste ; si elles ne peuvent se mettre d'accord, le médiateur sera choisi par le juge ou l'organisation de médiation spéciale. Les parties qui refusent la désignation sont considérées comme refusant la médiation.

délégation de médiation (avant ou après l'enregistrement de leur demande²⁶²⁸), la durée de la mission du médiateur est de quinze jours pour une affaire relevant de la procédure ordinaire ou de sept jours pour une procédure simplifiée à compter de la réception du dossier par le médiateur²⁶²⁹. Les parties ne sont pas liées par ce délai et peuvent, d'un commun accord, en demander la prolongation, sans que le délai excédentaire soit comptabilisé dans la durée du procès²⁶³⁰. Le médiateur est chargé de les prévenir sur le jour, le lieu et sur toutes autres informations nécessaires au déroulement de la mesure. Il doit également les informer sur leurs droits et devoirs, les règles propres à la médiation, la procédure, les effets de l'accord et la possibilité qui leur est offerte de le faire homologuer²⁶³¹. Ces devoirs impliquent donc que les médiateurs aient une connaissance juridique suffisante permettant le déroulement correct de la mesure de médiation²⁶³², d'autant plus que la nature du transfert de la mission de conciliation opérée du juge vers le médiateur n'est pas précisée. Par exemple, contrairement au droit français où le juge conserve la maîtrise du calendrier et du déroulement de la mission de conciliation et de médiation²⁶³³, le médiateur chinois rattaché au tribunal a la liberté de choisir la méthode de médiation « *la plus appropriée aux particularités de l'affaire* », ce qui inclut la possibilité de proposer aux parties une méthode particulière de traitement de l'affaire ou d'inviter toute personne susceptible d'aider à la réussite du processus amiable²⁶³⁴. Il peut également y mettre un terme dans le cas où l'échec des pourparlers serait évident²⁶³⁵.

Des précisions ont par ailleurs été apportées, dans la continuité de

²⁶²⁸ Les premiers commentaires chinois soulignent une meilleure prise en compte de la volonté des parties dans le déclenchement de la médiation déléguée. Pourtant, au regard de l'article 11 des Opinions de 2016 (n°14), le consentement est explicitement demandé pour le renvoi des parties devant un médiateur spécial avant l'enregistrement de la demande et non après.

²⁶²⁹ Règles [2016] n°14, art. 27, al. 2 ; si la délégation a lieu avant enregistrement de la demande, le délai est plus long : trente jours. *Comp.* avec la France : le médiateur comme le conciliateur disposent de trois mois renouvelables à la demande du tiers pacificateur : CPC, art. 129-2 ; 131-2, al. 2.

²⁶³⁰ Règles [2016] n°14, art. 27, al. 2.

²⁶³¹ Règles [2016] n°14, art. 14.

²⁶³² Comparer avec les conciliateurs français, avec le décret n°78-381 du 20 mars 29178, art. 2, al. 2 : « peuvent être nommées conciliateurs de justice les personnes justifiant d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions ».

²⁶³³ CPC, art. 129-5, al. 2 : le juge peut mettre un terme d'office à une mesure de conciliation ; art. 131-9, ainsi qu'une mesure de médiation à condition que l'affaire soit rappelée au préalable ; CPC, art. 131-10 : le médiateur tient le juge informé du déroulement de l'affaire.

²⁶³⁴ Règles [2016] n°14, art. 17.

²⁶³⁵ Règles [2016] n°14, art. 17 et 18.

l'interprétation de 2015, quant aux principes applicables à la médiation judiciaire²⁶³⁶. Non seulement le principe de confidentialité de la médiation judiciaire est réaffirmé²⁶³⁷ mais, plus encore, la Cour Suprême a précisé que le « médiateur spécialement invité » ne peut pas intervenir dans la suite de la procédure que ce soit en tant que juge assesseur, représentant ou témoin²⁶³⁸. En cas d'échec d'une mesure de médiation exercée par le juge, celui-ci peut toujours trancher au fond ; en cas d'échec des pourparlers menés par un médiateur simple ou spécial sur délégation du tribunal, les faits et paroles des parties ne seront pas connus du juge²⁶³⁹. La technique de la délégation permet donc de renforcer le principe de confidentialité et, dans une certaine mesure, d'impartialité.

372. La technique de la délégation suppose donc une coordination et une répartition des tâches entre les acteurs judiciaires et non judiciaires dans le but de parvenir à une solution assez satisfaisante pour chacune des parties, au point qu'elles en délaissent la technique juridictionnelle. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles refusent de bénéficier d'un cadre leur assurant une certaine sécurité juridique. On pourrait penser qu'un des avantages des solutions négociées réside dans l'acceptation des justiciables de la solution trouvée et donc dans l'exécution spontanée de l'accord. Si cette facette des modes amiables n'est surement pas négligeable²⁶⁴⁰, l'accord en question ne tire sa force que du seul échange des volontés et peut ainsi, en tant que convention, être remis en cause. Un second passage devant le juge permet ainsi de conférer à l'accord amiable la force obligatoire équivalente à celle d'un jugement, tout en s'assurant que ledit accord soit conforme au cadre légal. Outre les questions pratiques que suscite l'homologation, l'étendue d'un tel contrôle, les facilités de sa mise en œuvre ou encore la valeur accordée à l'acte dénué de force exécutoire sont révélatrices de la conception et de l'importance accordée aux modes amiables dans la résolution des conflits.

²⁶³⁶ Interprétation [2015] n°5, art. 145 (rappel du principe de légalité et de l'exigence du consentement des parties à une mesure de médiation) ; art. 146 (le processus de médiation n'est pas public, sauf si les parties sont d'accord) ; Règles [2016] n°14, art. 22 : le principe de confidentialité est renforcé puisqu'en cas du processus amiable, les faits reconnus par une partie dans le but de trouver un arrangement ne peuvent pas être utilisées contre son intérêt dans la procédure contentieuse.

²⁶³⁷ Interprétation [2015] n°5, art. 146.

²⁶³⁸ Règles [2016] n°14, art. 16.

²⁶³⁹ Règles [2016] n°14, art. 22, Interprétation [2015] n°5, art. 107 ; *Comp.* avec la France : CPC, art. 129, al. 1 et 2 ; CPC, art. 131-14 pour la médiation.

²⁶⁴⁰ Fu Hualing, « Le retour à la médiation ? Les limites de la réforme judiciaire chinoise en matière civile », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 44 : pour l'auteur, les accords de médiation ne seraient pas mieux exécutés que les jugements.

§2. *L'homologation des accords amiables : la coordination en aval.*

373. Le degré d'efficacité des accords amiables dépend en grande partie du cadre dans lequel ils ont été conclus : judiciaire ou extrajudiciaire. Si la question de l'homologation ne se pose que dans la seconde hypothèse (B), le droit chinois connaît une particularité concernant les accords amiables issus d'une médiation judiciaire : le droit de rétractation. Cette caractéristique doit être soulignée dans la mesure où elle oppose la volonté réelle des parties et l'exigence de sécurité juridique (A).

A. Les accords issus d'un traitement judiciaire et amiable des différends.

374. La formalisation de l'accord des parties. Pour rappel, en France, lorsque les parties parviennent à un accord en présence du juge, celui-ci doit le constater dans un procès-verbal de conciliation²⁶⁴¹. L'accord peut être partiel ou total et la jurisprudence française reconnaît depuis longtemps que l'accord des parties s'impose aux juges²⁶⁴². Une conciliation totale emporte extinction de l'instance et le constat d'accord est doté, automatiquement, de la force exécutoire²⁶⁴³.

En Chine, les parties peuvent se concilier en cours d'instance en dehors du juge (LPC, art. 51) ou à l'issue d'une médiation judiciaire (LPC, art. 93 et suivants). Dans le second cas, l'accord de médiation (调解协议) donne lieu à un « acte de médiation » (调解书)²⁶⁴⁴ qui reprend les prétentions de chacune des parties, les faits de l'affaire et les conséquences de la médiation²⁶⁴⁵. À la différence du droit français cependant, la « validité judiciaire » de cet acte se conçoit en deux temps : dans un premier temps, l'accord de médiation est érigé en acte de médiation signé par le juge

²⁶⁴¹ CPC, art. 129 et 130.

²⁶⁴² Civ. 8 juillet 1925, DP 1927. 1. 21, cité par Julie Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires, op.cit.*, p. 380 et dans lequel on peut lire que « lorsque dans une instance, une partie fait, par des conclusions, des offres de nature à mettre fin au litige et que l'autre partie les accepte, les juges doivent en donner acte afin de constater leur accord et de consacrer le contrat judiciaire qui s'est ainsi formé ».

²⁶⁴³ CPC, art. 384, al. 3 : il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence.

²⁶⁴⁴ Tous les accords de médiation ne peuvent donner lieu à un acte de médiation. Selon l'article 98 de la LPC, les accords de médiation dont le contenu est insusceptible d'exécution forcée (tels que les accords portant sur le divorce, le maintien des relations familiales ou les affaires pouvant être exécutées immédiatement) ont force de droit à compter de la signature des parties et de l'ensemble du personnel judiciaire.

²⁶⁴⁵ LPC, art. 97, al. 1 et 2 : l'acte de médiation doit être signé par le magistrat, le greffier et tamponné par le tribunal.

et le greffier et tamponné par le tribunal populaire²⁶⁴⁶. L'originalité du droit chinois apparaît en second temps : l'acte de médiation n'est doté de la force exécutoire qu'au moment de l'acceptation de sa signification par les parties²⁶⁴⁷. À défaut de l'acceptation de l'une des parties, seul l'accord de médiation produit des effets, de nature, logiquement, contractuels²⁶⁴⁸. La délivrance de l'acte ne peut être faite au sein du tribunal directement à l'issue de la procédure de médiation²⁶⁴⁹. La date de l'effectivité de l'accord est donc celle de la dernière signature des parties. L'intérêt de cette procédure à deux vitesses serait d'accorder aux parties un délai de réflexion quant à l'accord trouvé²⁶⁵⁰ ce que ne permet pas, par exemple, la procédure civile dite simplifiée. Dans cette procédure, qui fait généralement l'objet d'une médiation prioritaire au sens de l'article 122 de la LPC, la force exécutoire est attachée à l'accord de médiation qui devient effectif à compter de la signature des parties ; si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre peut ainsi en demander l'exécution forcée au tribunal²⁶⁵¹.

²⁶⁴⁶ LPC, art. 97, al. 2.

²⁶⁴⁷ LPC, art. 97, al. 3 : « 调解书经双方当事人签收后, 即具有法律效力 » ; Interprétation [2015], n°5, art. 149. Cette règle s'applique également en cas de médiation devant un organe d'arbitrage : *Loi sur l'arbitrage* (中华人民共和国仲裁法) adoptée le 31 août 1994, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995, art. 52 (« 调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名, 加盖仲裁委员会印章, 送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后, 即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的, 仲裁庭应当及时作出裁决 »).

²⁶⁴⁸ L'ancienne Opinion de 1992 (n°22) prévoyait dans son article 95 que si l'une des parties refusait de signer l'acte qui lui est délivré, alors l'acte de médiation ne génèrait pas d'effet juridique (调解书不发生法律效力). Or, l'Interprétation de 2015 (n°5) ne reprend pas cette règle et se contente d'énoncer, dans son article 151, al. 2, que si l'une des parties refuse de signer l'acte (书) de médiation qui lui a été notifié, son refus n'influence pas les effets de l'accord (协议). Toutefois, cette règle est incluse dans l'article relatif à l'aménagement, par les parties, de la date d'effet de l'acte de médiation, ce qui rend ambigus les règles en matière d'effets des actes de médiation.

²⁶⁴⁹ Selon l'ancienne Opinion de 1992 (n°22), art. 96 ; sur la procédure de notification des actes judiciaires : LPC, art. 84-92. Le refus de signature de l'acte par une partie qui ne possède aucun droit ni ne supporte aucun devoir selon les termes dudit accord n'influence pas son effectivité.

²⁶⁵⁰ En réalité, aucune justification particulière n'est apportée ; nous pensons que ce délai de rétractation accordé aux parties, s'il tend à complexifier l'issue de la médiation, permet, d'un autre côté, de combler en partie le risque d'inégalité des parties lié à l'absence de représentation obligatoire par l'avocat ; il doit permettre également (mais la justification est plus culturelle ici) de pallier aux éventuels risques d'une médiation forcée.

²⁶⁵¹ Règles [2003] n°15, art. 15 : « après que l'accord de médiation ait été contrôlé par le magistrat, si les deux parties sont d'accord pour que leur signature rende l'accord effectif, alors cet accord possède force de droit à compter du jour de leur signature. [...] Pour les accords de médiation inclus dans l'alinéa précédent, le tribunal doit également produire, en plus, un acte de médiation civile. Une fois que l'accord est effectif, si l'une des parties refuse de l'exécuter, l'autre partie peut en demander l'exécution forcée au moyen de l'acte de médiation ». (« 调解达成协议并经审判人员审核后, 双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的, 该调解协议自双方签名或者捺印之日起发生法律效力。当事人要求摘录或者复制该调解协议的, 应予准许。调解协议符合前款规定的,

375. La rétractation d'une partie à l'accord de conciliation. En droit commun de la procédure civile chinoise, la possibilité accordée à une partie de se rétracter serait justifiée par la pratique de la médiation forcée – ou, en tout cas, fortement incitée – et lui offrirait la possibilité de revenir sur l'accord de médiation avant que celui-ci devienne exécutoire²⁶⁵². D'un autre côté, ce « droit de revenir sur sa parole » (反悔权) peut facilement conduire à des comportements dilatoires dans l'hypothèse où l'une des parties n'a aucune intention de se concilier et ne cherche qu'à repousser le moment du procès²⁶⁵³. Plus grave encore, l'existence d'un tel droit n'est pas sans susciter débat quant à savoir si l'accord de médiation initial – qui constitue le support de l'acte de médiation – reste valable malgré le refus de signature de l'une des parties. Selon la loi chinoise sur contrats²⁶⁵⁴, un accord légalement formé est effectif à compter de sa conclusion. Or, peut-on concevoir l'accord de médiation judiciaire indépendamment de l'acte de médiation ? La majorité de la doctrine chinoise l'affirme : l'accord de médiation conclu en application de l'article 96 de la LPC – qui reprend les principes essentiels en matière contractuelle à la validité d'un contrat, à savoir le libre consentement des parties et le principe de légalité – n'est pas remis en cause par l'exercice *a posteriori* du droit de rétractation. Ce droit ne s'applique qu'à l'acte de médiation et donc à sa seule force exécutoire qui ne doit pas être confondue avec sa validité. Dès lors, la nature contractuelle d'un acte de médiation encore non signifié est indéniable ; lui refuser cet aspect conduirait en effet à ne reconnaître que ses effets sur le plan procédural et non substantiel. L'acceptation finale par les parties de l'acte de médiation permettrait de conférer les attributs d'un jugement (force exécutoire et autorité de la chose jugée²⁶⁵⁵) à l'accord sans le remettre

人民法院应当另行制作民事调解书。调解协议生效后一方拒不履行的，另一方可以持民事调解书申请强制执行 »).

²⁶⁵² Peng Jiao (彭姣), « Essai sur l'efficacité des accords de médiation » (« 论调解协议的效力 »), *Journal des sciences sociales et humaines de l'Université de Hainan*, vol. 33, n°3, 2015, p. 124.

²⁶⁵³ Ce droit est d'ailleurs de plus en plus remis en cause : considéré comme contraire au principe d'économie et d'efficacité judiciaire, il en affaiblit l'autorité et viole les principes de bonne foi et de liberté contractuelle. V. « Les abus du droit de rétractation en matière de médiation civile et les propositions pour y remédier » (« 设立民事调解反悔权的弊端及对策建议 »), article publié sur le site officiel des tribunaux populaires et disponible à l'adresse suivante : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1329633.shtml> [dernière consultation le 22 septembre 2016].

²⁶⁵⁴ *Loi sur les contrats*, art. 44, al. 1^{er} : « les contrats légalement formés sont effectifs à compter de leur formation » (« 依法成立的合同，自成立时生效 »).

²⁶⁵⁵ *Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas*, *op.cit.*, p. 180 : « l'acte de médiation vaut résolution finale (最终解决), les parties ne peuvent plus soulever de demande en justice basée sur les mêmes faits et sur la même cause ».

en cause²⁶⁵⁶. On notera, au passage, que la Cour Suprême chinoise a rappelé à plusieurs reprises que les accords de médiation conclus par les parties ne peuvent être repris dans un jugement²⁶⁵⁷, interdisant de fait les jugements d'expédient.

Pourtant, force est de constater que l'article 99 de la LPC met au même niveau l'échec de la conciliation (aucun accord issu du processus de médiation n'a été trouvé) et l'exercice du droit de rétractation de l'une des parties avant d'avoir été notifiée de l'acte de médiation (dans cette hypothèse, l'accord de médiation a été conclu) et prévoit une conséquence unique : le jugement immédiat de l'affaire. Ainsi, il semble qu'à la différence du droit français en matière de procès-verbal de conciliation, l'accord et l'acte de médiation chinois ne dessaisissent pas automatiquement le juge : dans l'hypothèse où la partie refuse l'acte de médiation, l'instance continue et le juge saisi de la contestation initiale doit trancher le litige. *Quid* cependant de la situation où la partie prévoyante fait une demande de dessaisissement d'instance²⁶⁵⁸ avant que l'autre refuse l'acte de médiation ? Il serait surtout prudent qu'elle attende de savoir si l'autre partie accepte l'acte, avant de se désister. Et, dans le silence de la loi et de la Cour Suprême, il serait logique d'affirmer que l'accord de médiation soit reconnu en tant que convention et soit soumis au régime contractuel de droit commun.

Lorsque les parties parviennent à trouver un accord en dehors de tout procès, se pose la question de son *effectivité*. L'ambiguïté de ce terme provient de ce que le constat d'accord revêt une nature conventionnelle tout en produisant des effets processuels ; le caractère hybride d'un tel acte fait d'ailleurs l'unanimité en doctrine française et chinoise. Ainsi, la validité de l'accord qui permet de le rendre effectif se constate sur le plan conventionnel ; la consécration de ses effets, cependant, est aménagée sur le plan procédural et c'est au juge qu'il appartient de les *reconnaître* : par ce fait, il confère force exécutoire à l'accord.

²⁶⁵⁶ Peng Jiao, préc., pp. 126-127. Il faudrait distinguer entre les effets procéduraux de l'accord de médiation – qui n'apparaissent qu'à l'issue de son homologation – et ses effets substantiels, à savoir contractuels.

²⁶⁵⁷ Interprétation [2004] n°12, art. 18 ; Interprétation [2015], n°5, art. 148 (« 当事人自行和解或者调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予准许 »).

²⁶⁵⁸ LPC, art. 145.

B. Les accords conclus en dehors de l'instance : la procédure d'homologation.

376. L'homologation, une technique commune en droit chinois et français.

Entre les deux sphères conventionnelle et judiciaire, une passerelle a été aménagée par les législateurs des deux pays sous la dénomination d'homologation. En Chine, l'expression exacte de cette procédure est *sifa queren* (司法确认) qui signifie littéralement « reconnaissance judiciaire²⁶⁵⁹ ». La finalité de cette procédure est commune aux deux pays – conférer force exécutoire à un accord amiable conclu entre les parties – mais la conception divergente des MARD révèle quelques différences dans le processus d'homologation. Si cette dernière doit être conçue comme un « compromis entre la liberté laissée aux justiciables d'organiser leurs relations et le maintien d'un contrôle judiciaire²⁶⁶⁰ », c'est justement l'étendue de ce contrôle qui pose problème. La problématique, simple, se retrouve aussi bien en France qu'en Chine : le juge doit-il simplement conférer force exécutoire à un accord de volonté constaté, faisant ainsi triompher le principe de liberté contractuelle ou, au contraire, doit-il s'assurer d'un minimum de légalité de l'accord négocié, privilégiant ainsi un certain niveau de sécurité juridique ?

Il est intéressant de constater que la France et la Chine ont consolidé la procédure d'homologation sur une même période. En France, le décret de 2012, dont l'objectif visait à simplifier le processus d'homologation, a créé une procédure d'homologation commune aux accords résultant d'un MARD, y compris les transactions²⁶⁶¹. En Chine, la réforme de la *Loi de procédure civile* de 2012 a créé un nouveau chapitre composé des deux seuls articles 194 et 195 au sein des « procédures particulières²⁶⁶² » et consacré exclusivement à la procédure de reconnaissance des

²⁶⁵⁹ Nous utilisons les termes d'homologation et de reconnaissance judiciaire comme expressions synonymes et interchangeables dans cette partie.

²⁶⁶⁰ Christine Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *Petites affiches*, 11/12/2003, n°247, p. 4.

²⁶⁶¹ Alexandra Guillemain, « Réflexion sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 22 mai 2012, n°143, p. 10 ; V. Également, décret n°2017-892 du 6 mai 2017, art. 25 1° qui modifie les modalités de saisine du juge pour lui soumettre un accord à homologuer. CPC, nouvel art. 1541 : « la demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ».

²⁶⁶² Dont le point commun est justement l'absence de litige ; en ce sens, elles pourraient se rapprocher de la matière gracieuse française à l'exception près qu'en Chine le domaine gracieux (litt. non contentieux : 非诉讼), n'est pas formulé dans la loi. Les procédures dites particulières concernent, entre autres, les déclarations de décès et de disparition (LPC, art. 177), les reconnaissances de capacité ou d'incapacité civile, les reconnaissances d'une *res nullus* et, donc, depuis 2012, les demandes d'homologation.

accords extrajudiciaires. Leur domaine d'application ne concerne, en toute logique, que les accords passés en dehors de la personne physique du juge. Pour la France, ce domaine inclut les accords issus d'une médiation judiciaire (CPC, art. 131-12), d'une conciliation déléguée (CPC, art. 131, al. 2) et d'une médiation ou conciliation conventionnelle (CPC, art. 1534 pour la médiation²⁶⁶³ ; CPC, art. 1451²⁶⁶⁴ pour la conciliation ; Code civil, art. 2066²⁶⁶⁵ et CPC, art. 1566, pour la convention de procédure participative). Le Code de procédure civile prévoit également que la transaction puisse faire l'objet d'une homologation au sens de l'article 1565²⁶⁶⁶ du même Code.

En droit chinois, la procédure d'homologation concerne les accords résultant d'une médiation populaire, administrative, professionnelle ou commerciale qui ont, à la base, une nature contractuelle²⁶⁶⁷. Il est admis, par analogie, que la demande d'homologation peut concerner les transactions conclues en dehors du tribunal (和解协议) en raison de leur nature contractuelle commune. À l'instar du droit français, les transactions chinoises légalement formées (qui appartiennent à la catégorie du contrat) lient les parties²⁶⁶⁸ qui ne peuvent unilatéralement les modifier. Le domaine de ces transactions couvre l'ensemble des matières où les parties disposent de leurs droits.

²⁶⁶³ CPC, art. 1534 : « la demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ».

²⁶⁶⁴ CPC, art. 1541 dans sa version modifiée par le décret n°2017-892 : « la demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'un d'elles, avec l'accord exprès des autres ».

²⁶⁶⁵ Code civil, art. 2066 dans sa version modifiée par la loi n°2016-1547 : « les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge » ; CPC, art. 1556 dans sa version modifiée par le décret n°2017-892 : « à l'issue de la procédure conventionnelle et exception faite des demandes en divorce ou en séparation de corps sur lesquelles il est statué conformément aux dispositions de la section II du chapitre V du titre Ier du livre III, le juge peut être saisi de l'affaire ou celle-ci être rétablie à la demande d'une des parties, selon le cas, pour homologuer l'accord des parties mettant fin en totalité au différend ou au litige, pour homologuer un accord partiel des parties et statuer sur la partie du litige persistant ou pour statuer sur l'entier litige ».

²⁶⁶⁶ CPC, art. 1565 : « l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes ».

²⁶⁶⁷ LPC, art. 194, détaillé par l'article 1 des Règles [2011] n°5 ; *Loi sur la médiation populaire*, art. 34 ; *idem* pour les accords issus d'un processus de médiation mené devant un organe administratif, de commerce ou encore professionnel : Opinions [2009] n°45, art. 20.

²⁶⁶⁸ Code civil, ancien article 1134 ; *loi sur les contrats* chinoise, art. 8 : « les contrats légalement formés possèdent force de droit entre les parties. Elles doivent exécuter leurs obligations selon les termes et ne peuvent ni le modifier, ni l'annuler unilatéralement. Les contrats légalement formés reçoivent la protection juridique » (« 依法成立的合同, 对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务, 不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同, 受法律保护 »).

La particularité de ce contrat, qu'il soit conclu avant ou pendant l'instance²⁶⁶⁹, réside comme en France, dans sa finalité : mettre un terme au litige déjà né ou empêcher qu'il ne se reproduise²⁶⁷⁰. Il doit, également, contenir des concessions réciproques (相互让步²⁶⁷¹) de chacune des parties. Plus précisément, la seule différence entre une transaction chinoise (和解协议) et un accord de médiation chinois (调解协议) résiderait dans l'agencement des pourparlers et non dans leur substance²⁶⁷². Enfin, seuls les accords de médiation conclus à la suite d'une médiation judiciaire déléguée sont exclus de la procédure d'homologation des articles 194 et 195 de la *Loi de procédure civile* et de l'interprétation clé en la matière, celle de 2011²⁶⁷³.

²⁶⁶⁹ Tribunal Intermédiaire n°3 de Pékin, chambre civile, *Yang Jun c/ Zhou Liyang*, 2014, affaire n° 12832, disponible à l'adresse : <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=d4705c07-5b4d-4aee-881c-418103d90398&KeyWord=相互让步> [dernière consultation le 26 sept. 2016]. Les juges rappellent la définition de la transaction conclue entre les parties au cours de l'instance : « *les deux parties peuvent se concilier d'elles-mêmes. La transaction judiciaire [incarne] les volontés des parties au contentieux, qui, dans la situation où le tribunal n'est pas intervenu, mettent fin au litige ou anticipent la naissance d'un litige au travers de concessions réciproques. La transaction judiciaire entraîne des effets en droit procédural et en droit substantiel. Les effets procéduraux sont définis à l'article 191 des Opinions de la Cour Suprême concernant l'application de la loi de procédure civile : "lorsque les parties concluent une transaction en seconde instance, le tribunal peut, à leur demande, exercer un contrôle de la transaction et rendre un acte de médiation qui sera délivré aux parties ; si, en raison de la transaction, les parties demandent le désistement de l'instance, le tribunal doit y faire droit après avoir contrôlé les conditions de la demande d'abandon". L'effet substantiel fait référence à la relation contractuelle née de la transaction qui lie les parties cocontractantes. L'absence d'effet procédural sur la transaction n'influence pas ses effets substantiels* » (« 双方当事人可以自行和解。诉讼和解是案件当事人在法院未参与的情况下, 通过相互让步以终止其争议或防止争议再发生而形成的合意。诉讼和解具有程序法上和实体法上的双重效果。所谓程序法上的效果, 依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 191 条的规定: “当事人在二审中达成和解协议的, 人民法院可以根据当事人的请求, 对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人; 因和解而申请撤诉, 经审查符合撤诉条件的, 人民法院应予准许”, 因此, 诉讼和解可通过人民法院根据和解协议制作调解书或当事人申请撤诉的方式, 产生终结诉讼的程序法效果。所谓实体法上的效果, 是指和解协议形成独立的合同关系, 对双方当事人具有约束力。诉讼和解程序法上的效果不发生, 不影响其实体法上的效果») .

²⁶⁷⁰ Wang Liming (王利明), « Discussion sur les transactions » (« 论和解协议 »), *Politique et Droit* (政治与法律), n°1, 2014, p. 49 ; la Cour Suprême a défini les transactions conclues en cours de procès (诉讼和解) comme étant « *la volonté formée des parties à un contentieux de mettre un terme au différend ou d'empêcher qu'il ne se reproduise, au moyen de concessions réciproques* » (« 案件当事人为终止争议或者防止争议再次发生, 通过相互让步形成的合意 »), cité par He Jian (贺剑), « Le fondement de droit substantiel des transactions extrajudiciaires. Commentaire du cas directeur n°2 de la Cour Populaire Suprême » (« 诉讼外和解的实体法基础。评最高人民法院指导案例 2 号 »), *Pratique du droit* (法律实务), n°3, 2013, p. 143.

²⁶⁷¹ Tribunal Intermédiaire n°3 de Pékin, chambre civile, *Yang Jun c/ Zhou Liyang*, 2014, affaire n° 12832.

²⁶⁷² Peng Jiao, préc., p. 125. L'auteur rejette également toute distinction substantielle entre les accords de médiation en fonction de l'organe médiateur ; ce sont tous des contrats civils.

²⁶⁷³ Interprétation [2004] n°12. L'homologation est précisée dans son article 12 qui commande aux juges de vérifier la légalité de l'accord et le consentement des parties.

377. L'acte d'homologation : décision gracieuse ou contrat judiciaire²⁶⁷⁴ ?

En Chine, l'homologation des accords extrajudiciaires est assimilée à la constatation, par le juge, des accords passés sous son contrôle, ou plus exactement, des accords conclus en cours d'instance. La procédure d'homologation est la même pour l'ensemble des actes de réconciliation qui sont soumis au juge pour devenir des titres exécutoires. En France, l'interprétation littérale des articles en matière d'homologation impliquerait de distinguer deux types d'homologation, l'une relevant de la matière gracieuse et l'autre consistant en un simple acte judiciaire non juridictionnel. En effet, le législateur français a précisé que l'homologation par le juge d'un accord établi par le conciliateur de justice en cours d'instance relève de la matière gracieuse (CPC, art. 131). Cette mention se retrouve aussi expressément dans le cas de l'homologation des accords résultant d'une médiation judiciaire (CPC, art. 131-12, al. 2) ; en revanche, elle n'est pas présente dans le cas de l'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle (CPC, art. 1534), d'une conciliation conventionnelle (CPC, art. 1541) ou d'une procédure participative (CPC, art. 1556 tel que modifié par le décret n°2017-892 du 6 mai 2017). Faut-il alors distinguer l'homologation des accords strictement extra-judiciaires, dans lesquels l'intervention du juge consiste en la seule apposition de la force exécutoire²⁶⁷⁵, de l'homologation des accords conclus une fois le juge saisi et dont la validité est soumise à une approbation judiciaire relevant de la matière gracieuse²⁶⁷⁶ ? L'enjeu n'est pas seulement d'ordre terminologique : si la définition de l'homologation, dans la procédure française, se réfère à « l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes [...] [qui] suppos[e] un contrôle de légalité et, souvent, d'opportunité, de la part du juge, [et qui] confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une

²⁶⁷⁴ Par commodité, le terme « homologation » est conservé pour désigner le fait, pour le juge, de constater et rendre exécutoire l'accord des parties quand bien même cet acte ne relèverait pas de la matière gracieuse et donc de l'homologation au sens strict (au sens d'approbation judiciaire).

²⁶⁷⁵ Par ex. Civ. 2^e, 27 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n°253, p. 214 : « Mais attendu qu'ayant relevé que la transaction avait été homologuée par le jugement du 15 mars 1996, la cour d'appel a retenu à bon droit que ce jugement lui conférerait force exécutoire ».

²⁶⁷⁶ À l'instar, par exemple, de l'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel ? Ce dernier reste possible dans les deux cas spécifiques de l'article 229-2 du Code civil, c'est-à-dire en présence d'un mineur qui demande à être auditionné par le juge ou si l'un des deux époux est un majeur protégé. Auquel cas, la convention de divorce nécessite l'approbation du juge au sens de l'article 230 du même Code pour être homologuée. Le juge peut notamment refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce si la convention de divorce ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (Code civil, art. 232, al. 2) et doit être convaincu du consentement libre et éclairé des deux époux au divorce (Code civil, art. 232, al. 1^{er})

décision de justice²⁶⁷⁷ », son acception varie selon le domaine du contrôle exercé par le juge. À supposer que les accords issus d'une médiation ou d'une conciliation judiciaire relèvent effectivement de la matière gracieuse comme l'énonce la loi, cela impliquerait que le juge effectue un contrôle sur la légalité et la légitimité de l'acte et que l'acte d'homologation bénéficie des voies de recours ouvertes en matière gracieuse²⁶⁷⁸. La médiation et la conciliation judiciaires feraient ainsi office d'exception en matière d'homologation des accords issus de MARD, puisque pour les accords issus d'un mode de résolution extrajudiciaire, le contrôle du juge ne porte que la légalité de l'acte²⁶⁷⁹. Dans ce dernier cas, l'homologation est assimilée à un acte judiciaire non juridictionnel, c'est-à-dire à un contrat judiciaire²⁶⁸⁰ dépourvu de l'autorité de la chose jugée puisque c'est la seule volonté des parties qui lui confère autorité : le juge ne fait que constater leur réconciliation tout en s'assurant d'un contrôle minimum, restreint à la légalité dudit accord²⁶⁸¹. Et, contrairement à l'homologation de la matière gracieuse, les contrats judiciaires ne sont pas susceptibles d'appel²⁶⁸² ; l'accord ne peut être attaqué que par les moyens de droit commun des contrats, c'est-à-dire par les actions en nullité prévues au sein du Code civil.

En réalité, si l'homologation à proprement parler relève bien de la matière gracieuse, l'acte par lequel un juge constate la validité d'un accord dans les matières où les parties disposent de leurs droits ne devrait pas être qualifié de la sorte. La doctrine française s'accorde à dire que la mention expresse de la matière gracieuse figurant dans les articles 131, al. 2 et 131-12 du CPC est une erreur de la part du

²⁶⁷⁷ Gaëlle Deharo, « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°62.

²⁶⁷⁸ CPC, art. 538 : le délai de recours par voie ordinaire est de quinze jours en matière gracieuse.

²⁶⁷⁹ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 1285, n°1865 sur la distinction entre ces deux types de contrôle.

²⁶⁸⁰ Gaëlle Deharo, « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°66 : « Il faudrait apprécier la qualification juridictionnelle de l'homologation selon la nature du contrôle du juge qui tendrait à imprimer à l'homologation une nature juridictionnelle ». Ainsi, si le contrôle est minimal, l'acte est non juridictionnel ; *a contrario*, si contrôle est d'opportunité, il devient un acte gracieux.

²⁶⁸¹ Civ. 2^e, 26 mai 2011, n°06-19527 (contrôle sur la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs) ; Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 714, n°1056 ; le juge n'est pas qu'une simple « chambre d'enregistrement » selon Lucie Mayer, « Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, n°167, p. 6. L'auteur distingue quatre éléments objets d'un contrôle judiciaire : la nature de la convention, sa conformité avec l'ordre public et les bonnes mœurs (contrôle de conformité apparente seulement), l'existence de la convention et le dernier critère, timidement mis en avant par la Cour d'appel de Lyon, le caractère déterminé de l'objet, soit la validité de la convention

²⁶⁸² L'impossibilité de faire appel d'une convention homologuée a été rappelé en 2016 par la Cour de cassation au visa des articles 542, 543 et 544 du CPC : Civ 3^e, 25 février 2016, n°14-26905.

législateur²⁶⁸³ – qui n'en serait pas à sa première en matière de modes amiables de résolution des différends²⁶⁸⁴. L'homologation effectuée par le juge à la demande des parties ne relève pas de sa *jurisdictio* – il ne rend pas une décision – mais de son pur *imperium* – il se borne à constater un accord auquel il confère force exécutoire²⁶⁸⁵.

Ainsi, l'homologation en matière gracieuse ne fait aucun doute dans les matières où les droits des parties sont indisponibles²⁶⁸⁶ (comme le divorce, en dehors du divorce amiable) puisque seule l'homologation judiciaire rend la convention effective²⁶⁸⁷. Au contraire, dans les matières où les parties disposent de leurs droits, l'homologation reste une *faculté* mise à leur disposition aux seules fins de conférer force exécutoire²⁶⁸⁸. Dans cette hypothèse, l'accord amiable non homologué tire sa validité et sa force obligatoire du seul régime contractuel ; la constatation judiciaire de l'accord lui permet seulement d'accroître son efficience en élevant le « contrat » au rang de titre exécutoire²⁶⁸⁹.

²⁶⁸³ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, op.cit.*, p. 714, n°1054 ; Gaëlle Deharo, « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile, op.cit.*, n°63 ; Béatrice Gorchs, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Revue de l'arbitrage* 2008, n°1, p. 60 : « si le législateur se trompe sur la qualification gracieuse de l'acte, le juge se méprend sur la nature quasi-jurisdictionnelle de son intervention ». L'homologation n'est en effet qu'une *faculté* accordée aux parties de la solliciter.

²⁶⁸⁴ Sur le problème de la rédaction de l'article 2056 du Code civil qui dispose que la transaction a autorité de la force jugée en dernier ressort, laissant entendre que le pourvoi en cassation lui est ouvert : Gaëlle Deharo, « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.* 1^{er} déc. 2005, n°335, p. 2. L'auteur reconnaît que le choix du législateur « d'ériger artificiellement la transaction en équivalent d'un jugement en dernier ressort » est assez curieux. Il n'est donc pas étonnant que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ait réécrit cet article de la manière suivante : « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

²⁶⁸⁵ Natalie Fricero *et al.*, *op.cit.*, pp. 74-76 (sur l'homologation des constats d'accord issus d'une conciliation judiciaire déléguée) ; pp. 159-160, n°213-72 : l'auteur s'appuie ici sur l'évolution des réformes en matière de médiation.

²⁶⁸⁶ Christine Hugon, *préc.*, p. 4 et s. ; En ce sens, le rapport Guinchard proposait déjà que la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière d'organisation des modalités de l'exercice parentale relève de principe de la matière gracieuse : « le recours à la procédure gracieuse permettrait ainsi de conférer force exécutoire à ces accords sans audience ni audition, à moins que le juge ne l'estime nécessaire ou que l'enfant ne sollicite son audition, conformément au droit commun » (Rapport Guinchard, p. 64).

²⁶⁸⁷ Béatrice Gorchs, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *préc.*, p. 45 et s. ; pp. 52 et s. (matière indisponible).

²⁶⁸⁸ Sur les différents modes de saisine prévus en fonction de la nature du MARD : les parties soumettent leur demande d'homologation au juge par requête (CPC, art. 1566 ; CPC, art. 131, al. 2 et 131-12) soit de l'ensemble des parties ou de l'une d'elles avec l'accord exprès de l'autre (pour la médiation conventionnelle, CPC, art. 1534), des deux parties ou d'une seule partie à moins qu'une l'une d'elles ne s'oppose à l'homologation dans l'acte constatant son accord (cas de la conciliation conventionnelle, CPC, art. 1541) ou encore de la partie la plus diligente (pour la convention de procédure participative, CPC, art. 1557, al. 1^{er} ; pour la transaction, art. 1567 ; pour la médiation judiciaire, art. 131-12 et pour la conciliation judiciaire déléguée art 131, al. 2).

²⁶⁸⁹ Vincent Egea, « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions*, 2017, p. 97 : « En somme, le recours à l'homologation a été conçu pour admettre la

378. La nature de l'homologation chinoise. L'ambiguïté de la loi française concernant la nature de la constatation judiciaire des accords issus d'un MARD ne se retrouve pas en Chine malgré le peu de détails des dispositions légales en la matière. Seuls deux articles dans la *Loi de procédure civile* réglementent cette procédure²⁶⁹⁰ et la majorité des règles applicables sont le fait de la Cour Suprême : on trouve ainsi, dans l'ordre chronologique, les « Règles relatives au traitement des affaires civiles impliquant un accord de médiation populaire » (Règles [2002] n°29), les « Règles relatives aux nombreuses questions concernant le travail de médiation civile des tribunaux populaires » (Interprétation [2004] n°12), les « Nombreuses Opinions concernant la résolution des contradictions entre les procédures judiciaires et extrajudiciaires » (Opinions [2009] n°45), l'« Interprétation relative à la procédure de reconnaissance judiciaire des accords de médiation populaire » (Interprétation [2011] n°5) et, dernière en date, l'Interprétation de la *Loi de procédure civile* de 2015, dans ses articles 353 à 360. À partir de leur domaine d'application, Yu Wentang distingue ainsi trois catégories d'homologation selon le mode de saisine et, surtout, selon sa nature, judiciaire ou non. La première est celle réglementée par l'interprétation de 2002 et qui intervient accessoirement au contentieux portant sur la validité de la transaction (起诉型司法确认). Son article 2 prévoit ainsi que « *lorsqu'une partie intente une action en justice aux fins d'exécution de l'accord de médiation, le tribunal populaire procède à la reconnaissance de ses effets en la forme de jugement* ». Dans ce cas, la reconnaissance de l'accord est accessoire au contentieux principal. La deuxième catégorie concerne l'homologation d'un accord issu d'une médiation judiciaire à l'initiative du juge, dans le cas d'une délégation de sa mission conciliatrice²⁶⁹¹ (主动型司法确认) et la dernière se réfère à la demande

contractualisation dans des domaines jusque-là indisponibles, tout en maintenant un contrôle social plus renforcé qu'en droit commun des contrats. En homologuant et en refusant d'homologuer ces actes spéciaux, le juge indique ce que l'ordre juridique tolère et ce qu'il proscrie ».

²⁶⁹⁰ V. Aussi l'article 33 de la *Loi sur la médiation populaire* : « *pour les accords conclus sous l'égide d'un Comité de médiation populaire, les parties peuvent, si elles le considèrent nécessaire, demander conjointement la reconnaissance judiciaire de leur accord dans les trente jours à compter de sa conclusion ; le tribunal populaire doit [alors] procéder immédiatement au contrôle de l'accord et reconnaître ses effets selon la loi. Une fois l'accord homologué, si l'une des parties n'exécute pas ou n'exécute que partiellement son obligation, l'autre partie peut en demander l'exécution forcée au tribunal. Si le tribunal n'homologue pas l'accord, les parties peuvent le modifier lors d'une médiation populaire ou en créer un nouveau ; elles peuvent également saisir le tribunal d'une demande en justice* ».

²⁶⁹¹ Interprétation [2004] n°12, art. 3, al. 2 : les accords de médiation issus d'une médiation déléguée sont spontanément contrôlés dans leur légalité et l'homologation de leurs effets est faite en la forme de jugement ; Règles [2016] n°14, (sur la médiation spéciale) art. 19 : les accords issus d'une médiation

d'homologation simple²⁶⁹² (申请型司法确认) qui fait écho à la procédure d'homologation française prévue en matière de MARD.

Dans le cas d'accords conclus en dehors du procès (soit avant tout enregistrement de la demande en justice), le droit chinois prévoit une procédure d'homologation unique qui ne diffère pas selon la forme de l'accord. Ainsi, lorsque les parties parviennent à se concilier dans le cadre d'une médiation populaire avant saisine de la juridiction, elles peuvent faire homologuer leur accord dans les trente jours suivants sa conclusion auprès du tribunal du lieu où est situé l'organe de médiation²⁶⁹³. Si la demande est déposée après ce délai, les juges rejettent la demande²⁶⁹⁴. Celle-ci peut être écrite ou orale²⁶⁹⁵ et doit être accompagnée de tout élément permettant de procéder à la vérification de l'accord de médiation (preuves, données personnelles, adresses des parties, numéros de téléphone et contacts). À la réception de la demande d'homologation, la chambre d'enregistrement dispose de trois jours pour décider de l'enregistrer ou non. Les demandes d'homologation d'accords conventionnels impliquant la reconnaissance d'une relation personnelle, maritale ou encore de filiation ne sont pas recevables de même que les demandes déposées auprès d'un tribunal incompétent²⁶⁹⁶. Ce premier contrôle, exercé par la chambre d'enregistrement, a été renforcé en 2015 : si l'accord soumis à homologation implique la reconnaissance d'un droit réel ou d'un droit de propriété intellectuelle, la demande est irrecevable²⁶⁹⁷. Si, en dépit de ce premier filtre, un accord de médiation contenant l'un de ces éléments parvenait devant le juge homologateur, celui-ci doit rejeter la demande. La décision d'acceptation de la demande d'homologation doit être immédiatement notifiée aux parties et l'affaire est enrôlée avec la mention « médiation » (调解字); lorsque les parties se présentent conjointement au tribunal pour faire homologuer leur accord de médiation, le tribunal peut même procéder

spéciale déléguée avant enregistrement de la demande suivent le régime de l'homologation de la *Loi de procédure civile* et de la *Loi sur la médiation populaire* ; art. 20 : les accords issus d'une médiation spéciale déléguée après l'enregistrement de la demande transmis au tribunal populaire qui rend un acte de médiation. Une fois l'accord atteint, la partie doit abandonner sa demande en justice.

²⁶⁹² Opinions [2009] n°45, art. 22 ; Règles [2011] n°5.

²⁶⁹³ LPC, art. 194 ; *Loi sur la médiation populaire*, art. 33, al. 1^{er} ; Règles [2011] n°5, art. 2.

²⁶⁹⁴ Tribunal Populaire de Huiji (惠济) de la ville de Zhengzhou (郑州), province du Henan, 1^{re} instance, chambre civile, 19/12/2015, n°1403 (2015 惠民初字第 1403 号) : en l'espèce, les parties ont trouvé un accord auprès d'un Comité Populaire le 31 mai 2015 et ont formulé une demande de reconnaissance des effets dudit accord le 11 août 2015.

²⁶⁹⁵ Interprétation [2015] n°5, art. 355.

²⁶⁹⁶ Interprétation [2011] n°5, art. 4, al. 2.

²⁶⁹⁷ Interprétation [2015], n°5, art. 357 (5).

immédiatement à sa reconnaissance judiciaire. Le cas échéant, l'affaire est confiée à un juge unique qui dispose de quinze jours pour procéder à l'homologation judiciaire²⁶⁹⁸. Entre temps, une partie peut user de son droit de rétractation ; si l'une d'entre elles se désiste de sa demande d'homologation, le juge doit l'y autoriser et refuser de reconnaître l'accord soumis²⁶⁹⁹.

379. Le contrôle du juge chinois sur l'accord de conciliation. Contrairement au juge français qui procède à un contrôle minimum de légalité des accords extrajudiciaires, en Chine, le contenu et l'étendue du contrôle judiciaire effectué lors d'une homologation implique une certaine ingérence de sa part. En effet, outre le traditionnel contrôle de légalité de l'accord de médiation réglementé par la loi²⁷⁰⁰, la Cour Suprême a instauré des ouvertures dans l'examen de l'accord en admettant que le refus d'homologation puisse être fondé – et donc motivé – par l'absence de clarté du contenu des clauses ou dans les « autres situations où l'homologation est impossible²⁷⁰¹ ». La vérification du consentement des parties s'apprécie *in concreto* : les juges prennent notamment en compte la compréhension des parties de leur engagement relativement à leur niveau d'éducation. L'extrait de l'acte d'homologation retranscrit ci-après donne un bon exemple de la finalité de la procédure d'homologation, à savoir, la compréhension par les parties de leurs engagements et l'assurance qu'elles ne reviendront pas dessus²⁷⁰² :

« Concernant le processus de formation et le contenu de l'accord de médiation de la présente affaire, la Cour procède au questionnement des parties, veuillez s'il vous plait répondre [en disant la vérité²⁷⁰³], est-ce clair pour vous ? »

²⁶⁹⁸ Ce délai peut être rallongé de dix jours supplémentaires.

²⁶⁹⁹ Interprétation [2015] n°5, art. 359, al. 1.

²⁷⁰⁰ Interprétation [2004], n°12, art. 12 (ce contrôle minimal est celui exercé dans le cas d'une médiation judiciaire, déléguée ou non); Opinions [2009] n°45, art. 24 ; Règles [2011] n°5, art. 7 : les accords contraires aux règles de droit, aux intérêts de l'État et aux intérêts sociaux et aux intérêts des tiers ne peuvent faire l'objet d'une reconnaissance.

²⁷⁰¹ Interprétation [2015] n°5, art. 360 ; V. Tribunal populaire de Caidian (蔡甸) de la ville de Wuhan (province du Hubei), 30 juin 2014, reconnaissance judiciaire en matière civile n°241 (鄂蔡甸民调确字第 241 号) : les juges refusent l'homologation sur le fondement de l'article 7 (6) de l'interprétation de 2011 et considèrent que « la demande du demandeur n'appartient pas au domaine de la reconnaissance judiciaire » (申请人的请求不属于司法确认的范围) sans aucune autre explication.

²⁷⁰² Tribunal populaire de Dalian (大连), chambre des affaires maritimes, 10 déc. 2015, reconnaissance judiciaire n°46 (大海调确字 46 号), publié sur la plateforme de jugements en ligne <http://wenshu.court.gov.cn/Index> . Ces questions sont reproduites juste après la décision d'homologation.

²⁷⁰³ L'expression exacte serait « fidèlement ; comme il faut ; en étant fidèle aux faits » (如实).

M. Gao: « *c'est clair* ». Mme Tang : « *c'est clair* ». Mme Zhao (représentante de M. Gao) : « *c'est clair* ».

Le représentant de M. Wang : « *c'est clair* ».

« *Le représentant de M. Wang, parlez en premier* ».

« *Cet accord de médiation a été conclu sous le contrôle (主持) du département de supervision des ports de pêches de Dandong, son contenu est librement consenti et aucune objection n'a été faite contre son contenu. Les caractères utilisés dans l'accord sont [le fait de] mon écriture et [de] ma signature. Je manifeste également de la compassion [à l'égard de M. Gao et de Mme Tang] concernant leur perte [d'un membre de leur famille]. Je leur accorde la compensation en vertu des termes de l'accord* ».

M. Gao, Mme Tang et Mme Zhao : « *[Notre famille] [Tous les membres de notre foyer] connaissons le contenu de cet accord et nous n'avons pas d'objection. Toute notre famille reconnaît en intégralité le contenu de l'accord. Cet accord a été librement consenti par chacun [d'entre nous]* ».

« *Après la signature et l'exécution de l'accord, quels sont les engagements (承诺) ?* »

Le représentant de M. Wang : « *je m'engage à exécuter strictement l'accord. Je ne me rétracte pas (不反悔)* ».

M. Gao, Mme Tang et Mme Zhao : « *Nous faisons ce que nous disons (我们说哪儿做哪儿), nous ne nous rétractons pas. Nous exprimons également de la compassion concernant la perte de M. Wang. Nous nous engageons, selon les termes de l'accord, à ne pas rechercher la responsabilité de M. Wang après son exécution ainsi qu'à coopérer avec son assurance (也将配合他将配合保险理赔做好)* ».

« *Regardez la transcription, quelque chose à ajouter ? S'il n'y a aucune erreur, veuillez signer* ».

Les parties : « *aucune erreur* » (signature).

Ce contrôle *in concreto* est facilité, pour le juge, par l'obligation mise à la charge des parties de produire, en plus de l'accord de médiation, tout document probatoire lui permettant d'en apprécier la validité. La Cour Suprême a également précisé qu'en cas d'informations insuffisantes ou douteuses, les juges peuvent exiger des parties de les compléter dans un temps imparti. À défaut de justificatifs fournis dans les délais, ils doivent traiter l'affaire comme si les parties se désistaient²⁷⁰⁴. Le juge saisi d'une requête en homologation peut, en cas de nécessité, vérifier la situation des parties auprès de l'organe de médiation qui était en charge des pourparlers²⁷⁰⁵. Néanmoins, en dehors des indications données par la Cour Suprême qui délimitent, par la négative, le domaine de l'homologation judiciaire, les frontières du contrôle opéré par le juge homologateur ne sont pas spécifiées. La pratique elle-même n'est pas uniforme : par exemple, certains juges acceptent l'homologation partielle d'un accord en ne reconnaissant l'effectivité que de certaines clauses alors que pour d'autres, l'homologation ne peut porter que sur l'accord en son entier²⁷⁰⁶.

380. La nature de l'homologation chinoise. La nature de la décision d'homologation n'est pas claire non plus puisque le législateur a précisé qu'après avoir effectué un contrôle, le tribunal « ordonne que l'accord soit effectif » (裁定调解协议有效) ou bien, en l'absence de conformité dudit accord avec les règles de droit, « ordonne le rejet de la prétention » (裁定驳回请求)²⁷⁰⁷. La Cour Suprême avait indiqué en 2011 qu'à l'issue de la procédure d'homologation, le juge rendait soit une *décision* de reconnaissance judiciaire (ou d'homologation) (确认决定书) soit une *décision* de refus d'homologuer (不予确认决定书)²⁷⁰⁸. En 2015, les juges de Pékin se sont alignés sur la volonté du législateur et ont précisé qu'une demande irrecevable ou dont le contrôle au fond ne permet pas d'homologation doit être rejetée en la forme d'ordonnance et non de décision²⁷⁰⁹. Quelle que soit la dénomination choisie, la

²⁷⁰⁴ Interprétation [2015] n°5, art. 358 ; 359, al. 2. Cela équivaudrait, il nous semble, à constater la caducité de l'affaire.

²⁷⁰⁵ Interprétation [2015] n°5, art. 358, al. 2.

²⁷⁰⁶ V. Notamment le mémoire de fin de premier cycle universitaire sous la direction du professeur Wu Zeyong de Zhao Yunyun, présenté le 5 juin 2014 à l'Université du Henan, « Étude sur le domaine de la reconnaissance judiciaire des accords de médiation » (调解协议司法确认的审查范围研究), 33p. Disponible en libre accès à l'adresse : <http://www.docin.com/p-990805796.html> [dernière consultation le 16 sept. 2016], p. 11.

²⁷⁰⁷ LPC, art. 195. Ce qui ne remet pas en cause la validité contractuelle de l'accord soumis.

²⁷⁰⁸ Règles [2011] n°5, art. 8.

²⁷⁰⁹ Interprétation [2015] n°5, art. 357. L'incohérence entre la loi et les interprétations judiciaires avait été soulevée dans plusieurs forums juridiques et le site officiel des tribunaux populaires chinois avait

décision emportant homologation de l'accord de médiation n'est pas susceptible d'appel. De la même manière, le refus d'homologuer un accord amiable n'en influence pas la validité contractuelle : les parties peuvent ainsi modifier l'accord originel, en refaire un nouveau ou saisir le tribunal d'une demande de contentieux. Cependant, si la demande d'homologation est accessoire au contentieux, la décision peut faire l'objet d'un appel. Enfin, le recours en révision reste ouvert aux parties en cas de violation du principe de consentement ou d'erreur dans le jugement d'homologation effectif²⁷¹⁰.

381. En conclusion, le contrôle exercé par le juge chinois saisi d'une demande d'homologation de l'accord de médiation s'apparente, dans sa substance et dans son étendue, à l'exercice du pouvoir du juge français en matière gracieuse. En revanche, lorsque le juge chinois délègue sa mission de conciliation en cours d'instance, son contrôle est minimum²⁷¹¹, voire, dans le cas du nouveau régime de médiation spéciale, inexistant²⁷¹². En France, au contraire, la procédure d'homologation relève de la matière gracieuse (et s'apparente donc à une approbation judiciaire) dans les matières où les parties ne disposent pas de leurs droits, alors que la constatation judiciaire des accords négociés dans les matières disponibles ne s'apparente qu'à un simple contrôle de légalité. Le choix pour l'une ou l'autre des conceptions de « l'homologation » (approbation ou constat) dépend de la conception que l'on se fait des modes amiables de résolution des conflits et, surtout, de leur fonction. Comme l'explique Béatrice Gorchs – en faveur d'un contrôle minimum de la part du juge – il faudrait distinguer le mode amiable selon qu'il soit une alternative au règlement judiciaire des litiges (utilisé alors pour promouvoir le règlement conventionnel des litiges avant ou en

même posté un article sur ce sujet, disponible à l'adresse : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/04/id/1276242.shtml> [dernière consultation le 19 sept. 2016]. La décision ne peut trancher des problèmes au fond, c'est une forme d'acte utilisé pour résoudre les problèmes procéduraux (exemple : la décision d'un juge de se récuser) et ne constitue pas une composante du procès ; elle est aussi utilisée dans les affaires urgentes et n'est pas, en principe, susceptible d'appel. Inversement, l'ordonnance fait référence à la décision finale relative à un point de procédure (donc au sein du procès) (是指法院为处理民事诉讼中的各种程序性事项所作出的结论性判定).

²⁷¹⁰ L'acte de médiation exécutoire ne peut être révisé que s'il contrevient aux règles de droit ou si l'une des parties apporte la preuve d'avoir été forcée à contracter (LPC, art. 201).

²⁷¹¹ Dans le cas d'une médiation déléguée sur le fondement de l'article 95 de la LPC et réglementée par l'interprétation de 2004, n°12.

²⁷¹² Règles [2016] n°14, art. 20 : « *les accords de médiation issus d'une médiation spéciale doivent être transmis au par le médiateur au tribunal populaire qui, après vérification, rend un acte de médiation qui clôture l'instance. Une fois l'accord trouvé, lorsque la partie demande le retrait de sa demande, le tribunal doit l'y autoriser selon la loi* ».

cours d'instance) ou un processus intégré à la procédure judiciaire (comme la médiation familiale). Dans le premier cas, l'accord tire sa force obligatoire de son origine conventionnelle : le juge ne peut que le constater et en prendre acte. Dans le second cas, au contraire, l'homologation serait « le parachèvement du processus judiciaire de règlement des litiges²⁷¹³ ». En réalité, ces différentes conceptions sont symptomatiques du vrai défi à relever dans la promotion des MARD – français comme chinois –, à savoir, leur modalité d'intégration ou, à tout du moins, leur mode de coordination avec le seul garant actuel de la justice : l'autorité judiciaire.

Section II. Vers une meilleure intégration des modes amiables dans le traitement judiciaire des contentieux.

382. Des modèles de coordination liés aux conceptions de la justice négociée. La coordination des modes amiables et judiciaires de traitement des différends peut s'apprécier, comme nous venons de le voir, dans leur interactivité, qui suppose elle-même des techniques concrètes, comme la délégation ou l'homologation. Le fait que l'autorité judiciaire soit actuellement la seule représentante de la Justice exige donc de s'intéresser à l'articulation des modes amiables avec elle. Cette articulation peut revêtir autant de formes que le permet les différentes conceptions d'une justice négociée ; elle n'est pas, en ce sens, immuable, et change selon le modèle d'intégration adopté.

En l'état du droit actuel positif, si l'on trace une variable qui représente le degré de connexion des modes amiables avec le système judiciaire et que l'on y place un curseur, celui-ci oscillerait entre ses deux pôles, chacun représentant un modèle extrême. Ces deux extrémités incarnent des modèles d'intégration nulle ou, au contraire, d'intégration totale. En termes juridiques, ces modèles font référence à la contractualisation du procès d'une part, et à l'institutionnalisation de la médiation, d'autre part (§ 1). Du rapprochement de l'un ou l'autre de ces deux extrêmes se dessine la conception adoptée de la justice négociée : est-elle en effet un mode *complémentaire* ou un mode *alternatif* à la voie judiciaire ? (§ 2).

²⁷¹³ Béatrice Gorchs, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », préc., p. 56.

§1. Contractualisation du procès ou institutionnalisation de la médiation ?

383. Une des principales caractéristiques des modes amiables est d'associer les parties dans la création de la solution négociée. En ce sens, il s'agit bien de responsabiliser ces dernières puisqu'elles gardent le contrôle sur la finalité du processus – plus, d'ailleurs, que sur son déclenchement. En droit chinois, la résolution amiable des conflits – qu'il s'agisse de médiation/conciliation judiciaire ou institutionnelle – encadre la liberté contractuelle des parties, qui tend à être de plus en plus prise en compte. En France, cette liberté contractuelle constitue une garantie des processus amiables ; leur limitation, avant d'être procédurale, réside en effet dans le droit substantiel des contrats (A). Or, le corollaire de cette liberté contractuelle est le risque d'une déjudiciarisation de l'activité contentieuse et, surtout, de privatisation des rapports de force. À ce titre, le rôle de l'huissier de justice, dont la place dans les règlements amiables a été récemment consacrée en France, et du notaire, constituent des exemples de la tendance à la privatisation du traitement des conflits (B).

A. La responsabilisation des parties.

384. Une meilleure prise en compte de la volonté des parties. Si l'expression seule de contractualisation du procès pour appréhender le phénomène des MARD est quelque peu équivoque²⁷¹⁴, l'implication des parties dans la construction d'une solution mettant fin à leur litige est indéniable²⁷¹⁵ : il s'agit de responsabiliser les parties²⁷¹⁶ dont la seule volonté peut primer sur la décision juridictionnelle. Cette

²⁷¹⁴ Au sens où il ne faudrait pas restreindre le recours aux modes amiables à la seule matière contractuelle comme le soutiennent certains auteurs : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 1310, n°586 ; sur le phénomène de contractualisation des procédures illustré dans l'apparition de clause contractuelle de règlement amiable, *Idem*, p. 1330-1332, n°593.

²⁷¹⁵ Cette constatation vaut pour les autres sphères du droit, telle que la matière pénale et le développement, progressif, de la médiation pénale en France et en Chine.

²⁷¹⁶ Natalie Fricero, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.* 25 avril 2015, n°115, p. 3 : l'auteur reprend l'expression de nouvelle « démocratie procédurale », développée par Serge Guinchard (« Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n°1, p. 91) qui « reconnaît à l'individu la possibilité d'être associée à toutes les décisions qui le concernent et la responsabilité d'être son propre juge ». Cet aspect fait même partie de l'appréhension conceptuelle de la médiation, considérée comme « un processus structuré, axé sur l'autonomie et la responsabilité de ses acteurs, qui consiste à confier à un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision au fond, le "médiateur" la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue [...] », Fabrice Vert, « La médiation judiciaire : bilan et perspectives », *ICC France, dossier spécial médiation*, 2^e trimestre 2011, p. 41 ; V. également le rapport Delmas-Goyon, pp. 83-84, proposition

volonté, créatrice du mode « alternatif », est, dans un premier temps, la volonté à consentir à une mesure de résolution amiable d'un différend. Le droit chinois l'a érigée, progressivement, comme condition au déclenchement d'une telle mesure depuis les années 1990.

En effet, les années 1990 ont été marquées par la mise en avant d'un nouveau modèle de procès, plus que jamais « occidentalisé », tout en écartant le recours systématique à la médiation comme mode de traitement d'un conflit²⁷¹⁷. Ce nouveau modèle de procès, du moins en matière civile, a permis d'instaurer les bases minimales d'un processus axé sur le principe de légalité tout en reléguant la technique de la médiation au second plan. Le « retour à la médiation » opéré dans les années 2000 hérite de ces avancées processuelles, qui viennent encadrer le recours actuel à la médiation. La prise en compte de la volonté des parties est de principe et ne cesse d'être rappelée par la Cour Suprême dans ses diverses interprétations. Les parties ont le pouvoir de déclencher une telle procédure et celui de la garder confidentielle.

Une telle évolution est particulièrement marquante à la lumière des analyses du modèle chinois de la médiation issues de la fin des années 1980. Ainsi, un auteur²⁷¹⁸, qui s'est rendu en Chine en 1984 puis en 1988 afin d'étudier l'impact de la privatisation sur les politiques et les valeurs utilisées par les médiateurs dans leur travail, a constaté l'acceptation, par les citoyens, de l'ingérence de l'État dans leur vie privée²⁷¹⁹ et, comme corollaire, les pouvoirs exorbitants des médiateurs destinés à résoudre le conflit.

« Les médiateurs et les juges n'usaient pas du système accusatoire pour faire citer un témoin, même dans les affaires pénales. Ils allaient dans la communauté,

n°28, qui préconise la responsabilisation des parties par la reconnaissance, notamment, de l'obligation de loyauté des parties comme l'un des principes directeurs du procès civil.

²⁷¹⁷ Rappelons qu'avant la promulgation de la *Loi de procédure civile* de 1991 le recours à la médiation était obligatoire. V. Hélène Piquet, « Du mauvais usage de la tradition reconstituée : la médiation extrajudiciaire en Chine », préc., p. 264.

²⁷¹⁸ Kenneth Cloke, « Politics and Values in Mediation : Reflections on the Chinese Experience », Q. Spring, 1987, p. 69, disponible à l'adresse : http://www.academia.edu/5494305/Politics_and_Values_in_Mediation-China [dernière consultation le 26/09/2016].

²⁷¹⁹ *Ibid.* La médiation chinoise était perçue comme une méthode de résolution des conflits mais aussi comme un « moyen pour renforcer les valeurs politiques et sociales, [comme] une source d'idées créatrices sur la justice sociale ». Surtout, la médiation permettait « une intervention politique et sociale de l'État acceptable et normalisée dans la vie privée des individus ».

examinaient la scène et questionnaient les témoins potentiels, y compris les parties directement impliquées – et ceci, sans qu’elles puissent bénéficier de conseillers²⁷²⁰».

Il cite ainsi plusieurs affaires dans lesquelles l’intervention des médiateurs a évité à des individus de recourir au suicide ou encore a permis la réconciliation des couples sur le point de divorcer. La persuasion et l’éducation – certains lisaient même des passages de la Constitution aux parties – étaient deux outils dont usaient avec abondance les magistrats-médiateurs chinois ; plus encore, aucun conflit n’était considéré comme insignifiant²⁷²¹. Dès l’apparition d’un différend, de nature privée voire de nature intime, les voisins, proches ou autres tiers pouvaient faire appel à un médiateur disponible de jour comme de nuit qui intervenait, immédiatement, pour calmer la dispute. Autant dire que peu de place était laissée à la volonté privée des parties, qui s’effaçait devant le souci de préserver les liens sociaux.

385. L’idée de médiation en pleine mutation. La procéduralisation de la médiation en Chine qui a permis sa judiciarisation actuelle²⁷²² s’est accompagnée d’une mutation de ses fonctions. La pratique de la médiation aurait perdu, au fil du temps, sa fonction originellement « éducative » (教化性调解) pour ne s’occuper que de la résolution des litiges. Pour Wu Aibin, ce passage à une médiation « quasi-juridictionnelle » (判断性调解) lui a fait perdre, par la même occasion, son rôle moralisateur. Aussi, ériger le modèle contemporain d’une médiation basée sur le consentement des parties constitue une réelle avancée. De là à parler de contractualisation du procès chinois, cependant, le chemin reste encore à faire²⁷²³.

Au contraire, en France, si le modèle de la médiation et de la conciliation judiciaires était initialement volontariste, les projets de réforme dénotent une légère tendance à son institutionnalisation²⁷²⁴ : par exemple, la mise en place d’un préalable obligatoire de conciliation dans les procédures applicables devant les tribunaux

²⁷²⁰ *Ibid.*, p. 9 [format numérique] « *Mediators and judges did not rely on the adversarial system to bring witnesses forward, even in criminal cases, but went into the community, examined the scene, and interviewed potential witnesses, including the direct participants – nearly always without benefit of counsel* ».

²⁷²¹ *Idem*, p. 11 [format numérique] « *make big dispute into little ones, and make little ones disappear* ».

²⁷²² Wu Aibin (毋爱斌), « De la catégorisation de l’expérience chinoise de la médiation populaire », In Xu Xin, *op.cit.*, p. 244.

²⁷²³ Nous pensons qu’il s’agit plutôt d’une mise en avant du jugement en équité, caractérisé par la méthode du juge *Maxiwu*.

²⁷²⁴ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 1332, n°593 : l’institutionnalisation des règlements amiables qui « a pour corollaire la constitution de c[eux]-ci en point de passage obligé dans la résolution des litiges ».

d'instance (bientôt élargi aux TGI), la possibilité au juge de déléguer sa mission de conciliation nonobstant l'accord des parties ou les tentatives de mise en place d'une médiation familiale obligatoire dans certains cas²⁷²⁵ sont autant d'indices laissant présager un renforcement des modes amiables dans les procédures judiciaires civiles. En Chine également, l'institutionnalisation contemporaine de la médiation s'est illustrée dans la mise en place d'une médiation prioritaire dans les procédures simplifiées, analogues aux procédures devant l'actuel TI français. Mais, en droit chinois, cette institutionnalisation s'est accompagnée, plus récemment, d'une forme de personnalisation de la médiation judiciaire déléguée avec la création des médiateurs spéciaux. Ainsi, contrairement au droit français, le refus, par les parties, du médiateur préalablement sélectionné par le tribunal (et non de la délégation de la médiation), équivaut au refus de la mesure de médiation²⁷²⁶. Cet exemple montre que la responsabilisation des parties peut passer par l'encadrement judiciaire (gage de qualité professionnelle du médiateur) et par l'adaptation aux parties des modalités de mise en œuvre du processus de négociation (gage de confiance des parties dans le choix d'un tiers qu'elles considèrent apte à les aider). Il ne s'agit pas seulement de rendre obligatoire l'étape devant le conciliateur, mais d'accompagner et d'associer les parties dans les modalités de ce processus.

386. Liberté contractuelle versus garantie institutionnelle. En France, la responsabilisation des parties se réalise surtout en dehors du juge : à titre d'exemple, la reconnaissance des clauses de conciliation ou de médiation préalable par la Cour de cassation comme fin de non-recevoir²⁷²⁷ montre que la volonté privée des parties peut constituer un véritable obstacle à l'exercice de son pouvoir juridictionnel. En droit commun de la procédure civile française, l'obligation instituée aux articles 56 et 58

²⁷²⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 7.

²⁷²⁶ Règles [2016] n°14, art. 12.

²⁷²⁷ Ch. Mixte, 14 février 2003, *Bull.* 2003, mixte, n°1, p. 1 (sur la clause de conciliation) ; dans le cadre d'un accord collectif qui prévoit un préalable de conciliation avant saisine des juridictions, encore faut-il que cette clause ait un caractère obligatoire pour être opposée en fin de non-recevoir : Soc. 13 janvier 2010, n°08-19202, *Bull.* V, 2010, n°10. La chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé les caractères que revêt la clause de conciliation obligatoire : Com. 29 avril 2014, n°12-27004, *Bull.* IV, 2014, n°76 : « Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci » ; contra : Civ. 3^e, 19 mai 2016, n°15-14464 qui a considéré qu'une clause stipulant que « pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord avant tout recours à une autre juridiction » était obligatoire ; sur la clause de médiation : Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n°08-10866, *Bull.* I, 2009, n°78.

du Code de procédure civile implique que les parties aient d'elles-mêmes tenté de recourir à une négociation avec leurs adversaires. Enfin, les transactions légalement conclues conduisent également à l'extinction de l'action en justice ; elles peuvent même, et dans certaines conditions, se substituer au prononcé d'une décision de justice, car elles présument la décision des parties de ne pas bénéficier des effets du jugement²⁷²⁸. En Chine, au contraire, la sphère contractuelle ne s'impose pas de plein droit au juge puisque nous avons pu voir qu'en cas de conciliation « spontanée » des parties, le désistement d'instance était soumis à l'approbation du magistrat. Et que dire de la procédure d'homologation ? L'étendue du contrôle exercé par le juge est révélatrice de la place accordée au compromis privé : alors qu'en France, le juge ne s'attache qu'à un contrôle minimum de légalité, en Chine, le juge procède à la vérification du consentement libre et réel des parties et contrôle l'équilibre du contrat. Comment expliquer cette différence ? S'agit-il d'une divergence de culture judiciaire relative à la seule conception de l'office du juge ou à l'étendue de la sphère de la liberté contractuelle ? Est-ce lié à la place accordée aux avocats et à l'absence de représentation obligatoire ? En France comme en Chine, un des premiers risques liés au recours aux accords privés concerne l'hypothèse d'une inégalité entre les parties. À ce titre, il nous semble qu'en France, ce risque est contrebalancé par la représentation des avocats dans certains processus amiables²⁷²⁹ : agissant en professionnels du droit, ils doivent (ou en tout cas devraient) garantir un minimum d'équilibre dans l'accord conclu. Cela pourrait expliquer, *en partie*, l'effacement du juge français quant au contrôle effectué sur l'acte à homologuer ; en revanche, en Chine, la représentation par avocat étant une pratique moins courante, le risque d'inégalité de la relation juridique serait comblé par un rôle plus actif du juge.

L'avènement des modes amiables implique donc une multitude de problématiques relatives au rôle à accorder aux parties. Faut-il les impliquer dans l'enclenchement du processus amiable ou plutôt insister sur l'issue de la solution ? Doit-on leur laisser l'initiative du recours amiable et le choix des modalités du processus au risque de créer de fortes inégalités entre elles ? Peut-on garantir un minimum d'égalité entre les parties en dehors du cadre judiciaire ? Quelles sont, dans

²⁷²⁸ Civ 2^e, 21 oct. 2010, Bull. 2010, II, n°173, S. Chassagnard-Pinet, « La mise en lumière de l'imperium du notaire en matière de transaction », *Dall.*, 2011, p. 493-498.

²⁷²⁹ Intervention Soraya Amrani-Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, n°157, p. 2 et s., n°25 : « Or, la présence des avocats est un gage de contradiction. Il n'y a ainsi pas de lien congénital entre déjudiciarisation et absence de représentation obligatoire. Au contraire, la déjudiciarisation devrait renforcer la présence des avocats ».

ce cas, les personnes aptes à offrir ces garanties ? Le risque inhérent au développement d'une justice négociée en dehors du cadre judiciaire est celui d'une privatisation des rapports amiables. Or, c'est bien sur ce point qu'une différence fondamentale apparaît dans le développement des modes négociés de résolution des conflits entre la France et la Chine. En effet, alors que la Chine a concentré principalement son activité de médiation au sein des tribunaux ou devant des Comités de médiation populaire – qui dépendent des collectivités locales –, la France s'est attachée à développer les modes de conciliation en dehors des tribunaux, avant ou après leur saisine. Pour ce faire, une multitude d'outils a été mise au service des justiciables : convention de procédure participative, droit collaboratif, notaire, acte d'avocat ou encore, plus récemment, procédure simplifiée de recouvrement des petites créances. Deux de ces techniques interpellent en ce qu'elles illustrent, d'une part, une relative privatisation des contentieux : l'homologation notariale et la nouvelle procédure simplifiée de recouvrement des petites créances prévue à l'article L.125-1 du Code des procédures civiles d'exécution²⁷³⁰. D'autre part, leur intérêt réside dans ce que le droit chinois connaît également ces procédures qui ne sont, en revanche, pas dissociées.

B. Un exemple de privatisation de la justice : le rôle du notaire et de l'huissier dans les processus de négociation.

387. Le rôle du notaire français dans la résolution des conflits se rapproche de celui du juge en matière d'homologation des transactions simples : ils n'usent, tous les deux, que de leur seul *imperium*. En effet, le notaire prend acte du rapprochement entre les parties ce qui les exonère de passer devant le juge. Dans les matières où celles-ci disposent de leurs droits, les transactions notariées permettent un véritable gain de temps ; en revanche, comme le souligne un auteur²⁷³¹, la présence du notaire, qui agit en tant que dépositaire de la puissance publique, exclut la présence de l'avocat et donc, de l'aide juridictionnelle. Il ne permet donc pas d'économie pécuniaire pour les parties et le risque de voir se développer une multitude d'accords privés sans l'assistance d'avocat pour s'assurer du respect des droits des parties est

²⁷³⁰ CPCE, art. L. 125-1 créé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (art. 6), qui abroge l'article 1244-4 du Code civil (art. 2).

²⁷³¹ Soraya Mekki-Amrani, « La déjudiciarisation », préc., n°37.

bien réel.

En France comme en Chine, le notaire peut aussi agir comme médiateur privé. Plus précisément, en droit chinois, le notaire peut mener les négociations entre parties lorsqu'un conflit apparaît sur l'exécution d'un contrat²⁷³². La loi leur attribue en effet une fonction préventive des conflits²⁷³³ relative à la phase d'exécution. En ce sens, la négociation des clauses d'exécution devant un notaire chinois se rapproche de la nouvelle procédure de recouvrement amiable des petites créances, à la différence que le tiers impliqué dans ce processus en France est l'huissier de justice. Les actes authentiques notariés chinois (公证文书) sont comme en France des titres exécutoires, dont l'exécution peut être commandée par le tribunal.

Le notaire chinois est ainsi amené à contribuer au rapprochement des parties lorsque l'exécution d'un accord pose problème. La procédure de négociation d'exécution des actes de créances a pour fondement l'article 37 de la *Loi sur les notaires* qui dispose que « dans le cas de l'inexécution totale ou partielle, par le débiteur, de l'acte de créance authentique dont le contenu porte sur une ou plusieurs obligations et dont le débiteur a accepté explicitement d'en supporter l'exécution, le créancier peut en demander l'exécution au tribunal compétent²⁷³⁴ ». C'est en 2000 que la Cour Suprême et les départements judiciaires amorcent cette procédure relative à l'exécution des actes authentiques notariés dotés de la force exécutoire²⁷³⁵ qui prévoit deux étapes. La première étape concerne l'authentification de l'acte de créance, authentification qui se traduit par l'apposition de la « force authentique²⁷³⁶ »

²⁷³² Opinion [2016] n° 14, art. 11. La Cour Suprême préconise justement de renforcer leur rôle dans l'authentification des transactions issues d'une médiation populaire et d'établir, dans les échelons locaux, des services de notariat dans les secteurs de la signification, de la collecte et de la conservation des preuves, de l'exécution des actes, et dans les secteurs spécialisés familiaux et commerciaux.

²⁷³³ *Loi sur les notaires* (中华人民共和国公证法), entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006, art. 1 : « afin de réglementer l'activité notariale, de protéger les organismes de notariat et [de garantir] que les notaires exécutent leur fonction selon la loi, [afin] d'anticiper les conflits, de protéger les droits et intérêts civils des personnes physiques, morales ou autres organisations, la présente loi est promulguée ». (« 为规范公证活动, 保障公证机构和公证员依法履行职责, 预防纠纷, 保障自然人、法人或者其他组织的合法权益, 制定本法 »).

²⁷³⁴ « 对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书, 债务人不履行或者履行不适当的, 债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行 ».

²⁷³⁵ Publication conjointe de la Cour Populaire Suprême et des départements judiciaires relative à la question de la force exécutoire des actes de créance, publiée le 21 septembre 2000 (强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知), disponible à l'adresse: <http://www.chinacourt.org/law/detail/2000/09/id/38789.shtml> [dernière consultation le 27 septembre 2016].

²⁷³⁶ En réalité, il ne s'agit pas de la force obligatoire qui elle est acquise à la formation du contrat ; l'expression chinoise est « 强制执行效力的债权文书 » qui, littéralement, se traduit par « acte de

sur l'acte conclu entre les parties. Le notaire doit notamment vérifier que son contenu est évaluable (en argent, en biens ou autre), que la relation entre créancier et débiteur est claire, que le contenu de l'obligation est indiscutable et, surtout, que le débiteur ait expressément consenti à accepter la force exécutoire en cas d'inexécution de sa part²⁷³⁷. Il s'agit donc d'une première phase, essentiellement probatoire, visant à prévenir l'inexécution du débiteur puisqu'il doit, en personne, consentir à l'obligation ; dans le cas où l'acte reste sous seing privé, le créancier qui en demande l'authentification aux fins de conférer force exécutoire doit également rechercher (par l'intermédiaire du notaire) l'accord du débiteur. C'est en 2008 que l'Association des notaires chinois renforce l'idée de consensus en exigeant que la demande d'authentification de l'acte soit faite conjointement par les parties²⁷³⁸, alors même que sa forme authentique ne conditionne pas sa validité. Cette condition du consentement conjoint conduit à rapprocher cette procédure du processus d'homologation judiciaire des accords de médiation populaire²⁷³⁹, à la différence près que l'authentification de l'accord des parties intervient pour prévenir l'existence du litige, là où l'homologation finalise, justement, la solution trouvée au conflit²⁷⁴⁰.

Lors de l'authentification de l'acte, le notaire doit s'assurer que le débiteur comprenne la signification et les conséquences juridiques de son consentement²⁷⁴¹. Une fois l'acte authentifié, en cas de manquement par le débiteur à ses obligations, plusieurs options s'offrent au créancier : demander la délivrance du titre exécutoire

créance doté des effets de l'exécution forcée ». Sur le risque de confusion entre force obligatoire et titre exécutoire : Loïc Cadet *et al.*, *op.cit.*, pp. 509-513, n° 134.

²⁷³⁷ Publication conjointe relative à la question de la force exécutoire des actes de créance, art. 1 (conditions de l'octroi de la force exécutoire) et 2 (domaine des actes susceptibles de faire l'objet d'une authentification notariale) ; V. aussi, l'article 38 des « Règles sur la procédure notariale » (« 公正程序规则 »), circulaire n°103 du département judiciaire du 18 mai 2006, qui reprend dans les mêmes termes l'étendue dudit contrôle. Disponible à l'adresse : http://www.moj.gov.cn/2008zcfg/2006-05/19/content_896319.htm [dernière consultation le 27 septembre 2016].

²⁷³⁸ « Opinion directrice de l'association des notaires chinois relative au traitement des actes authentiques notariés conférant force exécutoire et aux titres exécutoires » (« 办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见 ») publiée le 23 avril 2008, disponible à l'adresse : http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=259855 [dernière consultation le 26 septembre 2016] : l'opinion précise surtout les modalités pratiques à contrôler par le notaire.

²⁷³⁹ Zhang Yinghong (张颖宏), « Sur la comparaison entre le régime d'homologation judiciaire des accords de médiation populaire et l'acte authentique exécutoire » (« 强制执行公证与人民调解协议司法确认制度比较研究 »), *La justice en Chine* (中国司法), n°9, 2013, pp. 35-38.

²⁷⁴⁰ *Idem*, p. 38.

²⁷⁴¹ « Opinion directrice de l'association des notaires chinois relative au traitement des actes authentiques notariés conférant force exécutoire et aux titres exécutoires », art. 8 (1).

(执行书) par le notaire auteur de l'acte authentique²⁷⁴² ou demander au notaire d'agir comme médiateur²⁷⁴³. En cas de réussite, un nouvel acte pourra être authentifié par l'organe notarial ; en cas d'échec, celui-ci doit informer les parties de la possibilité de saisir soit le tribunal populaire soit un organe d'arbitrage²⁷⁴⁴.

La demande de titre exécutoire peut aussi être le seul fait du créancier ; cependant, les notaires devront rechercher, en plus des opérations de vérification prévues à l'article 5 de la publication suscitée du 21 septembre 2000, si l'obligation du débiteur est bien certaine et si la défense du débiteur (désigné par le créancier) quant à l'inexécution de son obligation est fondée ou non²⁷⁴⁵. La portée du contrôle opéré par le notaire avant la délivrance du titre exécutoire peut être prévue par les parties²⁷⁴⁶. Le notaire peut refuser de délivrer un titre exécutoire dans les cas suivants : si le créancier n'apporte pas la preuve qu'il a lui-même exécuté sa propre obligation ; si le débiteur prouve qu'il a bien exécuté son obligation ; si l'organe notarial ne peut pas exercer son contrôle dans les délais légaux ou si le tribunal populaire a déjà accepté une instance portant sur l'acte de créance authentique²⁷⁴⁷.

388. La négociation des modalités d'exécution. En France, il n'est pas besoin de rappeler le rôle du notaire dans l'anticipation des conflits ; il peut, d'ailleurs, agir en tant que médiateur professionnel. Cependant, l'intervention du notaire chinois décrite ci-dessus a pour particularité d'intervenir au moment de l'exécution du contrat ou de l'accord entre les parties. C'est cette spécificité qui implique de le rapprocher de l'huissier de justice français agissant en qualité de « négociateur » des modalités

²⁷⁴² Publication conjointe relative à la question de la force exécutoire des actes de créance, art. 4 ; « Règles sur la procédure notariale », art. 55. La demande doit être faite par le créancier et le notaire doit vérifier : soit l'absence d'exécution de l'obligation par le débiteur, soit l'exécution partielle du débiteur si tel est le cas ; les preuves et faits établissant l'obligation contractuelle et le fait qu'elle soit indiscutable. Avec le titre exécutoire, le créancier peut s'adresser directement au tribunal qui procédera à l'exécution forcée de l'acte en question.

²⁷⁴³ « Règles sur la procédure notariale », art. 56. Il semble que la demande puisse émaner du débiteur également, l'article ne précisant pas la qualité requise de la partie à demander une mesure de négociation.

²⁷⁴⁴ *Ibid.*

²⁷⁴⁵ « Opinion directrice de l'association des notaires chinois relative au traitement des actes authentiques notariés conférant force exécutoire et aux titres exécutoires », art. 12 : (« 公证机构出具执行证书, 除需要按照《联合通知》第五条规定的内容进行审查外, 还应当重点审查下列内容 : (一) 债权人提交的已按债权文书约定履行了义务的证明材料是否充分、属实 ; (二) 向债务人 (包括担保人) 核实其对债权文书载明的履行义务有无疑问, 以及债权人提出的债务人 (包括担保人) 不履行或者不适当履行债务的主张是否属实 »).

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, art. 13, al. 1 : « 公证机构在出具执行证书前, 对债务人 (包括担保人) 不履行或者不适当履行债务的事实进行核实时, 当事人对核实方式有约定的, 应当按照当事人约定的方式核实 ; 当事人没有约定的, 可以依据本指导意见第九条的规定自行决定核实方式 ».

²⁷⁴⁷ *Ibid.*, art. 14.

d'exécution d'une obligation. Dans les deux pays, le déclenchement des procédures « d'aménagement » d'exécution est conditionné par l'accord du débiteur²⁷⁴⁸. Cet accord vaut reconnaissance de l'obligation et permet, en cas d'inexécution, la délivrance d'un titre exécutoire²⁷⁴⁹ pouvant ou devant être négocié. Ces procédures ont pour point commun d'exister en l'absence de litige puisque si un différend survient, la saisine du juge est toujours possible. Le droit chinois, en dissociant l'authentification de l'acte par notaire de la délivrance du titre exécutoire, introduit une étape supplémentaire dans la procédure d'exécution : si elle constitue une perte de temps pour le créancier, elle représente quelque peu l'ultime chance offerte au débiteur d'exécuter spontanément son obligation avant de se voir opposer l'exécution forcée par le tribunal.

Par ailleurs, on peut penser que l'étape d'authentification, qui nécessite le consentement du créancier et surtout du débiteur, introduit une garantie supplémentaire quant au contenu de l'acte. Le débiteur doit en effet reconnaître son obligation devant notaire pour que l'acte devienne authentique : il ne doit donc pas en contester le contenu. Or, puisque seuls les actes authentiques peuvent donner lieu à la délivrance d'un titre exécutoire, qui lui est produit par la demande du seul créancier, la légitimité de ce mécanisme repose sur la reconnaissance préalable par le débiteur de son obligation. Certes, le contenu de l'acte est contrôlé, mais le notaire, comme l'huissier, bien qu'agissant en professionnels du droit, ne peuvent pas intervenir dans ce genre de procédure comme défenseur des droits des parties. Cette qualité du tiers, associée à l'absence de représentation obligatoire dans ces procédures, serait donc compensée par le seul consentement des parties – et notamment de la partie débitrice – à s'y soumettre. Cela n'est pas sans susciter certaines interrogations liées, bien évidemment, à l'égalité des parties tout en permettant, dans le même temps, de comprendre la limite posée par le législateur français quant au domaine d'application de la procédure de recouvrement amiable²⁷⁵⁰.

²⁷⁴⁸ Pour la France : Code des procédures civiles d'exécution, art. L. 125-1 ; Laurent Dargent, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : les modalités précisées », *D. actualités*, 16 mars 2016 ; Ludovic Lauvergnat, « La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances de l'article 1244-4 du Code civil : vers une exécution participative ? » *D.* 2015, 1860.

²⁷⁴⁹ CPCE, art. L. 111-3 5° qui institue le titre délivré par huissier dans le cadre de la procédure de l'article L. 125-1 du Code suscité en titre exécutoire.

²⁷⁵⁰ V. par ex., la position de la Commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 25 mars 2015 au sujet de la création de la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances. En plus de constater le risque de chevauchement avec l'injonction de payer, elle émet ces réserves : « En confondant, sur la tête du

Ainsi, l'huissier français saisi d'une telle demande va, à l'instar du notaire chinois, vérifier la liquidité et l'exigibilité de la créance ; cependant, cette étape n'est pas dissociée, en France, de la délivrance du titre exécutoire pouvant servir à une exécution forcée. L'hypothèse la plus probable réside dans la qualité des intervenants : le notaire, français comme chinois, ne peut pas procéder à l'exécution forcée de son titre contrairement à l'huissier de justice français²⁷⁵¹. Ces procédures ont également en commun d'accélérer le traitement des affaires : en Chine, l'authentification de l'acte accompagnée de la délivrance du titre exécutoire permet au créancier de saisir le tribunal d'une demande d'exécution forcée sans passer par la voie contentieuse ; en France, l'huissier étant compétent pour exécuter les décisions de justice, la procédure est encore plus rapide. Mais l'intérêt de ces procédures est de pouvoir aménager des modalités d'exécution de l'obligation : ainsi, en Chine, le notaire peut se transformer en médiateur à la demande des parties et, en France, l'huissier va devoir, également, puiser dans ses qualités sociales et humaines pour tenter de trouver un accord sur l'exécution du jugement. Il va sans dire que le choix de confier le rapprochement des parties à l'huissier de justice peut laisser perplexe : si ses connaissances de la pratique et du terrain en matière d'exécution en font un expert en la matière, les compétences liées à la négociation, au rapprochement et au dialogue, indispensables pour tout processus amiable, devront sans doute être davantage mises en avant dans sa profession.

même professionnel de justice, le pouvoir de procéder à l'exécution forcée de la dette, et celui de conférer à cette dette un caractère exécutoire, il confère à ce dernier un pouvoir exorbitant du droit commun des procédures civiles d'exécution. [...] La présence, dans la procédure, d'un officier public et ministériel, rémunéré par le seul créancier, peut aussi être un élément qui incite le débiteur à donner un accord dont il ne mesure pas forcément les effets sur ses possibilités de recours. Les conséquences d'une confusion entre le pouvoir de procéder à une exécution forcée et celui de conférer le titre nécessaire à cette exécution forcée sont nombreuses : la réalité de la créance ou sa validité ne seront pas appréciées par un juge, alors que tel est le cas dans la procédure d'injonction de payer. De la même manière, l'huissier de justice ne vérifiera pas, comme le ferait un juge, que le contrat ne contrevient pas aux nombreuses dispositions d'ordre public du droit de la consommation. Enfin, cette confusion de deux pouvoirs habituellement séparés crée une situation objective de conflit d'intérêts, puisque le professionnel, rémunéré par le seul créancier, se confèrera à lui-même, dans l'intérêt de son client, le pouvoir de procéder à l'exécution forcée ». La Commission demandait la nécessité d'une homologation judiciaire de l'accord issu d'une telle procédure. Rapport n°370 enregistré à la présidence du Sénat le 25 mars 2015, p. 506, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/114-370-1/114-370-11.pdf> [dernière consultation le 10 avril 2018].

²⁷⁵¹ L'exécution forcée ne peut être le fait que du tribunal populaire en Chine.

§ 2. *Le choix d'un modèle de résolution amiable des conflits : un mode complémentaire ou alternatif à la voie judiciaire.*

389. En France, le procès est devenu le mode privilégié de réparation des injustices à tel point qu'il en est presque devenu la voie exclusive²⁷⁵². Or, la logique du procès repose sur la volonté de désigner un gagnant et un perdant²⁷⁵³ et de reconnaître le droit ou en tout cas le préjudice de la victime. Cette logique protectrice des droits, plus que des individus, connaît des dérives dans les systèmes les plus développés :

« on assiste en effet de nos jours à la floraison de revendications visant à la reconnaissance de droits nouveaux et à la multiplication des conflits de droits entre les individus, qui ont tendance à se comporter devant la justice davantage comme des consommateurs que comme des citoyens²⁷⁵⁴ ».

À partir de ce constat, l'introduction des modes amiables peut suivre deux voies : soit constituer une véritable alternative au procès et s'inscrire dans un schéma de déjudiciarisation avec le risque évident d'une privatisation des conflits²⁷⁵⁵, soit, au contraire, s'agencer, s'adapter, voire même s'infiltrer dans le traitement judiciaire en ciblant les conflits appropriés à un traitement amiable. Dans le rapport sur la justice au XXI^e siècle, les difficultés du développement des modes amiables en France avaient été mises en avant et justifiées notamment par la nécessité d'instaurer « une culture de la négociation et du consensus, qui peine à s'implanter en France²⁷⁵⁶ ». Deux axes avaient été proposés pour faciliter leur insertion : la coordination des procédures négociées et la mise en place de mesures incitatives. Ce type de mesures n'est pas sans rappeler les objectifs encadrant le développement des modes amiables chinois, ce qui pose la question de l'opportunité du système chinois de médiation comme modèle d'influence pour la France (B). Si cela implique de reconsidérer le concept même de justice, on ne peut toutefois passer outre les garanties acquises en

²⁷⁵² Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *op.cit.*, p. 155 : « le juge est devenu le recours contre les abus, la sauvegarde ultime contre une atteinte à une liberté fondamentale et, surtout, le mode ordinaire si ce n'est normal de résolution des conflits, sans aucun intermédiaire, sans filtre ».

²⁷⁵³ Hélène Gebhardt, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.* 16 avril 2013, n° 106, pp. 9 et s.

²⁷⁵⁴ Jacques Fischer-Lokou, Peggy Carrieu (dir.), *La médiation efficace, Évolution juridiques contemporaines et techniques d'influence*, inédits, L'harmattan, 2013, p. 21.

²⁷⁵⁵ C'est une voie qui résulte du phénomène de contractualisation du procès, pour une discussion du phénomène dans son rapport à la justice, Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, pp. 240-241, n°57.

²⁷⁵⁶ Rapport Delmas-Goyon, p. 59.

matière de procès équitable qui demeure, pour l'instant, la seule vraie garantie de l'accès à la justice en l'absence de rationalisation des modes négociés (A).

A. Repenser l'objectif de justice à l'aune des modes amiables.

390. Le procès, synonyme exclusif de justice ? Dans la société française où le procès – au sens de procès respectueux des garanties et libertés fondamentales des parties – est synonyme de justice, choisir la voie de l'alternative impliquerait de considérer les solutions négociées comme une alternative à la justice. D'un point de vue conceptuel, les processus amiables perdent ainsi une part de leur légitimité pour ne répondre qu'à des objectifs pragmatiques, tels que, par exemple, le désengorgement des tribunaux. L'idéal occidental de justice, malgré son absence de définition, doit rester l'objectif exclusif de l'application du droit et, pour le moment, cet idéal s'incarne dans le modèle du procès équitable²⁷⁵⁷. Les garanties que ce dernier apporte constituent les fondements minimums et indiscutables de l'accès à la justice, qui constitue le défi majeur du développement des modes amiables²⁷⁵⁸.

En réalité, confondre procès et justice est une erreur : le procès, comme nous venons de le dire, n'est rien d'autre qu'une voie d'accès à la justice. En ce sens, la médiation, si elle peut se substituer au procès, ne peut pas se substituer à la justice comme il l'a déjà été dit²⁷⁵⁹. Dès lors, trois propositions peuvent être avancées : soit l'on renouvelle l'idée de justice pour y intégrer l'idée d'une justice négociée et à partir de laquelle seraient repensées les réformes juridiques à venir ; soit l'on considère que le procès équitable ne constitue qu'une des voies d'accès à la justice aux côtés de laquelle peuvent se développer d'autres modes d'accès à la justice ; soit, enfin, on intègre le mode de traitement amiable dans les garanties du procès équitable

²⁷⁵⁷ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 1343-1344, n°594 : « pour que cette décision [issue du règlement juridictionnel] soit acceptable, elle doit être la traduction d'un idéal de justice dont le modèle du procès équitable est considéré comme la meilleure expression ».

²⁷⁵⁸ V. Les propos du Vice-ministre de la Justice de la République de Croatie lors de son intervention, « La médiation dans la justice du XXI^e siècle : aborder les questions contemporaines », *In* Béatrice Blohorn-Brenneur, Dragos Calin, (dir.), *op.cit.*, p. 241 : « un défi particulier pour la mise en place de la médiation dans l'avenir concerne le droit fondamental d'accès à la justice. La solution clé est de réformer le système judiciaire, pour lui donner une portée plus large qui est la résolution des relations entre les parties ».

²⁷⁵⁹ Michèle Guillaume-Hofnung, *op.cit.*, pp. 100-101 : « la médiation ne peut se substituer à l'intervention de la justice. [...] La tentation de développer la médiation au détriment de la justice dans le cadre de la révision générale des politiques publiques comporte pour les droits fondamentaux en particulier ceux des femmes des dangers trop rarement soulignés ».

(et *vice versa*)²⁷⁶⁰. La première proposition est beaucoup trop abstraite et conceptuelle pour répondre au besoin urgent de trouver quelle place accorder aux modes amiables de traitement des conflits. De plus, la modélisation de l'idéal de justice est moins le fait des seuls penseurs qu'une réponse pragmatique apportée aux changements sociaux : l'idée de justice négociée est bien née de la pratique de la médiation sans véritable théorisation préalable. La deuxième hypothèse implique de développer les modes amiables comme alternatives au procès équitable : le mode amiable se concevrait à côté du procès. *Quid* des garanties offertes au justiciable par un tel modèle ? Le risque étant l'absence de rationalisation et surtout d'institutionnalisation de cette pratique, cette proposition peut conduire à l'avènement d'une justice privée²⁷⁶¹ qui coïnciderait, d'ailleurs, avec le transfert progressif des fonctions l'État français à des entités privées. Comme le rappelle, à juste titre, Michelle Guillaume-Hofnung:

« Il ne faudrait pas que la médiation contribue à la généralisation d'une autorégulation mal maîtrisée et corporatiste. Le droit, les juridictions et les procédures qu'elles doivent respecter sont des conquêtes démocratiques, soumises au respect des Droits de l'homme, en particulier aux exigences du procès équitable imposées par l'article 6 CEDH²⁷⁶² ».

La dernière proposition en revanche, suppose d'intégrer ou, en tout cas, d'articuler la médiation dans le procès équitable. Cela n'est pas si surprenant si l'on considère que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà inclus dans les garanties du procès équitable l'objectif de réduction des coûts et du temps du procès, qui se doit d'être efficace²⁷⁶³. Or, l'efficacité du procès ne doit pas être pensée en termes purement économiques. L'élément social est primordial pour penser le nouveau modèle de procès ; comme l'énonce à juste titre Soraya Mekki-Amrani au sujet de la déjudiciarisation et qui se positionne contre toute tentative de rationaliser, en termes purement économiques, la « machine judiciaire », « la principe faiblesse de

²⁷⁶⁰ Ce qui revient à questionner si les garanties du procès équitable peuvent s'appliquer au règlement amiable. Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, pp. 1343-1344, n°594.

²⁷⁶¹ *Ibid.*, d'autant plus que les garanties actuelles tirées de la liberté contractuelle sont insuffisantes eu égard à la spécificité des accords amiables.

²⁷⁶² Michèle Guillaume-Hofnung, *op.cit.*, p. 102

²⁷⁶³ Pour une critique de l'objectif de célérité, qui rime avec celui d'efficacité, V. Soraya Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 1/2008, n°125, pp. 43-52.

l'école de Chicago²⁷⁶⁴ est d'ignorer que l'homme a une conscience, des intentions et des traditions ».

S'interrogeant sur les moyens de réparations des injustices en Chine, un auteur²⁷⁶⁵ a mis en avant la dichotomie existante entre la voie du tribunal et celle dite « des lettres et visites » en tant que moyen de réparation des injustices. Le système des lettres et visites²⁷⁶⁶ (*Xinfang* 信访) permet à un justiciable chinois de se plaindre directement aux autorités politiques lorsqu'il estime que sa situation relève d'une injustice. Ce qui est intéressant, c'est que l'auteur recentre le débat de l'existence de ces deux voies d'accès à la justice sur leur nature : alors que le tribunal s'occupe des injustices centrées sur les droits, le système du *Xinfang* traite des injustices centrées sur les griefs. Or, tout grief ne faisant pas nécessairement l'objet de droit et n'étant pas toujours doté d'un droit-support, le système des lettres et visites occupe une position supplétive, qui s'applique lorsque l'injustice ne peut être réparée devant les tribunaux. Lorsque le tribunal tranche le litige et désigne un gagnant et un perdant, le système des pétitions se contente de reconnaître la faute sans pour autant reconnaître un droit ; c'est une justice circonstancielle que l'on pourrait rapprocher de nos jugements en équité. Sans plus entrer dans les détails, cet exemple montre tout simplement que selon l'objectif de justice recherché, le moyen utilisé diffère. Et cette logique doit s'appliquer pour les modes négociés : ces derniers n'ont pas vocation à exclure le système judiciaire mais à le suppléer, le compléter, quand la solution qu'il offre n'est pas appropriée au différend. Le modèle de la complémentarité implique par ailleurs de rejeter celui de *l'alternativité* puisqu'il suppose une coordination entre les sphères juridictionnelles et le secteur des modes amiables, coordination qui implique donc un minimum d'encadrement.

²⁷⁶⁴ L'école de Chicago fait référence dans ce paragraphe au courant d'analyse économique du droit. Pour une présentation succincte, V. Thierry Kirat, « Économie du droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 1998, vol. 49, n°4, pp. 1057-1087.

²⁷⁶⁵ Carl F. Minzner, « *Xinfang* : Alternative to Formal Chinese Legal institutions », 42 *Stan. J. Int'L. L.*, n°1, 2006, pp. 103-179.

²⁷⁶⁶ Ce système a été réformé en 2005 par le « Règlement (*tiaoli*) sur les *Xinfang* » (信访条例), n°431, publié par le CAE et entré en vigueur le 1^{er} mai 2005.

1. L'encadrement des solutions négociées.

391. Opposition ou complémentarité du droit et des MARD. L'inadéquation entre le fonctionnement des modes de résolution amiable des conflits et le système judiciaire – dont le formalisme et la rigueur sont contraires à l'idée de souplesse des modes amiables – est souvent mise en avant. Toutefois, encadrer n'est pas nécessairement synonyme de réglementer ; plus encore, l'encadrement est nécessaire pour contrer le danger de basculer dans une justice privée alternative au procès et donc, en France, alternative au procès équitable. Cette crainte a été formulée par plusieurs auteurs français, qui soulignent les risques de tomber dans un régime « totalitaire ». Ils insistent sur la nécessaire conflictualité pour approfondir la démocratie²⁷⁶⁷ quand d'autres, au contraire, constatent un changement de paradigme des relations humaines et surtout sociales²⁷⁶⁸ reflété dans le développement de la médiation.

« Si un des enjeux des médiations est la déjudiciarisation des conflits, si d'autre part, il s'agit d'assurer des pilotages consensuels, visant à éviter, désamorcer, gérer des conflits (une justice alternative, plus humaine et moins coûteuse en somme), le médiateur est alors un rassembleur, un réconciliateur, un agent d'alliance, de communion, un modérateur, voire diront certains auteurs, un anesthésiste qui endort les populations puisqu'ils sont privés de tout pouvoir ? [...] Plus sérieusement si juger est dire le droit au nom du souverain, roi ou peuple, les M.A.R.C. remettent en cause l'antique modèle romain. Se profileraient, alors, le mythe et l'illusion de la fin des conflits dont on sait que le risque demeure toujours celui d'une société totalitaire²⁷⁶⁹ ».

Pourtant, en France, la défense d'un office du juge plus large permettant le contrôle des actes de médiation et de conciliation est loin de faire l'unanimité. D'un côté, les nouvelles formes de justice négociée suscitent l'enthousiasme des partisans d'une justice douce ; d'un autre côté, certains y voient un risque de basculer dans une autorégulation illimitée dans laquelle le juge, garant de la justice, n'a plus aucun

²⁷⁶⁷ Michelle Guillaume-Hofnung, *op.cit.*, p. 103 : « le processus de création du droit est majoritaire (la majorité pour l'élaboration de la loi), celui de la médiation suppose l'unanimité ».

²⁷⁶⁸ Jean Hauser, « Rapport de synthèse », *In* Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, p. 183, la médiation serait ainsi le « reflet de l'individualisme » et, plus largement encore, le « reflet d'une inadéquation démocratique » (p. 185).

²⁷⁶⁹ Jacky Beillerot, « Médiation, éducation et formation », *Tréma*, n°23, 2004, n°20-22, disponible en libre-accès à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/trema/572> [dernière consultation le 12 décembre 2016].

contrôle. En d'autres mots, la médiation sonnerait la fin du droit²⁷⁷⁰. Bien évidemment, un tel raisonnement est réfutable en ce que premièrement, le droit n'ayant pas de définition définitivement arrêtée²⁷⁷¹, il n'a pas de frontière intangible. À partir de là, pourquoi ne pas modifier la vision du rapport de force entre droit et médiation, axée sur un rapport, pour l'instant, d'opposition (les termes de modes alternatifs, l'expression anglo-saxonne *Alternative Dispute Resolution* le montrent bien) en un rapport fondé sur une dynamique de complémentarité ? Pourquoi seul le droit serait justice et non la médiation ?

392. Droits fondamentaux et MARD. L'argument des droits fondamentaux est la principale barrière, semble-t-il, quant au développement d'une justice douce²⁷⁷². Garanties par le procès équitable, ces droits fondamentaux sont d'abord des droits subjectifs inhérents à l'individu mais aussi, d'un point de vue objectif, des garanties minimales apportées à l'individu. Or, ces garanties impliquent un comportement doublement positif de l'État. Par exemple, en cas d'irrespect d'un droit fondamental, l'État de droit doit fournir un moyen adéquat de réparation à la victime : à l'heure actuelle, il s'agit du procès. L'ensemble des obligations processuelles auxquelles est soumis un tribunal permet d'obtenir une décision qui, si elle n'est pas satisfaisante pour l'une des parties, n'en est pas moins théoriquement juste car respectueuse des garanties du procès équitable. Or, le développement de la médiation ne remet pas en cause l'existence des droits fondamentaux mais doit permettre au contraire d'en garantir le respect et l'exercice de manière équitable – par le biais notamment de garanties procédurales – et surtout, satisfaisante pour chacune des parties. La déclaration de 1789 ne dit pas autre chose lorsqu'elle énonce que l'exercice des droits et libertés fondamentaux (droits naturels) ne trouve de limites « que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits » (art 4). Pourquoi cette limitation, en cas de conflit, ne pourrait se concevoir que dans l'*application* stricte et autoritaire de la règle de droit²⁷⁷³? C'est bien cette limite, conçue ici de manière dialectique – des droits sont en concurrence – qui pose problème ; la remettre en cause remet également et indirectement en jeu le

²⁷⁷⁰ V. L'analyse virulente d'Olivier Dubos, « La médiation et le juge (1) », In Anne-Marie Tournepiche, Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *op.cit.*, pp. 176-178.

²⁷⁷¹ Argument développé également par Michelle Guillaume-Hofnung, *op.cit.*, p. 103.

²⁷⁷² *Ibid.* ; Serge Guinhard *et al.*, *op.cit.*, p. 1343-1344, n°594.

²⁷⁷³ En ce sens, Gaëlle Deharo, « Médiation, une justice équitable et durable ? », préc., p. 2 et s. « La médiation [...] permet de trouver une solution sans passer par l'idéal, de moins en moins partagé, de l'intervention d'un juge appliquant strictement de la loi ».

rôle de l'État. Si les parties sont en effet libres de s'autolimiter par la négociation, le juge qui tranche le rapport conflictuel n'a plus lieu d'être. Utopie ou dystopie ?

C'est à ce stade que les dérives dites totalitaires peuvent naître : une des premières garanties de la justice et du droit est celle de l'égalité des citoyens devant la loi (transposée dans le procès par le terme d'égalité des armes), ce que ne permet pas, pour le moment, le recours à la conciliation ou la médiation. Pourtant, entre ces deux sphères, l'une strictement juridictionnelle et l'autre totalement dérégulée (ou autorégulée) un curseur doit être placé. Tomber dans l'un ou l'autre extrême est dangereux : soit l'État n'est plus en mesure de répondre aux attentes de plus en plus diversifiées des justiciables soit, au contraire, le développement non encadré d'une justice négociée conduit à la naissance de nouveaux rapports de force dans la société où le plus fort domine le plus faible. Il est reconnu que la justice négociée ne se substitue pas à la justice étatique²⁷⁷⁴ ; mais, plus encore, nous pensons que sa principale finalité n'est pas non plus l'éviction du procès²⁷⁷⁵. Le procès doit apparaître comme un recours adéquat dans les affaires non susceptibles de conciliation ou d'arrangement : soit en raison des graves inégalités entre parties, soit en raison de la complexité de l'affaire ou de sa nature particulière. Dans les affaires pouvant être négociées, le procès doit se concevoir comme le dernier recours possible. Dans tous les cas, il n'y a pas concurrence entre ces deux voies de recours mais bien *complémentarité*²⁷⁷⁶. Et des garanties liées aux droits fondamentaux des parties doivent être assurées au sein des processus de justice négociée afin d'encadrer la liberté contractuelle²⁷⁷⁷. Celle-ci ne saurait être illimitée, surtout lorsque l'on est en

²⁷⁷⁴ En raison de la nature contractuelle de la justice négociée : Jean Timsit, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.* 15 nov. 2001, n°319, p. 53 ; Jacques Fischer-Lokou, Peggy Carrieu (dir.), *op.cit.*, p. 26.

²⁷⁷⁵ *Ibid.* : la principale finalité des MARD serait l'éviction du procès en ce qu'ils sont alternatifs (et non pas substitutifs) ; le recours à la médiation permet d'éviter le procès, mais ne doit pas être conçu, il nous semble, dans cette optique purement instrumentaliste. En effet, « la médiation est un mode équivalent au jugement : de la même façon que ce dernier, c'est un processus qui mène à une solution d'un conflit » (Gaëlle Deharo, « Médiation, une justice équitable et durable ? », *préc.*, p. 2 et s.).

²⁷⁷⁶ Feng Yujun, Peng Xiaolong, *préc.*, pp. 3-38 ; Michelle Guillaume-Hofnung, *op.cit.*, p. 100 : « Le droit encadre la médiation, comme toute activité humaine. La médiation doit respecter le droit. Entre la médiation et le droit il y a complémentarité et non concurrence » ; au mieux peut-on parler de « concurrence légitime » : Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès, op.cit.*, p. 1331, n°593.

²⁷⁷⁷ Cette idée est très loin de faire l'unanimité en doctrine : Jean Timsit, *préc.*, p. 3, pour qui « il n'est pas pour autant utile ou nécessaire d'inventer de nouveaux "principes fondamentaux" qui seraient applicables à tout processus de résolution de conflits quelle que soit la volonté, exprimée ou non, des parties » ; *Contra* : Gaëlle Deharo, qui reconnaît que le processus de médiation doit être équitable en ce qu'il tend à résoudre un litige en donnant une solution aux parties en conflit (« Médiation, une justice équitable et durable ? », *préc.*, p. 2 et s.).

présence d'une conciliation ou d'une médiation de nature judiciaire. À ce titre, les appels doctrinaux, voire ministériels, à l'érection d'une obligation de loyauté en principe directeur sont une bonne chose²⁷⁷⁸. Pour certains, les garanties qu'offre le procès seraient justifiées par « la privation de liberté qu'implique la soumission au pouvoir d'un juge²⁷⁷⁹ ». Si ce constat était valable il y a encore une dizaine d'années en France, lorsque la médiation et la conciliation ne reposaient que sur la seule volonté des parties, l'institutionnalisation et surtout la procéduralisation²⁷⁸⁰ des modes amiables tend, actuellement, à renforcer leur autorité²⁷⁸¹ : les mesures incitatives adoptées – ou en cours d'adoption – impliquent de reconsidérer la liberté contractuelle comme fondement et encadrement non exclusifs d'un processus négocié. Les MARD ne peuvent être mis en avant sans offrir aux justiciables des garanties de bonne justice, particulièrement dans un État de droit. Enfin, réfléchir à des principes garant d'une bonne médiation n'en altère pas son efficacité : ce n'est pas le côté informel qui fait la force de la médiation (contrairement, sans doute, à l'arbitrage) mais son issue, qui, en cas de réussite, est plus satisfaisante pour chacune des parties²⁷⁸². En d'autres mots, l'opposition absolue entre conventionnel et juridictionnel²⁷⁸³ doit être relativisée.

2. Vers un droit à la médiation équitable ?

393. L'intégration de la médiation dans le procès équitable. Il semblerait en effet plus exact d'examiner comment la médiation influence l'évolution du droit – conçu évidemment comme non statique. Dans une pure optique de gestion des flux ou d'économie du service public, l'articulation de la médiation et du procès confère à

²⁷⁷⁸ Rapport Delmas-Goyon, proposition n°28 ; le principe de loyauté est également défendu par M. Magendie et M. Guinchard : Serge Guinchard, « Prolégomènes pour réformer la procédure civile », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2488 qui se réjouit que la Chancellerie questionne cette consécration dans le cadre des cinq chantiers de la justice initiés en 2017.

²⁷⁷⁹ Jean Timsit, préc., p. 6.

²⁷⁸⁰ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 1344, n°594.

²⁷⁸¹ Qu'il s'agisse de l'instauration progressive d'un préalable de conciliation obligatoire dans certaines procédures, de la mise en place de diligences à accomplir avant toute saisine de juridiction civile ou encore de la volonté d'institutionnaliser et d'élever la médiation en indicateur de performance des juridictions.

²⁷⁸² Le point de vue adopté défend l'idée d'une médiation curative et non seulement préventive, dont l'objectif est de résoudre le conflit et non simplement d'éviter le procès. Sur cette distinction, Gaëlle Deharo, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *Petites affiches*, 13 fév. 2012, n°31, p. 3.

²⁷⁸³ Loïc Cadiet *et al.*, *op.cit.*, p. 316-320, n°73.

cette première un caractère prioritaire, dont la légitimité est discutable. En effet, en ne visant qu'à désengorger les prétoires, la médiation se trouve subordonnée à la juridiction ce qui implique qu'elle ne peut, du fait de son statut inférieur, tendre à une justice de qualité égale à celle du jugement. Pourtant, il suffirait d'un changement de paradigme pour concevoir la médiation comme véritable composante de la justice²⁷⁸⁴ ; une justice certes, non légale – mais les lois sont-elles forcément justes ? – mais, en tout cas, une justice civile, sociale ou à tout le moins, apaisante²⁷⁸⁵. Et pour que la médiation soit pleinement justice, la seule volonté des parties d'y consentir n'y suffit pas ; elle doit également être dotée de certains principes, analogues dans leur esprit à ceux du procès équitable mais adaptés à la spécificité du processus²⁷⁸⁶. Pour reprendre les propos d'un auteur²⁷⁸⁷, « la liberté d'organiser la médiation s'arrête au seuil de l'injustice, elle-même définie *a contrario* par les principes fondamentaux de la procédure ».

Si le droit au procès équitable est considéré comme la seule voie d'accès à la justice en France, y intégrer la médiation ou la conciliation permettrait à ces dernières d'être articulées avec le mode juridictionnel tout en bénéficiant des garanties déjà existante dans le cadre du procès. Des garanties qui doivent être aménagées en raison du particularisme des modes amiables, dans l'attente de la consécration d'un droit au règlement amiable.

« Si le droit au règlement amiable ne reste qu'une expression de prospective juridique, il faut cependant convenir que l'institutionnalisation progressive de la

²⁷⁸⁴ Comme semble le concevoir le Parlement européen : Résolution n°2011/2026/INI du Parlement européen, 13 sept 2011, cons. 1 : « considérant qu'un meilleur accès à la justice est l'un des principaux objectifs de la politique de l'Union européenne en vue d'établir un espace de liberté, de sécurité et de justice; considérant que la notion d'accès à la justice devrait couvrir, dans ce contexte, l'accès à des procédures adéquates de résolution des litiges pour les particuliers et les entreprises ».

²⁷⁸⁵ Justice équitable pour certains (réfutable en ce que le médiateur et le conciliateur, neutres, ne tranchent pas en équité) durable, douce pour d'autre, le processus de médiation tend au final à assurer un certain idéal de justice, à l'instar du procès. Gaëlle Deharo, « Médiation : une justice équitable et durable » ? préc., II, A, 1 : « [la médiation] ne consiste pas à trouver la solution la plus juste au regard de la règle de droit, mais celle qui s'ajustera au plus près des intérêts respectifs des parties ».

²⁷⁸⁶ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, *op.cit.*, p. 1343 et s, n°594 s. Ces principes seraient au nombre de six : indépendance et impartialité du médiateur, célérité de la procédure de règlement amiable, égalité des armes, principe du contradictoire, devoir de loyauté et principe de confidentialité.

²⁷⁸⁷ Gaëlle Deharo, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », préc., p. 3 et s.

conciliation et de la médiation a pour corollaire la constitution de celles-ci en point de passage obligé dans la résolution des litiges²⁷⁸⁸ ».

L'institutionnalisation de la médiation et des autres modes amiables leur permettrait d'être complémentaires à l'activité juridictionnelle. À l'heure où la modélisation du développement des MARD français est en cours, le modèle chinois de la médiation peut s'avérer opportun en constituant une source d'inspiration quant à l'intégration des modes amiables dans l'activité de justice.

B. La pertinence du modèle chinois en matière de médiation.

394. Une convergence constatée des réformes proposées. Une des réflexions récemment menées par les cours d'appel françaises est fondée « sur l'idée que l'objectif d'articulation entre la médiation et le procès civil ne pourra être atteint qu'au bénéfice de changements profonds dans le fonctionnement des juridictions et dans le déroulement des procédures²⁷⁸⁹ ». Cet objectif d'articulation n'est autre que le développement de manière harmonieuse de la médiation judiciaire²⁷⁹⁰. Un grand nombre de propositions inscrites dans le projet sur la justice du XXI^e siècle visaient à renforcer la pratique de la médiation : qu'il s'agisse d'étendre la compétence territoriale des conciliateurs de justice au ressort des tribunaux d'instance (proposition n°14), de créer un diplôme d'État de médiateur ou encore d'ériger le développement des modes négociés en « objectif de performance qualitative », la tendance française en matière de solution négociée est à leur renforcement et, surtout, leur encadrement²⁷⁹¹.

La plupart de ces propositions sont déjà en place en droit chinois. Ainsi, les évaluations annuelles des juridictions chinoises²⁷⁹² prennent en compte le taux

²⁷⁸⁸ Serge Guinchard, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès, op.cit.*, p. 1332, n°592.

²⁷⁸⁹ Chantal Arens, Natalie Fricero, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? » *Gaz. Pal.* 25 avril 2015, n°115, p. 13 et s.

²⁷⁹⁰ *Ibid.*

²⁷⁹¹ Nous renvoyons aux articles 24 à 27 du décret n°2017-892 du 6 mai 2017.

²⁷⁹² Opinion [2010] n°16, art. 22. Le travail de médiation est un critère du succès du travail des juridictions (作为评价各级法院调解工作成效的标准) et une référence d'appréciation de la performance individuelle des juges (和法官业绩考评的参考依据); le taux de médiation peut atteindre 100% dans certaines juridictions et comprend, notamment le nombre d'affaires terminées par un désistement des parties (撤诉) qui est supposé résulter d'un accord amiable : Cheng Yanjun (程延军), Wang Shuyi (王书义), « Analyse sur le phénomène de substitution des décisions de justice aux

d'affaires réglées par une solution amiable et soldées soit par le retrait de la demande en justice, soit par la production d'un acte de médiation²⁷⁹³. De la réussite de ces objectifs dépendent l'attribution des ressources budgétaires du tribunal et la promotion des magistrats. Cette mesure incitative est, dans les faits, pleinement efficace, à tel point que certains auteurs dénoncent une pression sociale inquiétante reposant sur les juges. Ces derniers inciteraient par ailleurs les parties à recourir à une mesure de médiation même dans les situations inappropriées. Si ce genre de dérive est plus susceptible d'apparaître dans un État où les disparités sociales et régionales sont encore très grandes et où la technique juridictionnelle peine encore à s'implanter dans les régions les plus reculées, elle ne doit pas non plus être sous-estimée en France. C'est pourquoi l'instauration de critères destinés à apprécier l'opportunité d'une mesure de conciliation et/ ou de médiation par le juge devrait restreindre toute forme abusive de médiation. Le consentement des parties peut, en effet, facilement être remis en cause : dans la mesure où le juge « invite » les parties à recourir à une médiation, ces dernières peuvent ne pas s'y opposer par crainte des conséquences d'un simple refus.

Une autre proposition qui a finalement été abandonnée, résidait dans la mise en place d'un entretien initial confié au greffier juridictionnel (lui aussi abandonné) afin de choisir la meilleure orientation possible de l'affaire dont il aurait été saisi. Ce mécanisme aurait fait écho au système des chambres d'enregistrement existantes dans les tribunaux chinois. En l'occurrence, les principaux problèmes rencontrés par cet organe résident dans la délimitation de son autorité. Le greffier juridictionnel français aurait eu une compétence générale dans le domaine de l'homologation en matière gracieuse, ce qui semblait conforme avec la conception faite de l'homologation en France. Pourtant, comme l'affirme Boris Bernabé, « la faculté de juger ne s'exerce plus uniquement dans le cadre du litige en décidant à travers un jugement, mais en

accords amiables » (« 调解替代判决结案现象探析 »), *Journal de l'Université de Mongolie intérieure*, vol. 45, n°3, mai 2013, p. 60 ; les données sont nationalisées et rendues publiques dans les rapports annuels de la Cour Populaire Suprême (最高人民法院工作报告). Le rapport 2015/2016 est disponible à l'adresse : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/03/id/1820527.shtml> [dernière consultation le 28 septembre 2016].

²⁷⁹³ Han Bao, « Analyse empirique sur la dynamique/logique de médiation dans les tribunaux populaires de base. Un processus judiciaire centré sur la médiation ? » In Xu Xin, *op.cit.*, pp. 363-365 : la procédure d'évaluation serait très complexe et les exigences très élevées. L'auteur déplore que l'évaluation ne tienne pas compte de la taille des villes ; Wang Qiliang (王启梁), « Sur la méthode de médiation du juge et sa logique de fonctionnement » (« 法官如何调解及其运作 »), In Xu Xin, *op.cit.*, pp. 325-326. Les statistiques incluent le nombre de médiations effectuées et le nombre de retraits de la demande en justice (调撤率).

amont : en choisissant laquelle des deux voies – celle du jugement ou celle de la conciliation – sera la mieux à même de rétablir la paix ²⁷⁹⁴ ». En Chine, l'homologation est toujours le fait du juge mais elle est facilitée par l'existence d'un circuit court permis par une sélection rapide et surtout en amont des affaires.

Enfin, on ne peut omettre le rapprochement entre les unités de médiation, instaurée à titre expérimental dans certaines juridictions ²⁷⁹⁵ et les chambres ou fenêtres de médiation ²⁷⁹⁶ mises en place dans les tribunaux populaires de certaines villes. Le principal problème en Chine de ces services (qui intègrent la médiation populaire au sein du tribunal) concerne leur nature : la *Loi sur la médiation populaire* (art. 5) énonce en effet que les Comités de médiation populaire sont guidés par le Conseil des Affaires d'État ou par les gouvernements locaux ; en pratique donc, le tribunal ne s'occupe que de contrôler le service de médiation et ne s'occupe pas de son budget (pris en charge par les départements judiciaires). Dans ce cas, la crainte réside dans l'infiltration de l'administration chinoise dans l'autorité judiciaire, dont l'indépendance est déjà discutable. En revanche, concernant le système de la médiation spéciale officialisé en 2016, le lien entre les médiateurs spécialement invités au tribunal et ce dernier est renforcé puisque le service judiciaire s'occupe de leur formation juridique, les sélectionne sur une liste et est en charge de leur indemnisation et de leur promotion. Et il ne va pas sans dire, évidemment, que la mise en place d'un tel service judiciaire a un coût ²⁷⁹⁷.

395. Le projet de la Grande Médiation. En Chine, la complémentarité des divers modes de traitements des conflits – que l'on a pu retrouver en France dans l'expression « d'offre plurielle de justice ²⁷⁹⁸ » – conduit également à leur diversification ; par ailleurs, force est de constater une logique de développement

²⁷⁹⁴ Cité dans Béatrice Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », préc. [en ligne]. V. Boris Bernabé, « Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge. La tierce voie », *Revue justice Actualités*, déc. 2004, n°12, p. 12.

²⁷⁹⁵ Par exemple, le TGI de Paris a mis en place une unité de médiation ; la chambre sociale de la Cour d'appel de Paris a confié l'examen des dossiers susceptibles de médiation aux assistants de justice sous le contrôle du juge : Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, *IGSJ*, avril 2015, n°22-15 ; Chantal Arens, « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », préc., pp. 2-3.

²⁷⁹⁶ 人民调解窗口 : Wu Aibin, « La médiation populaire instituée au tribunal et son fonctionnement », *In Xu Xin, op.cit.*, pp. 309-323 ; cette pratique a d'ailleurs été officialisée par la CPS dans ses Opinions de 2010 visant à renforcer le principe de médiation prioritaire et l'harmonisation d'une justice dure avec une justice douce, Opinion [2010] n° 16.

²⁷⁹⁷ Coût non chiffrable.

²⁷⁹⁸ Expression de Loïc Cadiet reprise dans le rapport sur la justice du XXI^e siècle, qui côtoie également la « juridiversité » de Mme Gaboriau. Rapport Delmas-Goyon, p. 57.

relativement économe. En effet, l'essor de la médiation depuis les années 2000 en Chine a été permis par le projet politico-judiciaire dit de la « Grande Médiation²⁷⁹⁹ ». Ce projet repose sur des principes simples : il ne s'agit pas de créer de nouveaux acteurs chargés d'une mission conciliatrice, mais de renforcer les connexions entre les différents organes déjà existants. Le leitmotiv est le suivant : une plateforme (一个平台), trois sortes de médiation (三种调解) et des acteurs multiples (多位一体)²⁸⁰⁰. Certains auteurs ont également souligné la dynamique de ce projet, à savoir l'hybridité du pouvoir conciliateur et du pouvoir juridictionnel (诉调对接)²⁸⁰¹. Selon la Cour Suprême, il s'agit de « *solidifier les relations entre les mécanismes de résolution juridictionnelle et non juridictionnelle des contentieux*²⁸⁰² ». La Grande Médiation part de la médiation extrajudiciaire (ou populaire) pour être intégrée au sein des tribunaux²⁸⁰³ : c'est ce projet qui a impulsé, par exemple, le recours à la technique de la délégation ou encore la mise en place de fenêtres de médiation populaire dans les enceintes des tribunaux. Cette harmonisation a pour fondement une « passerelle interactive » (相互衔接) de communication entre les différents modes de résolution. Il s'agit avant tout, de développer des réseaux : réseaux entre les unités populaires (les comités de village, de quartier, les syndicats, les associations féministes ou encore les ligues de la jeunesse communiste) et les tribunaux locaux²⁸⁰⁴. On soulignera, au passage, que le développement en réseau des techniques de résolution des conflits a également été appelé de ses propres vœux en France, sous la forme d'une collaboration interministérielle²⁸⁰⁵.

Sans reprendre ici en détail le mécanisme de la Grande Médiation dont les déclinaisons varient selon les régions, son principe est donc simple : faire intervenir

²⁷⁹⁹ Jieren Hu, Lingjian Zeng, préc., p. 44 ; pour des exemples d'application locale de la Grande Médiation dans les villes de Lingxian (陵县), de Zhuji (诸暨), de Nantong (南通) ou encore, le plus connu, de Guang'an (广安) : Wu Aibin, « De la catégorisation de l'expérience chinoise de la médiation populaire », *In Xu Xin, op.cit.*, p. 236-238.

²⁸⁰⁰ Zhao Xiaogeng (赵晓耕), Kamio Masashi (神尾将司), « Le droit chinois traditionnel incarné dans la "Grande Médiation" des réformes institutionnelles de la Chine contemporaine. Analyse du point de vue de la tripartite chinoise du Qing, du Li et du Fa » (« 现代中国的调解制度改革 “大调解” 体现的传统法意识 — 以情, 理, 法为材料分析 »), *Hebei Law Science*, vol. 31, n°10, oct. 2013, p. 16.

²⁸⁰¹ *Idem*, p. 14.

²⁸⁰² Opinions [2009] n°45 (关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见) publiée le 24 juillet 2009.

²⁸⁰³ Zhao Xiaogeng, Kamio Masashi, préc., p. 19.

²⁸⁰⁴ Interprétation [2010] n°26.

²⁸⁰⁵ Michelle Guillaume-Hofnung, « Sortir de l'invocation performative de la médiation par une démarche de qualité », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », préc., p. 8.

des parties représentatives de la société au sein de l'activité des tribunaux, ou, du moins en collaboration avec. L'avantage de ce mécanisme est de pouvoir résoudre des conflits collectifs dont la gravité – comme par exemple le décès d'un individu²⁸⁰⁶ – empêche généralement toute forme de conciliation²⁸⁰⁷. Son domaine n'est en effet pas restreint à la seule sphère du droit civil²⁸⁰⁸. Néanmoins, la volonté sous-jacente au développement de ces modes amiables complémentaires au mode juridictionnel est de nature politique²⁸⁰⁹ : sous couvert de maintenir la « stabilité sociale » et la fameuse harmonie, il s'agit avant tout de rétablir la légitimité du Parti²⁸¹⁰ qui s'en trouve affaiblie à chaque mouvement de protestation sociale²⁸¹¹. Contrairement à la France où l'essor de la médiation s'accompagne d'une réflexion sur l'affaiblissement du rôle de l'État, en Chine, c'est bien ce dernier qui promeut les règlements amiables.

« La Grande Médiation réunit la médiation administrative et populaire, c'est également une forme d'incarnation de l'accroissement continu des pouvoirs de l'État qui lui permet de s'infiltrer, progressivement, dans la population. L'État tente, au travers de la médiation populaire, de contrôler les masses et d'assurer une gestion sociale²⁸¹² ».

De plus, beaucoup d'auteurs ont sonné l'alerte sur le risque qu'encourait la Chine à trop promouvoir, chez les magistrats, le recours à la médiation, à savoir, le retour au modèle du juge *Maxiwu*²⁸¹³. L'exagération du recours à la médiation conduirait en effet, à concevoir le jugement comme « une source du mal » (万恶之源)²⁸¹⁴. La Cour Suprême elle-même, tout en encourageant les solutions négociées, veut recentrer le juge sur son office en replaçant la voie contentieuse comme dernier

²⁸⁰⁶ Exemple donné dans Jieren Hu, Lingjian Zeng, préc., pp. 57-59.

²⁸⁰⁷ Étant entendu que nous ne traitons pas ici de la médiation pénale (刑事和解) qui porte sur la peine encourue. V. Article en anglais : <http://restorativejustice.org/10fulltext/BertiRiccardo.pdf>

²⁸⁰⁸ V. Jieren Hu, Lingjian Zeng, préc., p. 57.

²⁸⁰⁹ « Décision du Parti communiste relative aux nombreuses questions concernant la construction d'une société socialiste harmonieuse » adoptée au cours de la 16^{ème} session du 6^{ème} plénum du PCC.

²⁸¹⁰ Jieren Hu, Lingjian Zeng, préc., p. 50, pour qui « [La Grande Médiation] est de facto le résultat du mélange de la culture chinoise non contentieuse et de la gouvernance autoritaire ».

²⁸¹¹ Conférence de Jean Louis Rocca, « La situation politique en Chine : banalités et paradoxes », 17 septembre 2016, librairie La Gryffe (Lyon).

²⁸¹² Wu Aibin, « De la catégorisation de l'expérience chinoise de la médiation populaire », In Xu Xin, *op.cit.*, pp. 235-248, p. 244 « “大调解” 模式体现了行政调解与人民调解衔接的性质, 也是当前价权力不断强大, 向民间逐步渗透的一种表现方式. 国家试图通过人民调解实现其对民间的社会控制, 实现社会治理 ».

²⁸¹³ Xu Yun, « Réflexion sur "la médiation prioritaire" avec pour cadre d'analyse la théorie des composants du jugement civil », In Xu Xin, *op.cit.*, p. 69.

²⁸¹⁴ *Ibid.*

recours²⁸¹⁵. Ainsi, l'opportunité de se référer au modèle chinois s'avère utile en termes techniques ; en effet, le droit chinois peut constituer une source d'inspiration quant aux mesures concrètes adoptées. Il est aussi intéressant de constater le lien entre avènement des modes amiables ou alternatif et crise de l'État providence²⁸¹⁶ pour la France et crise de légitimité du Parti pour la Chine. Le « retour à la médiation » serait donc consubstantiel à l'insuffisance des voies de recours formelles assurées par l'État. Néanmoins, une analyse plus profonde de la conjoncture dans laquelle émergent les MARD, analyse qui ne relève plus, dès lors, de la science du droit, doit poser les limites à l'hypothèse de l'importation de la médiation chinoise en droit français.

396. Conclusion Chapitre 2. Il est incontestable que les dynamiques identifiées du développement de la justice amiable en droit français et en droit chinois tendent à son renforcement. En Chine, la consécration récente de la technique de la délégation, d'inspiration semble-t-il française, témoigne de la volonté des autorités d'adopter une logique de collaboration entre les acteurs judiciaires et non judiciaires, sans pour autant sortir de l'enceinte des tribunaux. Cette évolution est permise du fait de l'office particulier du juge chinois : à l'instar du juge français, la loi lui reconnaît un pouvoir de concilier les parties, mais, contrairement à la pratique française, les tribunaux chinois semblent plus enclins à en faire usage. C'est pourquoi on peut dire qu'en Chine, le développement de la justice douce fait référence à l'encadrement d'une justice plus amiable que véritablement alternative. La technique juridictionnelle côtoie alors la technique de conciliation et le jugement est perçu comme le recours à envisager lorsqu'aucune solution amiable ne peut être trouvée.

En France, se retrouve également cette idée de coordination des modes de résolution des différends bien que sa réalisation se déroule davantage, semble-t-il, dans la sphère contractuelle. Le contrôle opéré par le juge français en matière d'homologation des accords issus d'un MARD est révélateur de cette conception. En France, le domaine du contrôle est restreint à apprécier la légalité de l'acte. En Chine, bien que les frontières du contrôle du juge homologateur ne soient pas clairement délimitées dans la loi, ce dernier a la possibilité, semble-t-il, d'aller au-delà du seul

²⁸¹⁵ CPS, « Opinions relatives à l'amélioration du système de responsabilité des juges » (关于完善人民法院司法责任制的若干意见), publiées le 21 sept. 2015 (Opinions [2015] n°13) : ces opinions mettent notamment l'accent sur la formation et l'« indépendance » des magistrats et sur le recadrement de la voie contentieuse en dernier recours.

²⁸¹⁶ Loïc Cadet *et al.*, *op.cit.* p. 240, n°57. « Ce phénomène est consubstantiel à la crise de l'État providence. Il révèle une diversification des missions de l'État et, partant, de la fonction de juger ».

contrôle de légalité pour opérer un contrôle d'opportunité. En outre, en France, les outils de conciliation accordés à des professions judiciaires non juridictionnelles (notaire, huissier) vont dans le sens d'une plus grande déjudiciarisation, contrairement à la tendance évolutive chinoise, qui va dans le sens d'une judiciarisation de la pratique de la médiation.

Conclusion du Titre II.

397. La logique « harmonieuse » sous-entendant l'application de la règle de droit ne semble pas pouvoir mieux s'illustrer qu'en droit chinois au sujet du développement des modes pluriels de justice. Ironiquement, cette harmonisation constatée n'a rien à voir – elle s'y oppose même – avec l'harmonie « confucéenne », laquelle repose sur une catégorisation stricte des classes sociales dans le but de prévenir l'émergence de conflit. Or, l'harmonisation moderne ne vise pas à supprimer le conflit mais à le résoudre : elle ne cherche pas à l'étouffer mais à trouver le moyen le plus adéquat pour aboutir à son apaisement. Et, au regard des évolutions en matière de MARD chinois, on peut dire que la médiation se porte bien.

La pratique de la médiation chinoise est en effet revigorée au moins sur deux aspects : tout d'abord son institutionnalisation au sein des tribunaux, incarnée par une meilleure réglementation du pouvoir de conciliation du juge, a purgé la médiation de nombreux vices, à commencer par celui du consentement des parties. Ensuite, le droit chinois mise sur une logique de développement de la médiation en réseau, qui relierait des acteurs judiciaires et non judiciaires, sans que les uns excluent la présence des autres. Or, c'est sans doute sur cet aspect précis que les tendances réformatrices du droit français en matière de MARD diffèrent le plus des tendances chinoises.

En effet, nous avons pu voir qu'en France, le renforcement des modes amiables se situe soit en amont de la saisine du juge (avec les préalables de conciliation et/ou de médiation légalement ou conventionnellement obligatoire(s)), soit une fois l'instance en cours, le plus souvent par la technique de la délégation. L'activité de conciliation des tribunaux est suppléée par une responsabilisation des parties à qui il incombe, désormais, de chercher une solution à leur différend avant de s'adresser au juge. Indirectement, la seule réforme portant modification des mentions obligatoires des actes introductifs d'instance, en instituant une obligation faite aux parties de justifier des diligences requises en vue de trouver une solution amiable au litige, participe, inéluctablement, à la formation d'une société moins contentieuse (sans pour autant être moins conflictuelle). Toutefois, ce changement social ne peut être le seul fait d'une modification des procédures judiciaires : le législateur français s'est notamment appuyé sur la liberté contractuelle pour – ironiquement là aussi – obliger

les parties à se soumettre aux préalables de conciliation et/ou de médiation conventionnels. Plus précisément, il apparaît qu'en France, les MARD sont conçus comme un élargissement de la liberté contractuelle dont en dépend aussi leur légitimité : ce n'est pas un hasard si un auteur français s'est interrogé sur le renforcement de la liberté contractuelle lié au recul de l'homologation judiciaire²⁸¹⁷.

Mais, sous ces beaux atours de renouvellement, voire de renforcement, de la liberté contractuelle en droit français, on ne peut nier qu'il en va également d'un objectif de réduction des coûts de la justice, abordée dans une logique gestionnaire. Le processus de déjudiciarisation répond en effet à une crise de la justice française, crise dont la gravité se mesure au nombre de réformes (sans compter le nombre d'appels à réformer) constaté ces vingt dernières années. On peut alors douter, dans cette lignée, de l'émergence d'un futur droit à la médiation équitable : celui-ci devrait nécessairement intégrer des garanties équivalentes à celles du procès équitable, ce qu'une évolution basée essentiellement sur la libéralisation (qui plus est privative en matière de médiation) de l'activité de conciliation rend difficilement concevable.

²⁸¹⁷ Vincent Egea, préc., p. 97.

Conclusion de la seconde partie.

398. L'étude de l'application de la règle de droit abordée du point de vue procédural, voire structurel, a permis de mettre en évidence certaines particularités du procès civil chinois au regard du procès français.

Le procès chinois semble accorder une place beaucoup plus importante au juge dans la conduite du procès : tout d'abord, le système de filtrage des demandes en justice, préalable obligatoire à la saisine des tribunaux, vise à trier les demandes recevables, dignes d'être jugées au fond. Ce système fait écho bien évidemment aux conditions de recevabilité française ; sa particularité, toutefois, est de concentrer l'examen des vices de la demande en justice avant la saisine au fond alors qu'en France, il en va de la responsabilité des parties et non du juge (sauf si la fin de non-recevoir est d'ordre public) de soulever ce moyen de défense. Dans un sens, cette différence conduit à écarter la qualification même de moyen de défense à la fin de non-recevoir chinoise : celle-ci serait plutôt une sanction objective, illustrant la logique verticale du procès chinois (des parties au juge et du juge aux parties) alors que le droit français ferait primer une logique plus horizontale (les parties débattent entre elles devant un tiers qui rend une décision avec une intervention moindre dans le débat). La considération chinoise de l'individu juridique dans une logique plus relationnelle que strictement individuelle ou encore le fait que les contentieux civils et administratifs aient bénéficié du même socle procédural en Chine pendant plusieurs années sont autant de facteurs éclectiques qui ont façonné la conception du procès et les rapports entre le juge et les parties. En outre, la prédominance du juge dans la conduite du procès n'est pas sans faire écho au rôle qui était attribué au juge du *Yamen* de l'époque impériale, à la fois tiers arbitre et fonctionnaire. Le côté paternaliste ou éducateur du magistrat chinois est, à notre sens, un facteur de compréhension de l'importance accordée à ce dernier dans la conduite du procès civil chinois contemporain, voire dans la formation de la culture judiciaire chinoise actuelle. En tant que fonctionnaire, le magistrat du *Yamen* devait prévenir les troubles

sociaux ce qui peut se traduire, à l'heure actuelle, par le devoir du juge chinois de mettre en avant une solution amiable. À défaut de solution amiable, le magistrat du *Yamen* agissait comme le tiers arbitre du conflit « mineur », qui, bien que ne statuant pas sur une infraction, appliquait une procédure pénaliste...ce qui lui conférait, *de facto*, des pouvoirs beaucoup plus étendus pour trancher le litige.

Or, cet aspect inquisitorial du procès chinois se retrouve, dans une certaine mesure, au sein du procès contemporain : le poids accordé au juge chinois dans la conduite du procès civil est illustré notamment dans la mise en état de l'affaire. Si les parties ont bien la charge de la preuve, elles peuvent solliciter une aide accrue de la juridiction dans leur recherche des faits. En ce sens, le procès civil chinois met en avant la recherche d'une vérité factuelle plus que juridique : les conditions du recours en révision, ouvert à l'égard de décisions de justice considérées définitives, sont révélatrices de cette particularité.

De la même manière, en Chine, toute demande en justice ne peut conduire au procès : les listes de contentieux établies par la Cour Suprême visent à délimiter ce qui peut faire l'objet d'une intervention de la justice. En France, il semble inconcevable qu'une telle catégorisation des contentieux puisse conditionner, objectivement, l'accès au juge. La sélection des contentieux susceptibles d'être érigés ou non en demande en justice révèle un aspect presque méritocratique du procès civil chinois. Le juge chinois ne doit pas être saisi pour des demandes qui ne mériteraient pas son intervention ; son pouvoir juridictionnel s'exerce également en dernier recours, lorsqu'aucune solution amiable n'a pu être trouvée. Sans exagérer cet aspect au risque de caricaturer le procès civil chinois, on peut dire qu'il constitue un point de divergence des cultures judiciaires chinoise et française. Mais une divergence qui n'est pas insurmontable, comme en témoigne les tendances évolutives récentes des deux droits étrangers.

399. En Chine, la modernisation du procès civil des années 90 alors synonyme d'internationalisation, a permis de limiter substantiellement l'immixtion du juge dans le procès : la volonté des parties a été consacrée (notamment dans le recours à une mesure de conciliation) et des principes directeurs du procès (dont certains se retrouvent en droit français) ont institué la base, l'esprit du procès civil chinois. Le développement de la procédure civile chinoise est caractérisé par son empirisme (par les mesures expérimentales menées en juridictions) qui répond à des objectifs

politiques (sous la forme de plans quinquennaux, de directives de la Cour Suprême) et scientifiques (comme en témoigne le nombre important de contributions doctrinales appelant à réformer). Le procès civil chinois est encore loin d'avoir atteint sa phase finale : l'activisme de la Cour suprême en la matière témoigne de son dynamisme et de sa constante amélioration. C'est pourquoi il serait difficile de parler d'une crise de la justice civile en Chine alors qu'elle est en pleine maturation.

En revanche, du côté français, la crise de la justice semble résulter de l'abandon progressif du modèle procédural établi au XX^{ème} siècle, pour lui substituer un modèle encore difficile à qualifier. D'un côté, les exigences du procès équitable, consacrées au niveau européen et *a fortiori* en France, apportent les garanties nécessaires et surtout fondamentales à une bonne justice en prenant pour point de départ le justiciable. D'un autre côté, on a du mal encore à cerner les logiques sous-jacentes aux réformes procédurales : les objectifs de simplification procédurale, de célérité de la justice ou encore « d'efficacité » ont conduit à une déjudiciarisation des contentieux, sous couvert, notamment, du renforcement d'une justice dite apaisée. Or, le phénomène de déjudiciarisation a été dénoncé par plusieurs auteurs en ce qu'il obéit à des logiques gestionnaires et budgétaires avant de répondre à la préservation d'une justice de qualité qui nécessiterait, sans aucun doute, une augmentation des moyens mis à la disposition du personnel judiciaire. Pour autant, on ne peut que souligner la volonté d'introduire une justice plus douce dans les traitements des différends : au-delà des simples mots, c'est tout un aspect du comportement sociétal qui peut en bénéficier et contribuer à rétablir les bases d'un dialogue perdu, d'une communication avec son voisin, sa famille, son collègue, bref, avec autrui.

400. Pour conclure sur une analyse tendancielle, on peut dire que le procès civil chinois contemporain conserve, sans doute, quelques traces d'un héritage impérial voire maoïste, mais qui sont en voie d'essoufflement ; ce qui fait sa modernité, c'est son ouverture aux systèmes de droits étrangers. La rationalisation de la procédure civile chinoise ne s'est pas restreinte au seul cadre du procès puisqu'elle a permis, également, d'améliorer en profondeur la qualité des modes amiables de résolution des différends. À ce titre, si le procès civil français n'a rien à envier au procès chinois, le développement en hexagone des pratiques de justice amiable aurait tout à gagner à connaître les pratiques chinoises en la matière.

Conclusion générale

I.

401. L'hybridité de la règle de droit chinoise a été conçue comme un point de départ qui nécessitait d'être explicité. À présent, elle ne semble plus devoir être démontrée. D'un point de vue historique, cette forme de syncrétisme se retrouve déjà dans l'association, entre autres, de la pensée légiste et des valeurs confucéennes, donnant lieu à une conception réaliste de la justice. Plus précisément, nous avons vu que la saisine des anciennes juridictions était dotée d'une certaine gravité : le pouvoir juridictionnel n'est exercé qu'après épuisement des autres modes de résolution possibles des différends. Mais il ne faudrait pas réduire l'exercice de la justice à ce seul traitement curatif : le magistrat du *Yamen*, à la fois juge et fonctionnaire, avait pour rôle de garantir le maintien de l'ordre, en aval mais aussi en amont de la naissance d'un conflit. Si cela implique une conception de la justice différente de celle développée dans les pays influencés par la Grèce et la chrétienté, ce n'est en aucun cas synonyme d'absence de justice.

À l'époque moderne, cette forme de syncrétisme se retrouve avec l'introduction en droit chinois des pensées juridiques étrangères par le recours aux transferts de droit. Pour un comparatiste, les leçons à tirer de l'expérience de la Chine en la matière sont que le contexte d'implantation détermine la viabilité dudit transfert ; plus important encore, les philosophies sous-jacentes à l'importation de mécanismes, de techniques ou de simples concepts ne doivent pas être sous-estimées, en particulier dans le cas de la Chine. En effet, l'intérêt d'étudier le droit chinois réside dans ce que cet État s'oppose clairement aux philosophies et théories libérales européennes issues du XVIII^{ème} siècle et revendique – enfin met en place – son système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises (中国特色社会主义法治体系²⁸¹⁸). Le leitmotiv réside

²⁸¹⁸ Depuis le XIV^{ème} Comité central, les réformes juridiques sont axées sur la construction d'un « État de droit » (法治) socialiste aux caractéristiques chinoises et non plus seulement un « système juridique » (法制).

dans la recherche politique de l'harmonie : cela peut justifier, parfois, la création « d'objet juridique » *a priori* étrangement familiers pour un juriste français – comme un Code civil – mais qui lui demeurera familièrement étrange après analyse. Au sein d'un processus de mondialisation d'une ampleur encore jamais égalée, cette recherche de l'harmonie sociale (社会和谐) impose un système juridique qui se doit d'être facilement et rapidement *adaptable* dans son ensemble en s'inspirant, selon les besoins, d'idées étrangères ou internes au pays. Ces idées finiront dans tous les cas par être adaptées à la réalité de la société chinoise pour que cette même réalité, *in fine*, devienne harmonie.

C'est pourquoi un juriste français peut être déconcerté, *a priori*, par l'étude d'un droit où le paradoxe semble prédominer : pouvoir d'interprétation judiciaire bridé *mais* existence d'une sorte de référent législatif ; absence de jurisprudence *mais* développement des cas directeurs ; consécration du centralisme démocratique *mais* exercice du pouvoir législatif par l'exécutif ; consécration de la Constitution comme norme fondamentale *mais* inexistence de contrôle de constitutionnalité – sans mentionner son absence d'invocabilité dans les décisions de justice ; proclamation d'un État unitaire *mais* exercice d'un fédéralisme de fait... Le droit chinois réunit des mécanismes et des valeurs hétéroclites dont les logiques ne peuvent être dégagées qu'en considérant les exigences et réalités intérieures du pays tout en gardant à l'esprit que le droit chinois doit se comprendre dans un processus d'évolution constante et dynamique.

En outre, le rapport très étroit qu'entretient la structure étatique (principale source du droit chinois) avec la structure politique (qui va notamment orienter les valeurs du droit) accentue le caractère mixte, syncrétique, du droit chinois. Par exemple, ce rapport si particulier entre droit et politique commanderait à première vue un encadrement strict des sources de droit ; or, cela n'a pas empêché les rédacteurs du Code civil de consacrer la coutume au rang de fondement juridique applicable dans les décisions de justice. De la même manière, la consécration en principe fondamental de droit civil du principe écologique pourrait paraître assez inattendue dans un Code civil et se doit d'être soulignée. Ces deux exemples témoignent de la prise en compte des circonstances, ces fameuses « réalités chinoises » (qui en fait ne sont rien d'autres que les particularités locales) pour penser les réformes juridiques. Et, en Chine, la tendance est à un rythme accru des réformes : les planifications normatives imposent

des objectifs à court et à moyen termes dans presque tous les secteurs juridiques. Leur rapidité et, plus généralement la vitesse du développement du droit chinois, ne peuvent qu'étonner : il ne faut pas oublier qu'il y a à peine quarante ans, les fondements de ce système juridique faisaient l'objet d'un profond remaniement et amorçaient tout juste la mise en place d'un droit et d'un procès civils modernes.

Ce dynamisme reflète une attitude profondément pragmatique. Celle-ci se manifeste dans beaucoup d'aspects dont nous ne citerons que quelques exemples : la rhétorique officielle, la sélection opportune des transferts de droit, la finalité attribuée à la justice civile ou encore l'amélioration ciblée de certains secteurs juridiques. Cette dernière situation répond bien souvent à l'internationalisation nécessaire de la Chine (avec des enjeux économiques) ou à la nécessité d'assurer une stabilité sociale (nécessité politique) par l'évitement des troubles sociaux. Ces nécessités ont des impacts évidemment en droit et peuvent conduire à accorder des rôles différents à la justice.

402. En matière civile, la justice chinoise a une finalité précise : résoudre le conflit. À partir de là, le développement de méthodes de résolution des différends, à commencer par la structure du procès civil, est placé sous l'objectif d'efficacité. Une certaine logique gestionnaire sous-tend le traitement des contentieux, comme l'illustrent le pouvoir d'orientation des dossiers que détient la chambre d'enregistrement ou bien l'attribution aux juridictions de première instance de la phase de la mise en état dans les procédures d'appel. La place importante accordée au juge chinois dans la conduite du procès civil associée à la mise en place de délais procéduraux relativement courts doivent faciliter un traitement semble-t-il rapide des contentieux. Celui-ci n'est d'ailleurs conçu que comme une des méthodes possibles à la résolution des conflits et, apparemment, une méthode dotée d'une certaine gravité : l'exercice du pouvoir juridictionnel du juge intervient en dernier recours, lorsque les parties n'ont pu se concilier. Dès lors, une bonne gestion du procès civil chinois consiste à trouver le moyen le plus approprié pour résoudre le conflit privé. Et cela ne signifie donc pas, comme on le lit encore trop souvent, que les citoyens chinois sont réfractaires aux tribunaux : la preuve est en de l'augmentation du nombre de contentieux civils et de l'exercice des MARD dans les enceintes des tribunaux populaires.

En outre, si cet aspect relativement gestionnaire participe à la reconnaissance

d'une philosophie pragmatique propre au procès civil chinois, celle-ci se retrouve également dans le rapport qu'entretient le droit aux faits et qui traduit, plus largement, une des conceptions du juge chinois. À l'époque impériale, il semblerait que l'importance de la véracité des faits jouait un rôle majeur : non seulement, l'enjeu était de nature pénale, mais en plus, le juge du *Yamen* pouvait moduler l'application de la règle applicable selon les circonstances, voire juger en équité. Cela impliquait en revanche une intervention accrue de sa part dans l'instruction, comme en témoigne le recours aux stratagèmes par le magistrat, voire l'utilisation (assez précoce en Chine) de pratiques médico-légales dans le but de découvrir la vérité factuelle. Dans l'époque contemporaine et jusqu'à récemment, l'importance accordée à la vérité des faits impliquait que le juge chinois participe activement à la recherche des preuves (un héritage du droit traditionnel, renforcé par l'influence du droit allemand et par la période maoïste). Si le droit chinois des preuves s'est progressivement libéralisé avec une nouvelle répartition de la charge de la preuve, il reste encore relativement inquisitoire. L'implication accrue du juge dans le procès se retrouve également dans les conceptions des voies de recours : l'appel chinois s'entend plus comme une continuité de l'instance initiale et offre plus de possibilités au juge chinois qu'au juge français d'évoquer le litige (sans être forcément restreint par les délimitations des demandes des parties). Quant au recours en révision, les modalités de saisine accordent autant d'importance (si ce n'est plus) à la rectification d'une erreur factuelle dans la décision de justice contestée qu'à la correcte mise en œuvre du droit (procédure, interprétation de la loi). Sans compter que ce recours offre également au justiciable une voie d'action disciplinaire à l'égard des juges. Au passage, ce mécanisme, associé à l'existence officielle des comités de jugement et à la pratique, plus ou moins officieuse, des questions des juridictions inférieures adressées aux juridictions supérieures permet, par la même occasion, un contrôle du pouvoir judiciaire.

Quoi qu'il en soit, cette importance attachée à la vérité factuelle dans la construction d'une décision de justice civile incarne un aspect du pragmatisme judiciaire en la matière. À ce titre, il serait intéressant de connaître les méthodes de raisonnements juridictionnels utilisés par les magistrats chinois : quelle est la place accordée au syllogisme juridique dans la construction d'une décision de justice civile chinoise ? L'utilisation des cas directeurs ne commande-t-elle pas le recours à un jugement plutôt analogique ? C'est seulement avec ces réponses (que la présente

étude n'a pu exploiter) le pragmatisme du droit chinois pourrait être un critère de différenciation avec le droit français. En revanche, on peut affirmer que l'hybridité de la règle de droit est liée à une approche pragmatique de sa mise en œuvre. Cela suffit-il pour en faire un critère de qualification du droit chinois en général ?

II.

403. Nous ne pouvons en effet terminer cette étude sans mentionner le problème de la qualification des systèmes juridiques et, en particulier du système chinois. En France, depuis la tenue du Congrès de législation comparée en 1900, les qualifications des systèmes juridiques reposent principalement sur la distinction entre droit de tradition civiliste et *common law*. Bien que ces deux systèmes partagent de plus en plus de points communs (le droit de la *common law* connaîtrait une « dérive continentale²⁸¹⁹ »), certains considèrent que les sources de droit de chacun des deux pays ainsi que les modes d'interprétations des lois constituent des divergences incommensurables²⁸²⁰ justifiant cette distinction.

Le bien-fondé ou non de cette différenciation entre les familles de la *common law* et les familles de droit de tradition civiliste n'est pas discuté ; en revanche, les catégories retenues doivent être critiquées en raison de leur impossibilité à prendre en compte les droits religieux, coutumiers et les droits mixtes²⁸²¹. Quant au droit chinois, lorsqu'il n'est pas tout simplement exclu de « nos familles », il devient un droit considéré comme transitoire, « en gestation²⁸²² » ou de tradition confucianiste²⁸²³. La difficulté de classer exactement le régime chinois à partir de ses sources de droit dans l'une ou l'autre des deux grandes familles a été soulignée²⁸²⁴, d'autant plus que si le droit chinois est généralement rattaché à la famille de droit continental (en raison de sa tradition de droit écrite), certains auteurs considèrent que l'activité de la Cour

²⁸¹⁹ « *continental drift* ». *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Actes du VI^e congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille 2001, p. 13.

²⁸²⁰ Ewoud Hondius, « les grandes familles de droit : temps pour un enterrement ? », *In Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op.cit.*, p. 617.

²⁸²¹ *Idem*, p. 621.

²⁸²² Jean-François Gerken, *Droit privé comparé*, LGDJ, 2007, p. 232 (qualification utilisée dans la conclusion).

²⁸²³ H. Patrick Glenn, *op.cit.*, pp. 317-360 : « La tradition juridique confucéenne : un renouveau (avec Marx ?), not. p. 347 : la Chine ne serait plus communiste mais confucianiste.

²⁸²⁴ Wang Jiangyu, « China, legal reform in a merging socialist market economy », *In E. Ann Black, Gary F. Bell, Law and legal institutions of Asia, traditions, adaptations and innovations*, *op.cit.*, p. 33.

Suprême tendrait à le faire basculer dans la famille de la *common law*²⁸²⁵... Bref, le modèle chinois serait un « *pot-pourri de systèmes formellement différents*²⁸²⁶ », un droit donc étrange plus qu'étranger comme le démontreraient le caractère hybride de sa règle de droit et sa logique pragmatique. Nonobstant un certain malaise, la conclusion pourrait s'arrêter là.

404. Mais l'impossibilité de classer le droit chinois dans une famille de droit n'est-elle pas, en effet, *malaisée* ?

Un des ouvrages les plus célèbres en matière de droit comparé, les *Grands systèmes de droit contemporain* de René David, s'ouvre par une taxinomie des familles de droit, qui s'entend de « façon pragmatique », « des caractéristiques essentielles qui permettent de reconnaître, dans le monde occidental contemporain, deux groupes de droits principaux : la famille romano-germanique et la famille de la *common law*²⁸²⁷ ». Selon cette définition, cet outil épistémologique²⁸²⁸ de classification permettrait une connaissance approfondie des systèmes de droits *occidentaux*. Pourtant, au sujet de la justification de cette taxinomie précédent cet extrait, on peut lire : « le groupement des droits en familles est propre à faciliter, en les réduisant à un nombre restreint de types, la présentation et la compréhension des différents droits du monde contemporain ». Le changement d'échelle est loin d'être anodin et traduit, il nous semble, une grille de lecture biaisée par son européocentrisme pour ne pas dire, sans faire écho à nos propos introductifs, par sa vision *orientaliste*. L'ouvrage s'en défend, en réfutant toute réalité « biologique » à une telle classification (heureusement) qui de toute façon est loin de « rendre compte de toute la réalité du monde juridique contemporain²⁸²⁹ ». Pourquoi, alors, continuer à user de la seule distinction entre ces deux familles comme critère universel ?

À la fin de la guerre froide, la disparition de la troisième famille de droit, à savoir le droit socialiste pour catégoriser le droit russe, est encore plus révélatrice de

²⁸²⁵ V. par ex., Jocelyn E. H Limmer, « China's New « Common Law » : Using China's Guiding Cases to Understand How to Do Business in The People's Republic of China », 21 *Willamette J. Int'l L. & Dispute Resolution*, 2013, pp. 96-133.

²⁸²⁶ Nicholas C. Howson, « Can the West Learn from the Rest ? The Chinese Legal Order's Hybrid Modernity », préc., p. 818 : « *Even the PRC State Council agrees with the view that the contemporary PRC legal system is a potpourri of formerly distinct systems* ».

²⁸²⁷ René David *et al.*, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op.cit.*, p. 16.

²⁸²⁸ Marie-Claire Pontheauro, préc., p. 24.

²⁸²⁹ René David *et al.*, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op.cit.*, p. 17.

la connotation politique (sans doute inconsciente) d'une telle classification²⁸³⁰. La victoire du camp occidental sur le camp soviétique marque-t-elle également la victoire du droit occidental sur les autres droits ? En lieu et place de *famille*, de *tradition* ou de *culture*, ne serait-il pas dès lors plus exact de parler de *modèle* qui est un terme plus neutre, plus objectif et qui laisse entrevoir plus facilement des possibilités d'interaction entre différents droits ?

Le droit chinois est regroupé avec les droits d'Extrême-Orient en ce qu'ils partageraient une « manière de voir » basée sur l'absence de revendication des droits et sur le recours privilégié à la conciliation au détriment du recours à la justice institutionnelle²⁸³¹. Cette conception est encore largement critiquable : pourquoi opposer la conciliation à la justice ? Pourquoi ne pas dire que la Chine (et certains autres pays d'Extrême-Orient sans doute) a simplement une autre conception de la justice de laquelle dépend son système de droit ? L'Occident aurait-il, en plus d'avoir le monopole du droit, le monopole de la justice ?

« Un des lieux classiques de l'orientalisme, comme moyen occidental de concevoir "l'autre" (le monde extrême-oriental), à partir de la thèse d'une identité occidentale commune (présumée), a consisté à peindre la Chine comme le pays du droit qui n'existe pas ou d'un droit qui existe mais qu'on ne voit pas : caché ou quasi impénétrable, pour reprendre un des clichés les plus célèbres, derrière le visage du bourreau, symbole d'une justice féroce et corrompue, encline à semer la peur dans la conscience d'une population pour décourager toute envie d'avoir recours aux autorités²⁸³² »

Ainsi, user de la nature hybride de la règle de droit chinoise et de sa logique pragmatique de mise en œuvre comme critères de qualification de son système juridique est une idée qui, bien qu'intéressante, n'en reste pas moins incomplète. Lorsque l'on fait référence à un droit de la *common law* ou à un droit continental, le juriste français sait, *grosso modo*, quelles sont les principales caractéristiques de ces modèles (usage plus ou moins important de la loi comme source de droit, recours ou non aux précédents ou à la jurisprudence, etc.). Or, si l'on propose un nouveau modèle de droit fondé sur le seul caractère éclectique du droit chinois, aucune

²⁸³⁰ Jaakko Husa, « Classification of Legal Families today is it time for a memorial hymn ? », *RIDC*, n°1, 2004, pp. 15-16 : l'auteur n'use pas du terme politique mais considère la disparition du droit socialiste comme la preuve des critères de classification relativistes, incapables de rendre compte de la complexité du réel.

²⁸³¹ *Idem*, p. 23.

²⁸³² Luigi Moccia, préc., p. 784.

conséquence objective ne peut être déduite de cette seule qualification : le modèle « hybride » implique-t-il, par exemple, un juge législateur ? Cela signifie-t-il que le recours aux codes est concomitant à l'usage de précédents ? Ou cela fait-il tout simplement faire référence au contenu substantiel du droit ? *Quid* de la procédure ? Aussi, en raison de l'inutilité d'une qualification d'un système juridique fondée exclusivement sur le caractère hybride de la norme, celle-ci doit, selon nous, être rejetée.

Cela signifie-t-il que le droit chinois est condamné à demeurer sans étiquette ? Que le juriste occidental est incapable de s'éloigner des deux familles traditionnelles pour créer ou en tout cas envisager une nouvelle famille de droit ? Face à la difficulté d'une telle entreprise et en l'absence de consensus entre chercheurs²⁸³³, la question s'est posée de savoir s'il n'était pas préférable, tout simplement, d'abandonner les classifications en macro-comparaison²⁸³⁴. Avant d'en arriver à ce qui marquerait sans doute la fin du droit comparé – en termes de comparaison des *systèmes* – mais, de manière optimiste, la fin également des *frontières*, nous pensons, au contraire, que le XXI^e siècle est annonciateur d'une approche renouvelée du droit comparé, fondée non plus sur une grille de lecture occidentale mais bel et bien mondiale.

²⁸³³ Par ex., l'ouvrage de H. Patrick Glenn, qui propose de classifier les droits selon les traditions (tradition chtonique, talmudique, civiliste, islamique, de *common law*, hindouiste et asiatique) a reçu un accueil très mitigé (V. Camilla Andersen, William Twining, Andrew Halpin *et al.*, « A Fresh Start for Comparative Legal Studies ? A Collective Review of Patrick Glenn's *Legal Traditions of the World*, 2nd Edition », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2006) ; au contraire, Jaako Husa décrit cette tentative comme « l'une des qualifications les plus récentes et intéressantes » (préc., p. 18).

²⁸³⁴ Jaako Husa, préc., p. 13. Pour l'auteur, le problème de l'inadéquation entre les classifications de droit et les réalités juridiques est dû à deux facteurs : le premier réside dans l'orientation occidentalisation de ces classifications (« *Western-View Orientation of classification* » (p. 17)) et le second réside dans la nature statique des classifications.

Bibliographie

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX – TRAITÉS – MANUELS

- 1) *Droit français et comparé*
- 2) *Droit chinois*
- 3) *Autres*

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, RECUEILS, MÉLANGES, RAPPORTS, ACTES DE COLLOQUE, THÈSES :

- 1) *Droit français et comparé*
- 2) *Droit chinois*
- 3) *Sinologie*
- 4) *Autres*

III. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES

IV. ARTICLES (REVUES JURIDIQUES)

- 1) *Droit français et comparé*
- 2) *Droit chinois*
- 3) *Sinologie*

V. COMMUNIQUÉS ET PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES

VI. ARTICLES DE PRESSE

VII. PRINCIPAUX TEXTES NORMATIFS

- 1) *France*
 - 1.1) *DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES, LOIS ORGANIQUES, LOIS ORDINAIRES, ORDONNANCES, DÉCRETS, CIRCULAIRES, PROJETS DE LOI*
 - 1.2) *JURISPRUDENCES PRINCIPALES, COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE ET AVIS*
- 2) *Chine*
 - 2.1) *CONSTITUTION ET TEXTES À VALEUR LÉGISLATIVE*
 - 2.2) *INTERPRÉTATIONS LÉGISLATIVES ET JUDICIAIRES*
 - 2.3) *NOTICES ADMINISTRATIVES*
 - 2.4) *ACCORDS*
 - 2.5) *DÉCISIONS DE JUSTICE*

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX – TRAITÉS – MANUELS

1) Droit français et comparé

ARDANT P., MATHIEU B., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 29^{ème} éd., 2017, 610 p.

BERGEL J-L., *Théorie Générale du Droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, 399p.

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 10^e éd., 2017, 973p.

CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S., *Théorie Générale du procès*, Puf, 2^e éd., 2013, 997p.

CARBASSE J. M., *Histoire du droit*, Puf, 3^e éd., 2015

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Puf 2^e éd., 2008, 415p.

CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001, 493p.

CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, Dalloz Hypercours, 5^e éd., 2017, 866p.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ-Lextenso, 5^e éd., 2017, 326p.

COMMAILLE J., *À quoi nous sert le droit ?* Gallimard, 2015, 522 p.

CROZE H. *Le procès civil*, Dalloz, 2^e éd, 2004, 137p.

DAVID R., HAZARD J. N., *Le droit Soviétique*, Tome I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1954, 367p.

DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., GORÉ M., *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016, 539p.

DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997, 302p.

DE ROMILLY J., *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*, [1971] Les Belles Lettres, éd. 2001, 265p.

DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Dalloz, [1953], éd. 2003, 463p.

FAVOREU L. *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 20^{ème} éd. 2018, 1117p.

FAVOREU L., *La Constitution et son juge*, Économica, 2014, 1250p.

FÖGEN M. T., *Histoires du droit romain. De l'origine et de l'évolution d'un système social*, traduit de l'allemand par Denis Trierweiler, Éditions de la Maison des sciences et de l'homme, 2007, 231p.

GERKENS J-F, *Droit privé comparé*, LGDJ, 2007, 251p.

GLENN H. P., *Legal Traditions of the World : sustainable diversity in law*, Oxford university Press, 5^e éd. 2014, 423p.

GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, Que sais-je ? Puf, 2015, 128 p.

GUINCHARD S. CHAINAIS C., FERRAND F., *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2015, 1447p.

GUINCHARD S. CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014, 1572p.

GUINCHARD S. CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 33^{ème} éd., 2016, 1770p.

HUFTEAU Y-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, Travaux de recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série « droit privé », n°2, 1965, 158p.

JACOB R., *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Puf, 2014, 515p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., PACTET P., *Droit constitutionnel*, Sirey, 35^{ème} éd., 2016, 673p.

MILLARD É., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, 136p.

MORÉTEAU O., *Le juriste français, entre ethnocentrisme et mondialisation*, Dalloz, 2014, 337p.

MOTULSKY H., *Écrits. Études et notes de procédure civile*, [1973], Dalloz, éd. 2010, 392p.

MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, [1948], Dalloz, éd. 2002, 183p.

NIORT J-F., *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, Puf d'Aix-Marseille, t. 1, 2004, 931p.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Faculté de Saint-Louis, 2^e éd., 2010, 597p.

PAŠUKANIS E. B., *La théorie générale du droit et le marxisme*, [1924], EDI Paris, éd. 1976, 173p.

ROMEYER-DHERBEY G., *Les sophistes*, Puf Que sais-je ?, 2017, 128p.

ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, Traduction É. Millard, E. Matzner, LGDJ, 2004, 231p.

ROUBIER P. *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz [1951], 2^{ème} éd., 2005, 337p.

SUPIOT A., *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du seuil, 2005, 333p.

SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, 520p.

THUDEROZ C., *Négociation : Essai de sociologie du lien social*, Puf, 2000, 290p.

TIMSIT G., *Archipel de la norme*, Puf, 1997, 252p.

TIMSIT G., *Les noms de la loi*, Puf, 1991, 199p.

UNGER R., *Law in modern society. Toward of Criticism of social Theory*, The Free Press New York, 1977, 309p.

VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*. Puf, 2^e éd., 2003, 624p.

VILLEY M., *Le droit romain*, Puf, [1945], éd. 2012, 141p.

2) Droit chinois

The great Qing code, traduit par JONES W. C, Oxford University Press, 1994, 441p.

Loi de procédure civile de la République Populaire de Chine, lecture systémique et analyse de cas, (中华人民共和国民事诉讼法 — 配套解读与案例注释), *China Legal Publishing House*, n°19, 2013, 559p.

BALAZS E., *Études sur la société et l'économie de la Chine médiévale. II, le traité juridique du "Souei-chou"*, Leiden, BE.J. brill, 1954, 227p.

BALME S., *Chine : Les visages de la justice ordinaire*, SciencePo Les Presses, 2016, 334p.

BEYDON O., *Introduction à la pensée juridique chinoise*, Larcier, 2015, 614p.

BODDE D., MORRIS C., *Law in Imperial China : exemplified by 190 Ch'ing Dynasty cases : translated from the Hsing-an hui-lan : with historical, social, and juridical commentaries*, Harvard University Press, 1967, 615p.

CABESTAN J-P., *Le système politique chinois*, SciencePo Les Presses, 2014, 708p.

CHEN J., *Chinese Law : Context and Transformation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 770p.

CONSTANT F., LOPEZ C., *Le droit chinois*, Dalloz, 2013, 165p.

ESCARRA J., *Le droit chinois*, Henri Vetch, 1936, 516p.

GUO Chengwei (郭成伟) et al. (dir.), *Histoire du système juridique chinois (中国法制史)*, Beijing : China legal publishing house, 2005, 281p.

HU Zhengchang (胡正昌), *Le texte constitutionnel et sa réalisation : recherches sur des questions de mise en œuvre de la Constitution*, (宪法文本与实现：宪法实施问题研究), Université des sciences politiques et juridiques chinoises, 2009, 1^{ère} éd., 326p.

HUANG P. C.C., *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996, 271p.

LI Zhende (李贞德), *La mort de la princesse : tout ce que vous ne savez pas de l'histoire du droit chinois* (公主之死 : 你所不知道的中國法律史), Beijing : Sheng huo, dushu, xin zhisan lian shudian, 2008, 144p.

LIANG L. *Delivering justice in Qing China – Civil trial in the Magistrate's Courts*, Oxford University Press, 2007, 279p.

REED B. W., *Talons and Teeth : County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford University Press, 2000, 318p.

SHEN Zongling, (沈宗灵), *Science du droit* (法理学), Presses universitaires de Beijing, 2014, 400p.

TSIEN T.-H., *Le droit chinois, Que sais-je ?* 1988, 128p.

WEI Qingyi (魏清沂), *Science du droit*, (法理学), Presse universitaire de Lanzhou, 2006, 386p.

XIN Chunying, *Chinese Courts : History and Transition*, Law Press China, 2004, 315p.

ZHANG Jinfan (张晋藩), *Le droit civil de la dynastie Qing* (清代民法综论), Presses universitaires juridique et politique chinoise (中国政法大学出版), Pékin, 1998, 317p.

ZHANG J., *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, Spring science & Business Media, 2014, 710p.

ZHU Suli (朱苏力), *État de droit et ressources locales* (法治及其本土资源), Presse Universitaire de Beijing, 3^e éd., 2015, 356p.

ZHU Yikun (朱羿锜), *Concise Chinese Law*, (中国法概论), Law Press China, sept. 2007, 340p.

ZOU K., *China's Legal Reform : Towards the Rule of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 266p.

3) *Autres*

PLATON, *La République*, Présenté et traduit par LEROUX G., GF Flammarion, 2^e éd, 2004, 801p.

SAID E. W., *L'orientalisme : l'Orient créé par l'Occident*, [1978], Seuil, éd. 2001, 423p.

VOLTAIRE, Voltaire, *Œuvres complètes, 109 titres et annexes (annotés)*, Arvensa, 2014, p. 6076.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, RECUEILS, MÉLANGES, RAPPORTS, ACTES DE COLLOQUE, THÈSES :

1) *Droit français et comparé*

AMRANI-MEKKI S., CADIET L., CHARPENAL Y., *et al.*, *La médiation*, Société législation comparée, [Rencontres, 20-21 novembre 2008, à Paris ; organisées par la Société de législation comparée ; en partenariat avec la China law society], Dalloz, 2009, 107p.

BALACHOWSKY-PETIT S. O., *La loi et l'ordonnance dans les États qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, Paris Arthur Rousseau, 1901, rééd. Elibron Classics, éd. 2007, 234p.

BANAT-BERGER F., « La réforme de 1958. La suppression des justices de paix », *In* PETIT J-G. (dir.), *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, Puf, 2003, 336p.

BESNIER C., *La vérité côté cour. Une ethnologue aux assises*, La Découverte, 2017, 251p.

BLÉRY C., RASCHEL L., (dir.), *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, 2016, 121p.

BLOHORN-BRENNEUR B, CALIN D., (dir.) *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe. GEMME, 10 ans déjà... !*, Colloque européen des 5 et 6 juillet 2014, L'Harmattan, 2015, 360p.

BOURRY D'ANTIN M., PLUYETTE G., BENSIMON S. *Art et technique de la médiation*, Litec, 2004, 549p.

CABRILLAC R. (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?* Economica, 2011, 141p.

CAPITANT R., « Régimes parlementaires », *In Mélanges R. Carré de Malberg*, Facsim. de l'éd. de : Paris [1933], 1997, pp. 33-57.

CASU Gatien, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Thèse Lyon, 2013, 517p.

COURTOIS J., « L'opposition par le droit comparé. Retour sur le mythe de l'absence de droit en Chine », contribution au colloque *L'opposition doctrinale*, 8 décembre 2017, Université de Strasbourg [publication des actes à paraître].

DE LEVAL G. (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Commission Université-Palais, vol. 126, Liège Anthémis, 2011, 285p.

DINTILHAC J-P., « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », *In Rapport annuel de la Cour de cassation*, *L'égalité*, 2003, deuxième partie, disponible à l'adresse :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html [dernière consultation le 1er octobre 2015].

ESMEIN A., « L'originalité du Code civil », *In Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, 1128p.

FAURE B., (dir.) *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2012, 214p.

FAVOREU L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », [1990], *In La Constitution et son juge*, Economica, 2014, 1250p.

FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Puf, Les grandes thèses du droit français, 1993, 372p.

FERRAND F. [dir.], *La procédure civile mondiale modélisée*, Actes du colloque de Lyon le 12 juin 2003, Éditions juridiques et techniques, 2004, 351p.

FISCHER-LOKOU J., CARRIEU P., (dir.), *La médiation efficace, Évolution juridiques contemporaines et techniques d'influence*, inédits, L'harmattan, 2013, 248p.

FRICERO N. *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd. 2016-2017, 698p.

GRIMALDI C., « Preuve et droits fondamentaux », Rapport rédigé par dans le cadre des journées internationales du 3 au 7 juin 2013 aux Universités d'Amsterdam et de Liège portant sur la preuve, (44p.) disponible à l'adresse : [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(C.%20Grimaldi\)_0.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(C.%20Grimaldi)_0.pdf) [dernière consultation le 15 septembre 2015]

JOLY-HURARD J., *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) le 19 septembre 2002, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 476p.

JOUAJAN O (dir.), *Dossier : Théories réalistes du droit*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 236p.

LANCELOT A., « La légitimité du juge constitutionnel », Acte du colloque de Toulouse, 29 et 30 octobre 2003, *Presse Universitaire des Sciences Sociales de Toulouse I*, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Faculté de Saint-Louis, 2002, 596p.

PAGNOULLE C. (dir.), *Traduire les droits*, L3, 2012, 179p.

PARIENTE A. (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, 153p.

PARISOLI L., « La justice au Moyen Âge », In SAMANA G. (dir.), *La justice*, Ellipses, 2001, 254p.

SERVERIN É., *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985, 458p.

SUPIOT A., « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », In HÉLIN J.-C., SUPLOT A. et TANGUY Y., *La norme, la ville, la mer*, Édition de la maison des sciences de l'homme Paris, 2000, pp. 21-55.

TOURNEPICHE A.-M., MARGUÉNAUX J.-P. (dir.), *La médiation : aspects transversaux. Journées d'études placées sous le Haut patronage du médiateur de la République*, 8 et 9 avril 2009, Litec, 2010, 188p.

VILLEY M., « Torah-Dikaion I (patristique et haut moyen âge) » [1972], *In Critique de la pensée moderne. Douze autres essais* [1976], Dalloz, 2009, pp. 19-34.

Annuaire de l'Institut de droit international renfermant les actes les plus importants concernant la diplomatie et le droit des gens, t. III & IV, 1879-1880 (réimpression 1994).

La méthodologie de l'étude des sources du droit, Actes du VI^e congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille 2001, 417p.

Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, 1061p.

Rapport Guinchard « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », juillet 2008.

Rapport Magendie, « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », sept. 2008.

Rapport Magendie Thony, « Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice », avril 2010.

Rapport Delmas-Goyon « "Le juge du 21^{ème} siècle" Un citoyen acteur, une équipe de justice », déc. 2013.

Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends remis par l'Inspection Générale des Services Judiciaires (IGSJ), avril 2015, n°22-15.

Rapport de l'Assemblée Nationale du 12 novembre 1998, disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1191.asp> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

Rapport n°370 de la Commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, enregistré à la présidence du Sénat le 25 mars 2015, p. 506, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/114-370-1/114-370-11.pdf> [dernière consultation le 10 avril 2018].

Statistiques de l'activité parlementaire sous la XIV^{ème} législature, session 2016-2017 (1^{er} oct. 2016-20 juin 2017), disponible sur le site de l'assemblée nationale à l'adresse suivante : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire-sous-la-xive-legislature> [dernière consultation le 1er juin 2018].

2) Droit chinois

AN Jian, (安佳), Pr. Directeur DING Hui (丁慧), *Analyse juridique du système chinois d'interprétation juridique* (我国法律解释体制法理探析), Mémoire de fin de 2^e cycle, Université Normale du Liaoning, 2007, 37p.

CHEN J., LI Y., OTTO J. L (dir.), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, 370p.

CHEN Xinyu (陈新宇), CHEN Yu (陈煜) *et al.*, *The Legal history in Modern China* (中国近代法律史进义), Beijing : Jiuzhoupress, 2016, 294 p.

CHOW D. C. K., *The Legal System of the People's Republic of China in a nut shell*, West Nutshell Series, 2^{ème} éd., 2009, 497p.

CLARKE D. C., « Puzzling Observations in Chinese Law : When is a Riddle Just a Mistake ? », In HSU C. S., *Understanding China's Legal System, Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, 2003, pp. 93-121.

DELMAS-MARY M., WILL P-E., (dir), *La Chine et la Démocratie*, Fayard, 2007, 893 p.

DENG J., « Classifications of Litigation and Implications for Qing Judicial Practice », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *Chinese law : knowledge, practice and transformation, 1530s to 1950s*, Brill : Leiden Boston, 2015 (396p.), pp. 15-46.

FRENKIEL É., *Parler politique en Chine, les intellectuels chinois pour ou contre la démocratie*, Puf, 2014, 316p.

HU J., « La Constitution et son application par les tribunaux en Chine », In MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., HAN D., *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Chine*, Dalloz : thèmes et commentaires, 2014, pp. 51-68.

HUANG P. C. C., « Centralized Minimalism : Semiformal Governance by Quasi-Officials and Dispute Resolution in China », In HUANG P. C.C., BERNHARDT K., *Research from archival case records : law, society and culture in China*, Leiden : Brill, 2014, pp. 463-489.

HUANG P. C. C., « The History-of-Practice Approach to Studying Chinese Law », In HUANG P. C.C., BERNHARDT K., *Research from archival case records : law, society and culture in China*, Leiden : Brill, 2014, pp. 25-46.

JULLIEN F., *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquele, 7^e éd. 2011, 240p.

LAUWAERT F., « Sans rire et sans pitié. Traduire la jurisprudence en Chine », In PAGNOULLE C. (éd.), *Traduire les droits*, L3, 2012, pp. 7- 27.

LEE J-D., « Crime and punishment : the case of Liu Hui in the Wei Shu », In SWARTZ W., CAMPANY R. F, YANG L., *et al.*, *Early medieval China : a sourcebook*, New York : Columbia University Press, 2014, pp. 156-165.

LI H., « Between the State and the Village : Land taxation and « Substantive Governance » in traditional China », In HUANG P. C.C., BERNHARDT K., *Research from archival case records : law, society and culture in China*, Leiden : Brill, 2014, pp. 257-285.

LI Yougen (李友根), « Analyse du domaine de la force obligatoire des cas directeurs » (« 论指导性案例的约束力范围 »), In *Fonctionnement, méthode et théorie des recherches sur les cas directeurs judiciaires* (司法案例研究的理论, 方法及运用) de l'université du Jiangsu, 2010, pp. 65-69.

LI-KOTOVTCHIKHINE X.-Y. (dir.), *Les sources de droit et la réforme juridique en Chine*, [Actes du colloque international des 7 et 8 oct. 2002, Palais du Luxembourg], Paris, Litec, 2003, vol. 21, 273 -257 p.

LIAO Zhonghong (廖中洪) (dir.), *Recherches comparées sur les systèmes de procédures civiles* (民事诉讼体制比较研究), Édition des Procureurs Populaires de Chine (中国检查出版社), 2008, 513p.

LIANG Yicui (梁宜翠), Pr. directeur M. ZHANG Dongming (张东明), *Analyse de l'action en science du droit*, (诉权的法理学分析), Mémoire de fin de 2^e cycle, Université de Huabei, 2012, 45p.

LIN L., « Le contrôle de constitutionnalité en Chine : des “côtes de poulet” à la chinoise », In MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., HAN D., *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Chine*, Dalloz : thèmes et commentaires, 2014, pp. 19-37.

PIQUET H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, 2005, 332p.

PIQUET H., *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, thèse Montréal, 2003, (thèse format numérique), 528p.

SHANG YANG, *Le livre du Prince Shang*, présentation et traduction de Jean Lévi, Flammarion, 2005, 215p.

SHI J., *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, 2006, 451p.

SIMON K. W., *Civil Society in China : the Legal Framework from Ancient Times to the "New Reform Era"*, Oxford, 2013, 560p.

SUN Guoming (孙国鸣) et HUANG Haitao (黄海涛), « Recherches comparées sur les domaines exclus de la médiation » (« 排除调解事项之比较研究 »), *In Le recours à la médiation dans le système judiciaire contemporain. Collection des travaux du premier forum judiciaire bilatéral avec Hong Kong et Macao*, (现代司法制度下调解之应用 : 首届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛论文集), forum du 1^{er} septembre 2011, Renmin shubanshe, 2012, pp. 285-302, disponible à l'adresse : <http://s.wanfangdata.com.cn/Paper.aspx?q=会议名称%3a%22 首届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛%22&p=1> [dernière consultation le 1^{er} mai 2016].

VAN GULIK R., *Affaires résolues à l'ombre du poirier (Tang Yin Bi Shi). Un manuel chinois de jurisprudence et d'investigation policière du XIIIe siècle*, Shi Po, Texte anglais établi par Robert Van Gulik, traduit et annoté par Lisa Bresner et Jacques Limoni, Albin Michel, 2002, 248p.

VANDERMEERSCH L., *La formation du légisme : recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, École française d'Extrême-Orient, 1987, 299p.

WATT J. R., *The District Magistrates in late Imperial China*, Columbia University Press, 1972, 340p.

WANG J., « China, legal reform in a emerging socialist market economy », *In BLACK A., BELL G. F., Law and legal institution of Asia : traditions, adaptations and innovations*, Cambridge University Press, 2011, pp. 24-61 (416 p.).

WEI W., *Le contrôle de constitutionnalité en Chine au regard de l'expérience française*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 392p.

WU Zeyong, Pr. directeur ZHAO Yunyun, présenté le 5 juin 2014 à l'Université du Henan, « Étude sur le domaine de la reconnaissance judiciaire des accords de médiation » (调解协议司法确认的审查范围研究) (33p.), disponible en libre accès à l'adresse : <http://www.docin.com/p-990805796.html> [dernière consultation le 16 sept. 2016]

XIE Peng (谢鹏), « Formation et développement du système de procédure civile dans la société féodale chinoise », (中国封建社会民事诉讼体制的形成与发展), In Liao Zhonghong (廖中洪) (dir.), *Recherches comparées sur les systèmes de procédures civiles* (民事诉讼体制比较研究), Édition des Procureurs Populaires de Chine (中国检查出版社), 2008, pp. 372-427.

XU Xin (徐昕) (dir.), *Mediation in Comparative Perspective*, (调解：中国与世界), Presse Universitaire des Sciences politique et juridique de Chine, Pékin, 2013, 445p.

YIN Jing (尹静), Pr. Directeur TIAN Tucheng (田土城), *Recherche sur les conflits de prétentions*, (请求权冲突研究), Mémoire de fin de 2^e cycle, Université de Zhengzhou, 2004, 48p.

YU T., *L'hypothèque dans le droit coutumier chinois*, Lyon BOSC Frères M. & L. Riou, 1940, 114p.

ZHANG B., « Reflecting on development of Evidence Law in China », contribution issue du projet « Major project of National Social Science Fund – research on procedural evidence rules » (approbation n° 11&ZD175), disponible à l'adresse : <http://www.bu.edu/ilj/files/2015/03/Baosheng-Zhang-Reflecting-on-Development-of-Evidence-Law-in-China.pdf> [dernière consultation le 03 mars 2018],

ZHANG L., *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne : 2007, éd. 2009, 738p.

ZHANG Z., *Civil laws and civil justice in early China*, thèse Université de Californie, Berkely, automne 2010, 161p.

Interprétations judiciaires et cas directeurs de la Cour Populaire Suprême et du Procureur Populaire Suprême de la RPC (中华人民共和国最高人民法院，最高人民检察院司法解释与指导案例), éd. civile (民事卷), China Legal Publishing House, 3^e éd., 2014, 1468p.

3) *Sinologie*

BILLETIER J.F., *Contre François Jullien*, Alia, 2006, 122p.

CHENG A., *Histoire de la pensée chinoise*, Edition du Seuil, 1997, 696p.

GERNET J., *L'intelligence de la Chine : le social et le mental*, Gallimard, 1994, 395p.

GRANET M., *La pensée chinoise*, [1934] Albin Michel, éd. 2012, 568p.

Han-Fei-tse ou le Tao du Prince. La stratégie de la domination absolue, Présenté et traduit du chinois par Jean Lévi, Éditions du Seuil, 1999, 616p.

KAMENAROVIC Y. P., *Le conflit, perception chinoise et occidentale*, Cerf, 2001, 147p.

Les Entretiens de Confucius, traduction de Pierre Ryckmans, Gallimard, 1987, 139p.

Li Ki (Liji), Mémoires sur les bienséances et les cérémonies, traduit par Séraphin Couvreur (1835-1919), Tome I, *Les Humanités d'Extrême-Orient, Cathasia, série culturelle des Hautes Études de Tien-Tsin, Les belles Lettres*, Paris, 1950, consulté en version numérique produite par Pierre Palpant.

Li Ki (Liji), Mémoires sur les bienséances et les cérémonies, traduit par Séraphin Couvreur (1835-1919), Tome II, *Les Humanités d'Extrême-Orient, Cathasia, série culturelle des Hautes Études de Tien-Tsin, Les belles Lettres*, Paris, 1950, consulté en version numérique produite par Pierre Palpant, disponible à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/chine_ancienne/B_livres_canoniques_Grands_Kings/B_05_Li_Ki_tome2/Li_ki_tome2.html [dernière consultation le 1er juin 2018].

MASPERO H., *Étude historiques, III, Mélanges posthumes sur les religions et l'histoire de la Chine*, Publication du musée Guimet, 1950, 270p.

MOTTET É., COURMONT B., LASSERRE F. (dir.), *La Chine et le monde : quelles nouvelles relations, quels nouveaux paradigmes ?*, Presses de l'Université du Québec, 2015, 330p.

NEEDMAN J., *Science et civilisation en Chine. Une introduction*, Édition abrégée établie par Colin A. Ronan, traduit de l'anglais par Frédéric Obringer, éd. Philippe Picquier, 1995, 356p.

SHANG Y., *Le livre du Prince Shang*, présentation et traduction de Jean Lévi, Flammarion, 2005, 215p.

SHRIK S. L., *The Political Logic of Economic Reform in China*, University of California Press, 1993.

VANDERMEERSCH L., *Les deux raisons de la pensée chinoise. Divination et idéographie*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 2013, 201p.

WEBER M., *Confucianisme et Taoïsme*, Traduction C. Colliot-Thélène, J-P Grossein, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 2000, 377p.

ZHANG W., *Ideology and Economic Reform Under Deng Xiaoping, 1978-1933*, Routledge, 1996, éd. 2010.

4) *Autres*

BUCHSER-MARTIN C., MANTEAUX B., « Le guide de la conciliation devant le tribunal d'instance. Guide l'usage des conciliations », 3^e éd mars 2017, p. 8, disponible à l'adresse suivante : <http://www.tribunal-barleeduc.fr/wp-content/uploads/2014/11/le-guide-de-la-conciliation-2017-%C3%A0-usage-des-conciliateurs.pdf> [dernière consultation le 11 juin 2018].

Lawrence et Michael F. Martin, « Understanding China's political system », rapport du *Congressional Research Service*, 20 mars 2013, disponible sur le site www.crs.gov [dernière consultation le 14 novembre 2017].

« Rapport du Comité de lois du Parlement (chinois) concernant les résultats de la délibération portant sur les propositions initiées au cours de la deuxième réunion de la 12^{ème} APN » (全国人民代表大会法律委员会关于第十二届全国人民代表大会第二次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告) (plan quinquennal 2013-2018) du 28 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-02/27/content_1932703.htm [dernière consultation le 04 octobre 2017]

Rapport de travail du Comité Permanent de l'APN de 2014 disponible en anglais à l'adresse http://Zhang.npc.gov.cn/englishnpc/Speeches/2014-03/18/content_1856663.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

Rapport de l'ONG *Human Right Watch*, « Special Measures – détention and Torture in the Chinese Communist Party's Shanggui System » 2016, disponible à l'adresse : <https://www.hrw.org/report/2016/12/06/special-measures/detention-and-torture-chinese-communist-partys-shuanggui-system> [dernière consultation le 15 novembre 2017].

III. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES

AUBENQUE P., « Physis », Universalis éducation [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, consulté le 7 mars 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/physis/>

BORÉ J., BORÉ L., « Cour de cassation » *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015.

CAYROL N., « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, sept. 2017.

COMETTI J-P., « Œuvres philosophiques, Charles Sanders Peirce - Fiche de lecture », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 mars 2018. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/oeuvres-philosophiques/>

DEHARO G., « Contrat judiciaire », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°62

FERRAND F., « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, actualisé en janvier 2018.

FLORES P., « Question préjudicielle », *In Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2014, n°14

GERNET J., CHESNEAUX J., « CHINE - Histoire jusqu'en 1949 », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 06 octobre 2017. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/chine-histoire-jusqu-en-1949/>

PUECH H.-C., « MANICHÉISME », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 27 juin 2018. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/manicheisme/>

WILL P-E., « QIANLONG [K'IEN-LONG] (1711-1799) - empereur de Chine (1736-1795) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 01 octobre 2017. URL : <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/qianlong-k-ien-long-empereur-de-chine/> .

Dictionnaire *Xinhua* (新华大字典), *Business Press International* (商务印书馆国际有限公司), éd. 2007., 1238p.

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2007, 986p.

Dictionnaire concis français-chinois, chinois-français, La Presse Commerciale et Larousse, 2000, 711p.

Dictionnaire linguistique : <http://lsc.chineselegalculture.org/Glossary/Terms?rp=300>
[dernière consultation le 10 octobre 2017].

IV. ARTICLES (REVUES JURIDIQUES)

1) Droit français et comparé

ALLAD D., « La « règle » est-elle le « K » du juriste ? », *Droits*, 2016/1, n°63, pp. 127-148.

AMRANI-MEKKI S., « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5/06/2008, n°157, p. 2.

AMRANI-MEKKI S., « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 1/2008, n°125, pp. 43-53.

AMSELEK P., « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, t. 2, 1980, pp. 89-107.

AMSELEK P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, pp. 7-10.

ANCEL P., COTTIN M., « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou du médiation », *Rec. D.* 2003, p. 1386.

ARENS C., « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », *Annonces de la Seine*, 10 juin 2015, vol. 96, n°21, p. 2.

ARENS C., FRICERO N., « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? » *Gaz. Pal.* 25 avril 2015, n°115, p. 13.

AUBENQUE P., « La métaphysique dans la culture grecque classique », *Les études philosophiques*, 2008/4, n°87, pp. 445-450.

BARBERIS M., « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 5-15.

BEAUD O., « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 47-59.

BEILLEROT J., « Médiation, éducation et formation », *Tréma*, n°23, 2004, pp. 27-34.

BERNABÉ B., « Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge. La tierce voie », *Revue justice Actualités*, déc. 2004, n°12, pp. 10-21.

BOUDON J., « Les mauvais usages des spectres, la séparation « rigide » des pouvoirs », *RFDC*, 2009-2 n°78, pp. 247-267.

BOUINEAU J., « Verbe de Dieu et langue des hommes », *Droits*, 1989 pp. 15-18.

BOULMIER D., « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : ni ou déni de justice ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, n°170, p. 53.

BUSSY F., « L'erreur judiciaire », *Rec. Dall.*, 2005, p. 2552 et s.

CAPPELLETTI M., « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981-2, pp. 625-657.

CARATINI M., « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gazette du Palais*, Doctrine, 1986-2, pp. 405-406.

CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? » *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n°105-106, pp. 203-217.

CHEVALLIER J., « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et Société*, 79/2011, p. 623-636.

CHEVALLIER J., « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004/1, n°39, pp. 107-120.

CHOURAQUI A., « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Droit et Société*, 1989, n°13, pp. 415-430.

COMMAILLE J., « Les enjeux politiques d'un régime de connaissance sur le droit. La sociologie du droit de Georges Gurvitch », *Droit et société*, 2016/3, n°94, pp. 547-564.

CORTEN O., « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droits et Société*, 20-2002, pp. 185-203.

DARGENT L., « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : les modalités précisées », *D. actualités*, 16 mars 2016.

DAVID R., « Légalité socialiste ou dépérissement du droit ? », *Cahiers du monde russe et soviétique*, vol. 2, n°1, janv.- mars 1961, pp. 56-87.

DAVID M. C., « Constitutionalism and Political Culture : the Debate over Human Rights and Asian Values », *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 11, 1998, pp. 109-147.

DEHARO G., « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.* 1^{er} déc. 2005, n°335, p. 2 et s.

DEHARO G., « Médiation, une justice équitable et durable ? », *Gaz. Pal.* 22 août 2006, n°234, p. 2 et s.

DEHARO G., « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *Petites affiches*, 13 fév. 2012, n°31, p. 3 et s.

DEHARO G., « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? » *Petites affiches*, 13 février 2013, n°31, p. 3 et s.

DEPARIS O., « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°32, (dossier : Royaume-Uni), juil. 2011.

DEUMIER P., « Lois interprétatives : d'une scission à l'autre », *RTD civ.* 2004, p. 603.

DEUMIER P., « Qu'est-ce qu'une loi ? Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTD Civ.* 2005, p. 564 et s.

DEUMIER P., « Constitution et droit communautaire dérivé ; la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2742.

DEUMIER P., « 2. La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *RTD Civ.*, 2017, p. 600.

DYEVRE A., « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n°4, 2010, pp. 1-43.

DUQUESNE Q., « Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat : le cas de l'Isère », *Histoire, économie & société*, vol. 29, n°2, 2010, pp. 45-64.

DYEVRE A., « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n°4, 2010, pp. 1-43.

EGEA V., « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions*, 2017, pp. 97-101.

FAGET J., « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, 1995-29, pp. 25-38.

FAGET J., « L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité », *Les Annonces de la Seine*, Numéro spécial « La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire », 10 juin 2015, vol. 96, n°21, p. 4.

FAVOREU L., « La légitimité du Conseil Constitutionnel », *RIDC*, 1994-2, pp. 557-581.

FELDMAN J-P., « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythe et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3, n°83, pp. 483-496.

FERRAND F. « Le principe du contradictoire et l'expertise en droit comparé », *RIDC*, Vol. 2, 2000, pp. 345-369.

FRESSARD O., « Penser la loi avec et conte Platon », *Droits*, n°31, 2000, pp. 119-125.

FRICERO N., « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.* 25 avril 2015, n°115, p. 3.

FRICERO N., « L'appel nouveau est arrivé ! », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1057

FRISON-ROCHE M-A., « L'erreur du juge », *RTD Civ.* 2001, p. 819.

GAONAC'H A., « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *Petites affiches*, 21 juin 1999, n°122, p. 5.

GEBHARDT H., « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.* 16 avril 2013, n°106, p. 9

GORCHS B., « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

GORCHS B., « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Revue de l'arbitrage* 2008, n°1, pp. 33-67

GORCHS-GELZER B., « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », intervention donnée lors du Colloque organisé à la Cour d'appel de Paris, première chambre, 15 mars 2016, disponible à l'adresse : http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/BGorchsGelzer-Colloque-Conciliation-CAParis-15mars2016.pdf [dernière consultation le 10 mai 2016].

GUERRIER O., « Les fictions juridiques et leurs avatars humanistes », *Pallas*, n°91, 2013, pp. 135-144.

GUILLEMAIN A., « Réflexion sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 22 mai 2012, n°143, p. 10.

GUINCHARD S. « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n°1, pp. 91-130.

GUINCHARD S. « Prolégomènes pour réformer la procédure civile », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2488.

HALPÉRIN J-L., « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, 2012/2, n°81, pp. 403-423

HUGON C., « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *Petites affiches*, 11/12/2003, n°247, p. 4.

HUSA J., « Classification of Legal Families today is it time for a memorial hymn ? », *RIDC*, n° 1, 2004, pp. 11-38.

JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *Rec. Dalloz*, 1990, p. 199.

JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *RIDC*, n°1, 2005, pp. 29-48.

JAMIN C., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, vol. 52, n°4, pp. 738-739.

JOLY-HURARD J., « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *Rec. Dalloz*, 2003, p. 928.

KEBIR M., « Le contredit n'est plus, vive l'appel ! », *Dalloz actualité*, 29 mai 2017

KIRAT T., « Économie du droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 1998, vol. 49, n°4, pp. 1057-1087.

LAGARDE X., « D'une vérité à l'autre », *Gazette du Palais*, 22 juillet 2010, n°203, p. 12.

LAGARDE X., « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP G*, 27 avril 2005, n°17, doct 133, n°3.

LANDOWSKI É., « Vérité et vérité en droit », *Droit et Société*, 1988-8, pp. 47-63.

LANDRY D., « Le recours en révision », *JCP* 2013, n°1003.

LAUVERGNAT L., « La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances de l'article 1244-4 du Code civil : vers une exécution participative ? » *D.* 2015, p. 1860.

LASSERE-KIESOW V., « La vérité en droit civil », *Études et commentaires, Rec. Dalloz*, 2010, n°15, pp. 907 et s.

LAZERGES C., « Réflexions sur l'erreur judiciaire », *RSC*, 2006, p. 709 s

LE DIVELLEC A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 123-140.

LE PILLOUER A., « La notion de "régime d'assemblée" et les origines de la classification des régimes politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n°58, pp. 305-333.

MAISANI P., WIENER F., « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, 1994, n°27, p. 443-464.

MALIVAUD P., « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence (1) », *RTD Civ.*, 2005, p. 312.

MAYER L., « Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, n°167, p. 6.

MEKKI M., « Preuve et vérité », article disponible à l'adresse : [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(M.%20Mekki\).pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(M.%20Mekki).pdf) [dernière consultation le 28 août 2015].

MOLFESSIS N., « La notion de loi interprétative », *RTD civ.* 2002, p. 599.

MOLFESSIS N., « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 37.

MORET-BAILLY J., « Esquisse d'une théorie pragmatique du droit », *Droits*, n°55, 2012, pp. 177-212.

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52, n°3, 2000, pp. 503-527.

OACKLEY F. « Théories médiévales de la loi naturelle – Guillaume d'Occan et le sens de la tradition volontariste », *Droits*, n°11, 1990, pp. 131-148.

PERROT R., « Demande en justice. Date d'introduction de l'instance : assignation ou mise au rôle ? » *RTD civ.* 1993, p. 885.

PEULVÉ C., « Médiation et conciliation. Des jumeaux...vrai ou faux ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2011, n°179, p. 17.

PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2, n°50, pp. 279-334.

PONTHOREAU M-C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, vol. 57, n°1, 2005, pp. 7-27.

POUMAREDE J., « La conciliation, la mal-aimée des juges », 2013, article disponible à l'adresse : www.conciliateurs.fr/IMG/pdf/histoire_de_la_conciliation.pdf [dernière consultation le 27 avril 2016].

PRIGENT S., « Le dualisme dans l'obligation », *RDT Civ.* 2008, p. 401.

- PUIG P., « Hiérarchie des normes, du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749.
- RESTA G., « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal*, 62 :4, 2017, p. 1154-1199.
- ROBINE A., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *In* Éric Millard *et al.*, *Dossier : Théories réalistes du droit*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, n°4, pp. 105-128.
- ROBLOT TROIZIER A., « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 89-103.
- SEFTON GREEN R., « Compare and Contrat : Monstre à deux têtes », *RIDC*, vol. 54, n°1, 2002, pp. 85-95.
- STÜRNER R., « Procédure civile et culture juridique », *RIDC*, 2004, n°4, pp. 797-824.
- TANDEAU DE MARSAC S., « La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avril 2012, n°2, p. 341.
- THÉRY P., « Le droit à une législation figée ? », *RTD Civ.*, 2004, p. 341.
- THIERS É., « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, pp. 61-72.
- THOMAS Y., « Fictio Legis, L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n°21, 1995, pp. 19-63.
- THOURET S., « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », *AJ fam.* 2015, p. 212.
- TIMSIT J., « La médiation : une alternative à la justice et non une justice », *Gaz. Pal.* 15 nov. 2001, n°319, p. 53.
- VAN HOECKE M., WARRINGTON M., « Legal Culture, Legal Paradims and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *47 Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, pp. 495-536.

VERNANT J-P., « Du mythe à la raison, la formation de la pensée positive dans la Grèce archaïque », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 12^e année, n°2, 1957, pp. 183-206.

VERT F., « La médiation judiciaire : bilan et perspectives », *ICC France, dossier spécial médiation*, 2^e trimestre 2011, pp. 40-42.

ZENATI F., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Rec. Dal.*, 1992, Chron., p. 247.

2) *Droit chinois*

Numéro spécial de la *Gazette du Palais*, « La Chine et le droit en 2004 : vers une légalité renforcée », 14-17 juil. 2004, n°196-199.

« The Democratic Centralism of the Party », 8 *Chinese L. & Gov't*, n°104, 1975, pp. 93-104.

ALFORD W.P., « The Inscrutable Occidental ? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past », *Texas Law Review*, fev. 1986, pp. 915-972.

ALFORD W. P., « A Second Great Wall ? », *Cultural Dynamics*, vol. 11, n°2, 1999, pp. 193-213.

ANDERSEN C., *et al.* « A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2006, pp. 100-199.

ANDRÉ P., « Quels débats au sein du PCC au lendemain du 18^e Congrès », *Monde chinois*, 2012/2, n°32, pp. 35-43

ANGLE S. C., « Decent democratic Centralism », *Political Theory*, vol. 33, n°4, 2005, pp. 518-546.

ARDANT P., « La Conférence consultative politique du peuple chinois », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, Vol. 11, n°1, 1980, pp. 7-34

BALME S., « La règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014) », *Revue française d'administration publique*, 2014/ 2, n°150 pp. 393-413.

BEYER S., « Environmental Law and Policy in the People's Republic of China », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, n°1, janvier 2006, pp. 185–211.

BIN L., « Assesseurs ou jury populaire ? Variations autour de la participation des citoyens à la justice en Chine », *Diogenes*, 2012/3, n°239-240, pp. 126-138.

BOURGON J., « Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 1999, n°21, pp. 131-145.

BOURGON J. « Aspects de la responsabilité en Chine impériale », Colloque *Prendre la responsabilité au sérieux*, tenu le 11 juin 2015 au Collège de France. Présentation audio disponible à l'adresse : <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2015-06-11-10h00.htm> [dernière consultation le 07/03/2017].

BOURGON J., « La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire », *Annales HSS*, 1999, n°5, pp. 1073-1107.

BOURGON J., « Un juriste nommé Yuan Mei. Son influence sur l'évolution du droit à la fin des Qing », *Études chinoises*, vol. XIV, n°2, automne 1995, pp. 43-151.

BOURGON J., « Aspect of Chinese legal culture – The articulation of written law, State and societ : a review (part two). Private law and private lawyers : a discussion on the « fields » of law », *International Journal of Asian Study*, 5, 1, 2008, pp. 71-86.

BOURGON J., « 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*, n°19, 1997, pp. 7-44.

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

BOURGON J., « Uncivil Dialogue : Law and Custom did not Merge into Civil Law under the Qing », *Late Imperial China*, vol. 23, n°1, juin 2002, pp. 50-90.

BOURGON J., « Coutumes, pratiques et droit en Chine. Quelques remarques sur des termes couramment employés dans des ouvrages récents », *Études chinoises*, vol. XXII (2003), pp. 244-282.

BUXBAUM D. C., « Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1845 », *The Journal of Asian Studies*, vol. 30, n°2, 1971, pp. 255-279.

BUI N. S., « Beyond Judicial Review : the Proposal of the Constitutional Academy », *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2014, Vol. 2, n°1, pp. 43-77

CABESTAN J-P., « Chine : un État de lois sans État de droit », *Tiers-monde*, t. 37, n°147, 1996, pp. 649-658.

CAI D., « The development of constitutionalism in the transition of Chinese society », *Columbia journal of Asian Law*, n°1, vol 19, 2005, pp. 2-29.

CAI Siming (蔡思明), « La reconstruction des principes fondamentaux en procédure civile » (« “ 民事诉讼法 ” 基本原则之重构 »), *Journal de l'université de Shenyang*, 2011, n°5, pp. 21-24.

CALDWELL E., « Horizontal Rights and Chinese Constitutionalism : Judicialization through Labor Disputes », 88 *Chi.-Kent. L. Rev.* 63, 2012, pp. 63-91.

CAO Baoshan (曹保山), « Réflexions sur les limites du régime des Questions officielles et sur un (potentiel) substitut fonctionnel – l'approfondissement de l'esprit de la réforme du système judiciaire de la 18^{ème} session du 3^{ème} Comité central » (« 论案件请示制度的废止及其功能替代-以深入贯彻十八届三中全会司法体制改革精神为视角 »), 17/12/2014, article disponible à l'adresse : <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=88427> [dernière consultation le 10 janvier 2018]

CAO Yunji (曹云吉), « La constitution procédurale de la "partie" dans le système d'enregistrement » (« 立案登记制下“当事人”的程序构造 »), *État de droit et développement social* (法治与社会发展), vol. 137, n°5, 2017, pp. 129-147.

CAPOWSKI J. J., « China's Evidentiary and Procedural Reforms, the federal Rules of Evidence, and the Harmonization of Civil and Common law », *Texas International Law Journal*, vol. 47, n°3, 2012, p. 455-504.

CASTELLUCCI I., « The Rule of Law with Chinese Characteristics », *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2007, pp. 35-92.

CHEN A., « Is confucianism compatible with liberal constitutional democracy ? », *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 34, 2007, pp. 195-216.

CHEN Guangzhong, (陈光中), « la Loi sur les avocats n'est pas inférieure à la loi sur la procédure pénale » (« 律师法不是刑诉法的下位法 »), *Quotidien Juridique* (法制日报), 3 août 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.legaldaily.com.cn/fxy/content/2008-08/03/content_915956.htm?node=6064 [dernière consultation le 10 avril 2018].

CHEN J., « La dernière révision de la Constitution chinoise. Grand bond en avant ou simple geste symbolique ? », *Perspectives chinoises*, [en ligne], 82, mars-avril 2004, mis en ligne le 09 oct. 2006.

CHEN J., « Out of the shadows and back to the future : CPC law in China », *Asia Pacific Law Review*, vol. 24, n°2, 2016, pp. 176-201.

CHEN Jinzhao (陈金钊), « L'interprétation du droit et sa signification dans le régime des cas directeurs » (« 案例指导制度下的法律解释及其意义 »), *Journal des sciences sociales et de philosophie de l'Université de Suzhou*, avril 2011, pp. 57-60.

CHEN Shengyong (陈剩勇), « La balance entre la bureaucratie, les intérêts propres au gouvernement et le pouvoir » (« 官僚制, 政府自利性与权力制衡 ») *Xueshujie* (学术界), vol. 191, n°4, 2014, pp. 17-29.

CHEN Yu (陈煜), « Discussion sur les "articles incertains" du Grand Code Qing » (« 论《大清律例》中的“不确定条款” »), *Revue de droit pénal de Chine*, (中国刑事杂志), 2011, n°11, disponible en accès libre l'adresse suivante : <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=67984> [dernière consultation le 10 octobre 2017].

CHENG X., « Institutional Developments, Academics Debates and Legal Practices on the Constitutional Review in China : 2000-2013 », *Frontiers of Law in China*, vol. 9, n°4, déc. 2014, pp. 636-656.

CHENG Yanjun (程延军), WANG Shuyi (王书义), « Analyse sur le phénomène de substitution des décisions de justice aux accords amiables » (« 调解替代判决结案现象探析 »), *Journal de l'Université de Mongolie intérieure*, vol. 45, n°3, mai 2013, pp. 58-63.

CHEVRIER Y., « Chine, "fin de règne" du lettré ? Politique et culture à l'époque de l'occidentalisation », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, Vol. 4, n°4, 1984, pp. 81-139.

CHU Zhenyu (储振宇), « Mon humble opinion sur le régime de médiation civile contemporain » (« 现行民事调解制度刍议 »), *Système juridique et économique* (法制与经济), vol. 369, n°12, déc. 2013, pp. 31-32.

CLARK D., « Random comments on China's new civil code », disponible à l'adresse suivante : http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog/2017/03/random-comments-on-chinas-new-civil-code.html [dernière consultation le 07 octobre 2017].

CLOKE K., « Politics and Values in Mediation : Reflections on the Chinese Experience », Q. Spring, 1987, p. 69, disponible à l'adresse : [http://www.academia.edu/5494305/Politics and Values in Mediation-China](http://www.academia.edu/5494305/Politics_and_Values_in_Mediation-China) [dernière consultation le 26/09/2016].

CORNE P. H., « Creation and Application of Law in the RPC », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n°2, 2002 pp. 369-443.

CUI Chunxiao (崔春晓), « Aperçu sur le régime de réconciliation judiciaire civile » (« 民事诉讼和解制度初探 »), *État de droit et société (法治与社会)*, 2015, n°3, pp. 129-130.

DAVIS M. C., « Constitutionalism and Political Culture : the Debate over Human Rights and Asian Values », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 11, 1998, pp. 109-147.

DAY A. F., « A century of rural self-governance reforms : reimagining rural Chinese society in the post-taxation era », *Journal of Peasant Studies*, vol. 40, n°6, nov. 2013, pp. 929-954.

DELISLE J., « Law in the China model 2.0 : Legality, Developmentalism and Leninism under Xi Jinping », *Journal of Contemporary China*, vol. 26, n°103, 2017, pp. 68-84.

DENG Rong (邓嵘), « Discussion sur l'origine et l'amélioration du fonctionnement du pouvoir législatif local en Chine » (« 论我国地方立法权来源及其运行改进 »), *Journal of Zhongzhou University (中州大学学报)*, vol 30, n°6, déc. 2013, pp. 38-41.

DENG Huihui (邓辉辉), LI Zhenhua (李振华), « Évaluation de la situation actuelle et de l'évolution historique des principes fondamentaux du droit de procédure civile », (« 我国民事诉讼法基本原则的历史演变和现状评析 »), *Journal of Guanxi administrative cadre institute of politics and Law*, vol. 22, n°4, 2007, pp. 27-30.

DOWDLE M. W., « Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development : the curious case of China », *New-York University Journal Of International Law and Politics*, vol 35, 2002-2003, pp. 1-200.

DU Wanhua (杜万花), « Analyse sur les points importants de l'interprétation judiciaire de la "loi de procédure civile" », (« “ 民事诉讼法 ” 司法解释重点问题解析 »), *Journal of Law Application, (法律适用)*, n°4, 2015, pp. 2-12.

DU Juan (杜鹃), « Théorie sur la répartition du pouvoir d'interprétation en Chine » (« 论我国法律解释权的配置 »), article publié sur le site de l'école de droit de l'Université des Sciences et technologies de Huazhong, le 23 mars 2013, <http://law.hust.edu.cn/Law2008/ShowArticle.asp?ArticleID=12540> [dernière consultation le 13 décembre 2015].

DUAN Housheng (段厚省), GUO Zongcai (郭宗才), « Recherche sur la relation entre la prétention civile et l'action civiliste » (« 民法请求权与民事诉权之关系考察 »), *Hebei Law science*, vol. 27, n°10, oct 2009, pp. 178-182.

DYKSTRA M., « The local court in the Qing world of Justice », Colloque *Les lieux de la loi dans l'empire chinois*, Institut d'Asie orientale, École française d'Extrême-Orient, Lyon, 12 et 13 mai 2015.

FAN Fameng (樊法孟), « Essai sur l'acceptation des affaires civiles » (试论民事案件的受理), *Journal de l'Institut de droit et politique de Pékin* (北京政法学院学报), n°4, 1982, p. 36.

FAN Yu (范愉), « Théorie et pratique de l'interprétation juridique », (« 法律解释的理论及实施 »), *Revue juridique de Jin Ling* (金岭法律评论), aut. 2003, pp. 21-34.

FAN Yu (范愉), « La reconstruction de la médiation (première partie) – la réforme de la médiation judiciaire comme clé d'analyse » (« 调解的重构 (上) – 以法院调解的改革为重点 »), *Droit et évolution sociale* (法制与社会发展), vol. 56, n°2, 2004, pp. 113-125.

FAN Yu (范愉) « Les nombreuses questions résultant de la jonction entre procédure judiciaire et extrajudiciaire » (« 诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题, 以“民事诉讼法”的修改为切入点 »), *Journal of Law Application*, vol 306, n°9, 2011, pp. 30-34.

FAN Yu (范愉), « Recherche comparée sur la médiation déléguée – discussion parallèle sur la médiation prioritaire » (委托调解比较研究 – 兼论先行调解), *Tsinghua Law Journal*, Vol. 7, n°3, 2013, pp. 57-74.

FENG Y., PENG X., « China's Dispute-Resolution Mechanisms and Innovation in the Transformation Era », (traduction de Dai Xinze et Iwo Amelung), *China Legal Science*, n°4, juil. 2015, pp. 3-38.

FRENKIEL É., « Une démocratisation aux couleurs de la Chine », *Politique étrangère*, 2011/4, pp. 851-862.

FU Yulin (傅郁林), « Nouvelles considérations sur la fonction et la structure de la procédure d'enregistrement en procédure civile », (« 再论民事诉讼连程序的动能与结构 »), *Journal de l'Université de Shanghai (Sciences sociales)*, vol. 31, n°1, 2014, pp. 39-53.

GAO Dan (高丹), « Discussion sur la relation entre la partie et le juge dans le procès civil » (« 民事诉讼中当事人与法官关系的探讨 »), *Journal de l'Université d'Harbin*, vol. 28, n°1, 2007, pp. 53-57.

GIPOULOUX F., « Chine : l'ouverture à l'étranger », *Revue Tiers Monde*, n°108, 1986, pp. 825-826.

GONG Xiantian (巩献田), « Lettre ouverte pour l'abrogation de la "Loi sur les droits réels" (projet) violant en partie la Constitution et les principes fondamentaux du socialisme, au regard de l'article 12 de la Constitution et de l'article 73 des PFDC » (« 部违背宪法和背离社会主义基本原则的《物权法(草案)》—为《宪法》第12条和86年《民法通则》第73条的废除写的公开信 »). Disponible à l'adresse : http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_32266.shtml [dernière consultation le 10 avril 2018].

HAN Dayuan (韩大元), « La nouvelle loi du Comité Permanent peut-elle prédominer sur l'ancienne loi de l'APN » (« 全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法 »), *Science du droit*, n°10, 2008, pp. 3-16.

HAN Wei (韩伟), « Explication du "li" dans les décisions de justice de la dynastie Tang », (« 唐代司法审判中“理”之解析 »), *Gazette des tribunaux populaires*, 28 mars 2014, disponible à l'adresse : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2014-03/28/content_79030.htm?div=-1 [dernière consultation le 12 mars 2018].

HAO Zhixian (郝志贤), WANG Shuo (王硕) « Le pouvoir d'interprétation et la position du juge dans le procès civil » (« 民事审判中的释明权与法官在诉讼中的角色定位 »), *Journal of Liaoning Administrators College of Police and Justice*, 2003, pp. 21-22.

HE Jian (贺剑), « Le fondement de droit substantiel des transactions extrajudiciaires. Commentaire du cas directeur n°2 de la Cour Populaire Suprême » (« 诉讼外和解的实体法基础。评最高人民法院指导案例2号 »), *Pratique du droit (法律实务)*, n°3, 2013, pp. 141-152.

HE Min (何敏), « Interprétation et méthode de l'école privée des Qing » (« 清代私法释律及其方法 »), *Chinese Journal of Law (法学研究)*, n°2, 1992, pp. 63-69.

HOWSON N. C., « "Can the West learn from the Rest ?" The Chinese Legal Order's Hybrid Modernity », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 32, n° 2, 2009, pp. 815-830.

HU Daocai (胡道才), « La séparation modérée de la médiation et du jugement : l'autre voie du "retour de la médiation à la médiation et du retour du jugement au jugement" » (« 调审适度分离：“调解归调解，审判归审判”的另一路径 »), *Sciences juridiques contemporaines* (当代法学), n°2, 2014, pp. 76-86.

HU J., ZENG L., « Grand Mediation and Legitimacy Enhancement in Contemporary China – the Guang'an model », *Journal of Contemporary China*, Vol. 24, n°91, 2015, pp. 43-63.

HU J., ZHENG Y., « Litigation and non-litigation, « Diversified Mechanisms of Dispute Resolution in Contemporary China » », *China Perspectives*, n°2016/1, pp. 47-55.

HU S., « The Natural Law in the Chinese Tradition », *E.F. Barrett éd., Natural Law Institute Proceeding*, 5, 1953, pp. 119-153.

HU Xiaotao (胡晓涛), « Réflexion sur les nombreuses questions relatives au préalable de médiation » (« 关于先行调解若干问题的思考 »), *Journal de l'Université des sciences et technologies du Jiangsu, (éd. Sciences sociales)*, vol. 13, n°4, déc. 2013, pp. 77-82.

HUANG P. C.C, « Between Informal Mediation and Formal Adjudication. The Third Realm of Qing Civil Justice », *Modern China*, juil. 1993, pp. 251-298.

HUANG Y., « A Study on the People's Mediation System in China : Compared with the Alternative Dispute Resolution (ADR) System in Japan », *Legal Studies*, vol. 1, n°1, 2014, pp. 22-24.

JI Gefei (纪格非), « Sur la transition fonctionnelle de la demande en justice civile et la réforme de son contenu » (« 论我国民事起诉状的功能转型与内容再造 »), *Science du droit moderne* (现代法学), vol. 35, n°6, 2013, pp. 132-145.

JIANG Guohua (江国华), ZHOU Haiyuan (周海源), « Discussion sur les critères de contrôle des règles administratives » (« 论行政法规之审查基准 »), *Forum Académique de Nandu*, vol. 30, n°5, sept. 2010, pp. 80- 87.

JIANG Huiling (蒋惠岭), « Trois questions fondamentales du régime d'interprétation constitutionnelle en Chine », (« 我国宪法解释制度的三个基础理论问题 ») 24 déc. 2014, disponible sur le site des juridictions chinoises (chinacourt.org).

JIANG P., « Chinese Legal Reform : Achievement, Problems and Prospects », *Journal of Chinese Law*, 1995, 9-1, pp. 67-75.

JIANG Wei (江伟), HAN Yingbo (韩英波), « Réflexion sur l'objet du procès » (论诉讼标的), *Faxuejia* (法学家), n°2, 1997, pp. 3-14.

JIN B. « La répartition des compétences normatives nationales en France et en Chine », *RIDC*, vol. 53, n°4, oct-déc. 2001, pp. 945-964.

KELLOGG T. E., « Constitutionalism with Chinese Characteristics ? : Constitutional Development and Civil Litigation in China », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 2, 1er avril 2009, pp. 215-246.

KILLION U., « “Building up” China’s Constitution : Culture, Marxism, and The WTO Rules », 41, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41, 2007-2008, pp. 563-602.

LAUWAERT F., « Le saint, le boiteux et l'héritier. À propos de la fonction impériale en Chine », *L'Homme*, tome 38, n°148, 1998, *Lignage, mariage, héritage*, pp. 79-98.

LÉVI J., « Quelques aspects de la rectification des noms dans la pensée et la pratique politique de la Chine ancienne », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, vol. 15, n°15, 1993, pp. 23-53.

LÉVI J., « Solidarité de l'ordre de la nature et de l'ordre de la société : "loi" naturelle et "loi" sociale dans la pensée légiste de la Chine ancienne », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°3, 1983, pp. 23-36.

LI C., « Law, Empire, and Historiography of Modern Sino-Western Relations : A Case Study of the Lady *Hughes Controversy* in 1784 », *Law and History Review*, vol. 27, n°1, 2009, pp. 1-53.

LI Daoen (李道恩), « Discussion sur la voie à suivre de la médiation intégrée au tribunal » (« 论法院转介调解之路径 »), *Fazhi Yanjiu*, n°10, 2014, pp. 119-124.

LI Hao (李浩), « Recherche sur le régime de médiation prioritaire » (« 先行调解制度的研究 »), *Publication de l'Université de Jianghai* (江海学刊), n°3, 2013, pp. 138-145.

LI Jianguo (李建国), « Explications relatives aux "Dispositions Générales en matière civile" » (projet) (关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明 — 2017年

3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上), disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm [dernière consultation le 12 octobre 2017].

LI Jianhua (李建华), WANG Guozhu (王国柱), « Discussion sur les droits et intérêts civils. La double reconnaissance par le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de l'objet protégé en droit civil » (« 论民事权益 — 民法保护对象的立法和司法双重确认 »), *Revue Juridique* (法学杂志), n°1, 2011, pp. 27-30.

LI-KOTOVTCHIKHINE X-Y, « La réforme du droit chinois par la codification », *RIDC*, vol. 52, n°3, 2000, pp. 529-552.

LI-KOTOVTCHIKHINE X-Y., « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *RIDC*, vol. 61, n°4, 2009, pp. 715-737.

LI-KOTOVTCHIKHINE X-Y., « Pragmatisme juridique et développement économique dans la Chine post-Mao », *RIDC*, vol. 62, n°4, 2010, pp. 931-952.

LI-KOTOVTCHIKHINE X-Y., « Pragmatisme juridique et maintien de la stabilité en Chine post-Mao », *RIDC*, vol 64, n°1, 2012, pp. 115-136.

LI Tieying (李铁映), « La question du régime politique et de la forme étatique » (« 国体和政体问题 »), *Recherches d'études politiques* (政治学研究), n°2, 2004, pp. 1-6.

LI W., « Judicial Interpretation in China », *Willamette J. Int'l L. & Dispute Resolution*, vol. 5, 1997, pp. 87-112.

LI X., « La civilisation chinoise et son droit », *RIDC*, vol. 51, n°3, juil-sept. 1999, pp. 505-541.

LI Xiangbo (李相波), « Compréhension et application du contenu de l'interprétation judiciaire relative à la « loi de procédure civile » sur la modification de la procédure de seconde instance », (« 关于“民事诉讼法”司法解释第二审程序修改内容的理解与适用 »), *Journal of Law application* (法律适用) 2005-4, pp. 20-25.

LI Xilian (李喜莲), « La délimitation de "l'intérêt de la partie" en procédure civile » (« 民事诉讼法上的“利害关系人”之界定 »), *Journal universitaire du Xibei (sciences juridiques)*, n°1, 2012, pp. 139-147.

LI Xilian (李喜莲), PEI Yifang, (裴义芳) « Approche et dilemme du processus de démocratisation de la médiation préalable – étude de cas du tribunal populaire du comté H » (« 先行调解法治化运行的困境与出路 — 以 H 县人民法院为分析样本 »), *Journal de l'Université de Huaihua*, vol. 33, n°10, oct. 2014, pp. 55-61.

LI Y., COWEN S., « L'autonomie législative des collectivités territoriales en Chine », *Perspectives chinoises*, n°61, 2000, pp. 15-24.

LI Zi (李子) « Réflexions sur la détermination de la cause civile de l'action » (« 对确定民事诉讼案由问题的一点思考 »), *Journal of Qiqihar Junior teacher's College*, vol. 3, n°133, 2013, pp. 75-76.

LIANG Huixing (梁慧星), « Comprendre et appliquer les principaux articles des "Dispositions générales" » (« “民法总则”重要条文的理解与适用 »), *Journal of Sichuan University*, vol. 211, n°4, 2017, pp. 51-65.

LIANG Zhiping : « Tradition and Change », *Cultural Dynamics*, 11 (2), 1999, pp. 215-236.

LIN Xingle (林兴乐), « le critère de distinction entre l'interprétation législative et l'interprétation d'usage concret » (立法解释与具体应用解释的区分标准), *Journal de l'université des Trois Gorges*, 2011, pp. 78-79.

LIU Fengjing (刘风景), WEN Zitao (温子涛), « La réponse, catégorie d'interprétation judiciaire à la mode » (« 批复类司法解释的走向 »), *Justice populaire*, n°3, 2014, pp. 109-110.

LIU Jiayang (刘加良), « Les composantes du régime de médiation déléguée » (« 委托调解的制度要素 »), *Journal universitaire des sciences politico-juridiques du Xibei* (西北政法大学学报), n°4, 2014, pp. 182-192.

LIU M., LIU N., « Justice Without Judges : The Case Filing Division in the People's Republic of China », *Université de Californie, Davis*, vol. 17, n°2, 2011, pp. 283-343

LIU N., « An ignored source of chinese law : the gazette of the suprem people's court », *Connecticut Journal of International Law*, vol 5, 1989-1990, pp. 271-316.

LIU Xiao (刘肖), « Protéger l'action : l'idée directrice de l'amendement de la « loi de procédure civile », (« 诉权保障：“民事诉讼法”修改的重要理念 »), *Vision juridique* (法制视点), n°6, 2013, p. 55.

LIU Xuebin, (刘雪斌), LI Yongjun (李拥军), FENG Fei (丰霏), « Trente ans de théorie du droit en Chine depuis la réforme de l'ouverture : 1978-2008 » (« 改革开放三十年的中国法理学：1978-2008 »), *Droit et développement social* (法制与社会发展), vol. 83, n°5, 2008, pp. 3-37.

LIU Ying (刘颖), « Discussion sur le principe de "ce qui n'est pas dit ne doit pas être jugé" en procédure civile » (浅议民事诉讼中的不告不理原则), *Journal du Guangming*, 2011, article disponible à l'adresse : <http://www.dyzxw.org/html/article/201105/26/71541.shtml> [dernière consultation le 10 avril 2018].

LONG Weiqiu (龙卫球), « Le sens de la systématisation et de l'évolution du contenu des principes fondamentaux du code civil chinois – décodage et réévaluation des articles 3 à 9 des *Dispositions générales de droit civil* », (« 我国民法基本原则的内容嬗变与体系化意义 — 关于“民法总则”第一章第 3-9 条的重点解读 »), *Recherche sur la modernisation de l'État de droit* (法治现代化研究), n°2, 2017, pp. 26-36.

LUO Piao (罗漂), HU Bing (胡露), « Sur la violation et le recours du droit d'appel » (« 民事上诉权之侵犯及救济 »), *Journal de l'Université de Huainan*, 2015-2, vol. 17, n°2, p. 41-43.

LUO Shuping, (罗书平), « Réflexions sur le droit et sur la situation actuelle de l'interprétation judiciaire en Chine » (« 中国司法解释的现状与法律思考 »), *Avocat Chinois* (中国律师), n°7, 2000, pp. 5-9.

MAO L., « Les bouleversements de l'économie de la légalité dans la Chine contemporaine », *Droit et société*, 2017/2, n°96, pp. 359-380.

MARIANI M-L., « La médiation aux caractéristiques chinoises », *Petites affiches*, 26/08/2002, n°170, p. 75 et s.

MARSH R. M., « Weber's Misundersanding of Traditional Chinese Law », *American Journal of Sociology*, vol. 106, n°2, 2000, pp. 281-302.

MAZUMDAR S., « Rights in people, rights in land : concepts of customary property in late imperial China », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°23, 2001, pp. 89-107.

MEI G., « China's Guiding Cases System : Review and Recommendation », Rapport d'analyse n°5 de la série *Guiding Case Analytics* août 2016, disponible à l'adresse : <https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/08/GC-Analytics-5-English.pdf> [dernière consultation le 18 janvier 2018].

MELKEVIK B., « Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n°3, 1996, pp. 603-627.

MINZNER C. F., « *Xinfang* : Alternative to Formal Chinese Legal institutions », 42 *Stan. J. Int'L. L.*, n°1, 2006, pp. 103-179.

MOCCIA L., « Le double paradoxe de la modernité ou de la question du droit, miroir du monde chinois traditionnel et contemporain », *RIDC*, vol. 63, n°4, 2011, pp. 781-808.

MORRIS R. J., « China's *Marbury* : Qi Yuling v. Chen Xiaoqi - The Once and Future Trial of Both Education and Constitutionalization », *Tsinghua Law Review*, 2012, vol. 2, pp. 273-316.

O'BRIEN R., « The survival of Traditional Chinese Law in the People's republic of China, 40 *Hong Kong L. J.*, 2010, pp. 165-173.

PAYETTE A., LIN T.-S., « Le 18è Congrès du Parti communiste chinois : entre factionnalisme, règles et procédures », *Monde chinois*, 2012/2, n°32, pp. 16-25.

PAYETTE A., « La compétition pour le 19è Congrès du Parti communiste chinois : figures montantes, formation des élites et la recherche de la septième génération », *Monde chinois*, 2015/4, n°44, pp. 6-15.

PENG Jiao (彭皎), « Essai sur l'efficacité des accords de médiation » (« 论调解协议的效力 »), *Journal des sciences sociales et humaines de l'Université de Hainan*, vol. 33, n°3, 2015, pp. 124-130.

PENG Zhen (彭真, 1902-1997), « Rapport sur le projet de modification constitutionnelle de la RPC » (« 关于中华人民共和国宪法修改草案的报告 »), *Quotidien du Peuple*, 6 fév. 1982.

PEREENBOOM R., HE X., « Dispute Resolution in China : Pattern, Causes and Prognosis », *East Asian Law Review*, vol. 4, n° 1, 2009, pp.1-61.

PEREENBOOM R., « More Law, Less Courts : Legalized Governance, Judicialization and Dejudicialization in China », *La Trobe University*, Working paper 2008/10, sept. 2008, disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1265147> [dernière consultation le 14 avril 2018].

PEREENBOOM R., « Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People's Republic of China », *19 Berkeley Journal of International Law*, 2001, pp. 161-264.

PIQUET H., « Un code à décoder : le futur code civil chinois », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, pp. 131-151.

PIQUET H. « La Chine à la croisée des traditions juridiques : regards sur les transferts de droit et le droit chinois », *Politique et Sociétés*, vol. 25, n°2-3, 2006, pp. 47-65.

PIQUET H., « Du Mauvais Usage de la Tradition Reconstituée : la Médiation Extrajudiciaire en Chine », 30 *Winsdor Y.B Access to Just.* 2012, pp. 253-279.

PIQUET H., « Le rêve chinois en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », *RFDC*, 2014/2 n°98, pp. 389-411.

PIQUET H., « Le débat chinois sur le constitutionnalisme, constats et perspectives », *Conférence au Conseil constitutionnel*, 27 mai 2014, disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2014/le-debat-chinois-sur-le-constitutionnalisme-constats-et-perspectives.141695.html> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

QI Quanming (祁全明), « Introduction à la prétention et aux méthodes d'analyses fondamentales » (« 略论请求权以及基础分析方法 »), *Tribune juridique* (法学论坛), vol. 121, 2015 n°1, pp. 16-19.

QI Yuan (戚渊), « Discussion sur le pouvoir législatif », (« 立法权概论 »), *Tribune of Political Science and Law: Journal of China University of Political Science and Law* (政法论坛 : 政法大学学报), 2000, n°6, pp. 10-20.

QIU Chuanying, (丘川颖), « Le choix de la voie et la déduction du domaine de mise en œuvre de la Constitution » (« 宪法实施的范畴演绎及路径选择 »), *Journal de l'Institut de juridique et administratif de la province du Shanxi*, vol 27, n°2, juin 2014, pp. 1-3.

ROOIJ (van) B., « Implementation of Chinese Environmental Law : regular Enforcement and Political Campaigns », disponible en libre accès sur le site de l'Université de Leiden à l'adresse suivante : <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12533/artdandcFinalPubversion.pdf?sequence=1> [dernière consultation le 06 octobre 2017].

RUSKOLA T., « Legal Orientalism », *Michigan Law Review*, oct. 2002, vol. 101, pp. 179-234

RUSKOLA T., « Law without Law or is Chinese Law an Oxymoron », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2003, vol. 11, pp. 655-669.

RUSKOLA T., « Colonialism without colonies : on the extraterritorial jurisprudence of the U.S. Court for China », *Law and Contemporary Problems*, 2008, vol. 71, pp. 217-242.

RUSKOLA T., « Conceptualizing Corporations and Kinship : Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective », *Stanford Law Review*, 2000, vol. 52, pp. 1599-1729.

SCHUBERT G., CHEN X., « Les élections du village en Chine contemporaine : de nouveaux espaces de légitimité pour le régime ? », *Perspectives chinoises*, 2007/3, pp. 13-29.

SHANGGUAN Piliang (上官丕亮), « Les bases culturelles de l'application de la Constitution », (« 论宪法实施的文化基础 »), *Journal de l'Institut Technologique de Harbin (édition sciences sociales)*, vol 16, n°4, juil. 2014, pp. 66-71.

SHEN Shouwen, (沉寿文) « Analyse sur la distinction entre loi fondamentale et autre loi », (« “基本法律”与“基本法律以外的其他法律”划分之反思 »), *Northern legal Science* (北方法学) 2013-3, pp. 133-145.

SHEN Zongling (沈宗灵), « Essai sur l'interprétation juridique » (« 论立法解释 »), *Sciences juridiques chinoises* (中国法学), vol. 10, n°2, juin 1993, pp. 57-64.

SONG Chunyu (宋春雨), « Réflexion sur les nombreuses questions de preuves au sein de l'interprétation judiciaire de la « loi de procédure civile » », (« 论“民事诉讼法”司法解释中的若干证据问题 »), *Journal of law application*, n°4, 2015, pp. 26-31.

SUN Xiaoxia (孙笑侠), CHU Guojian (褚国建), « Réflexions sur les limites et la fonction de l'interprétation par la voie de la Réponse judiciaire » (« 论司法批复的解释论证功能及其局限 »), *Journal de l'Université du Zhejiang*, août 2009, pp. 23-31.

TIAN Fang (田芳), « La construction d'un système d'interprétation uniforme du droit par le Comité Permanent » (« 论全国人大常委会法律统一解释体制构建 »), *Journal de l'Université du Sud-Est de droit et sciences politiques*, vol.15, n°3, juin 2013, pp. 25-35.

TIAN Xiangbo (田湘波), « La situation actuelle du système législatif chinois » (« 中国的立法体制现状 »), *Modern China Studies*, 2008, n°3, Partie 3, « les conflits issus de l'absence de répartition claire du pouvoir législatif » (三、立法权限划分不明晰导致的冲突), disponible à l'adresse <http://www.modernchinastudies.org/us/issues/past-issues/101-mcs-2008-issue->

[3/1060-2012-01-05-15-35-31.html](#) [dernière consultation le 02 janvier 2018, non numéroté].

TAO Z., FAHEY E., « The Pretrial Discovery Process in Civil Cases : A Comparison of Evidence Discovery Between China and the United States », 37 B.C., *Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 37, n°2, (2014), pp. 281-332.

TANG M., « Does China Need "Good Samaritan" Laws to Save "Yue Yue" ? », *Cornell International Law Journal*, vol. 47, n°1, article 7, pp. 205-231.

TSIEN T.-H. « La nouvelle législation et les réformes institutionnelles en République populaire de Chine », *RIDC*, n°3, vol. 32, 1980, pp. 601-623.

VANDERMEERSCH L., « Pouvoir d'État et société civile dans la tradition confucianiste », in *Études sinologiques*, Paris, Puf, 1994, pp. 331-345.

VANDERMEERSCH L., « Rites et droit dans la tradition chinoise », *Le Débat*, 2015/2, n°184, pp. 161-168.

VANDERMEERSCH L., « Une tradition réfractaire à la théologie : la tradition confucianiste », *Extrême-Orient, Extrême-occident*, n°6, 1985, pp. 9-21.

WAN Qiliu (万其刚), « Création et évolution du régime des Congrès populaires chinois » (« 我国人民代表大会制度的形成与发展 »), *Contemporary China History studies* (当代中国史研究), vol. 12, n°1, 2005, pp. 33-40.

WANG C., « Chinese Environmental Law Enforcement : Current Deficiencies and Suggested Reforms », *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 8, 2007, pp. 159-193, disponible en libre accès à l'adresse : <http://vjel.vermontlaw.edu/files/2013/07/Chinese-Environmental-Law-Enforcement.pdf> [dernière consultation le 04 octobre 2017]

WANG C., « Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a county of rapid social changes », *Frontier of Law in China*, vol. 1, n°4, 2006, pp. 524-549.

WANG Fuhua (王福华), RONG Tianming (融天明), « Le temps limité du procès civil » (« 民事诉讼审限制度的存与废 »), *Sciences juridiques* (法律科学), vol. 25, n°4, 2007, pp. 95-103.

WANG Ge (王阁), « Le sens de la médiation obligatoire –commentaire critique de la « médiation prioritaire » du nouvel article 122 de la Loi de procédure civile » (« 强制调解 释义考—兼评新“民事诉讼法”第 122 条之“先行调解” »), *Journal de*

l'Université des sciences économiques, politiques et juridiques de Zhengzhou, vol. 149, n°3, 2015, pp. 74-81.

WANG H., « The Improvement of Civil Pretrial Procedures in China: The Comparison of Pretrial Procedures in China, Japan and South Korea », *Cross-Cultural Communication*, vol. 7, n°3, 2011, pp. 55-58.

WANG Lei (王磊), « Réflexions sur la doctrine constitutionnaliste du pouvoir législatif administratif » (« 对行政立法权的宪法学思考 »), *Études de droit sino-étranger* (中外法学), vol. 59, n°5, 1998, pp. 58-63.

WANG Liming (王利明), « Discussion sur les transactions » (« 论和解协议 »), *Politique et Droit* (政治与法律), n°1, 2014, pp. 49-57.

WANG Liming (王利明), « Le chemin législatif des *Dispositions générales* de droit civil » (民法总则的立法思路), *Seeking truth*, (求是学刊), vol. 42, n°5, sept. 2015, pp. 78-86.

WANG W., « La mise en œuvre d'un contrôle efficace de constitutionnalité en Chine », *RFDC*, n°98, vol 2, 2014, pp. 413-444.

WANG Wei (王伟), « Analyse sur la valeur de la loi établie par l'APN - exemple de la loi applicable dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité » (« 全国人大常委会立法的法律位阶探析 — 以“涉外民事关系法律适用法”为例 »), *Journal de l'Université des Sciences Sociales du Nord Est* (东北大学学报 (社会科学版)), vol 16, n°2, mars 2014, pp. 182-188.

WANG Yan (王彦), « Discussion sur le devoir d'information du juge » (« 谈法官的释明义务 »), disponible à l'adresse suivant : <http://court.gmw.cn/html/article/201309/13/137331.shtml> [dernière consultation le 16 mars 2018].

WANG Z., « Case precedent in Qing China : Rethinking Traditional Case Law », *19 Colum. J. Asian L.*, 2005-2006, pp. 323-324.

WEI H., « Introduction to the open Selection and Promotion System and the Documents », *Chinese Law & Government*, vol. 48, n°5, 2016, pp. 325-329.

WEI Zhixun (魏治勋), « Le pouvoir d'interprétation juridique du juge et le système d'interprétation juridique » (« 法律解释体制与法官的法律解释权 »), *Science juridique de l'Orient* (东方法学), mars 2013, pp. 69-83.

WEN Wen (温文), TAN Ren-Jie, (谭任杰) « Le choix entre la preuve légale et la preuve libre – Analyse à partir du système de preuve civile » (« 法定证据与自由心证之抉择 — 以民事证据制度的选择为视角 »), *Journal de l'Institut juridique et des sciences politiques du Shanxi*, vol. 24, n°2, 2011, pp. 122-123.

WILL P-É., « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableau », *Études chinoises*, XXII, 2003, pp. 93-157.

WOO M. Y-K., « Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 8 n°3, 1999, pp. 581-615.

WOO M. Y-K., WANG Yaxing, « Civil Justice in China : An Empirical Study of Courts in Three Provinces », *American Journal of Comparative Law*, 53(4), 2005, pp. 911-940.

WU Qingyi (吴清一), WANG Jisheng (王吉生), « Trois grandes comparaisons entre "la séparation tripartite des pouvoirs" et "les cinq pouvoirs Constitutionnels" » (« “三权分利”与“五权宪法”思想三大比较 »), *Journal des Sciences sociales et humaines de l'Université de Hainan* (海南大学学报), vol. 23, n°3, 2005, pp. 273-278.

WU Y., « The Community of Legal Experts in Sixteenth- and Seventeenth-century China », In Li Chen, Madeleine Zelin (dir.), *Chinese law : knowledge, practice and transformation, 1530s to 1950s*, Brill : Leiden Boston, 2015, pp. 205-230.

XIA Xiaohui (夏晓慧), « Analyse des relations entre l'interprétation judiciaire et les cas directeurs » (« 论司法解释与指导性案例的关系 »), *Journal de l'Institut des cadres administratifs en droit et politique du Guangxi*, Vol. 24, n°1, janv. 2009, pp. 106-110.

XIE Qinkui (谢庆奎), « Recherche sur l'établissement du régime d'assemblée populaire et le système de gouvernement constitutionnel » (« 宪政体制与人民代表大会制度建设研究 »), *Nouvelles perspectives* (新视野), janvier 2005, pp. 48-51.

XIAO-PLANES X., « Huaiyin Li, Village Governance in North China 1875-1936, Stanford, Stanford University Press, 2005, 325 p. », *Perspectives chinoises*, 2008, n°1, pp. 129-131.

XIAO-PLANES X., « La difficile réforme de l'État chinois », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, vol. 1, n°109-110, 2013, pp. 4-9.

XU Aiguo (徐爱国), « Réflexion sur la "mort" de la science du droit chinoise » (论中国法理学的“死亡”), *Revue critique du droit chinois*, (中国法律评论), vol. 10, n°2, 2016, pp. 189-197.

XU Aiguo (徐爱国), LI Weidong (李卫东) *et al.*, « De quelle science du droit la Chine a-t-elle besoin ? » (中国需要什么样的法理学?), *Revue critique du droit chinois* (中国法律评论), vol. 11, n°3, 2016, pp. 01-20.

XU Shaobo (许少波), « La triple signification de la médiation prioritaire » (« 先行调解的三重含义 »), *Science juridique croisée* (海峡法学), vol. 66, n°1, 2013, pp. 12-19.

XU Shanghao (许尚豪), « Quel contrôle à effectuer depuis le nouveau « système d'enregistrement des affaires » ? » (“立案登记制” 后如何审查立案), *Gazette des tribunaux populaires* (人民法院报), 24 décembre 2014.

XU Tong (徐彤), « Fondement théorique et pratique judiciaire du principe *Non Bis In Idem* » (« 一事不再理原则的理论基础与司法实践 »), *Journal of Sichuan University of Science & Engineering*, vol. 28, n°3, 2013, pp. 80-84

XU Weiping (徐卫平), « Comment comprendre correctement le système d'enregistrement des affaires » (怎样正确理解 立案登记制), *Gazette des tribunaux populaires* (人民法院报), 1er juin 2005, disponible à l'adresse : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2015-06/01/content_98428.htm?div=-1 [dernière consultation le 15 novembre 2015].

XU Yan (徐焱), « Théorie sur la position de source du droit des interprétations judiciaires » (« 论司法解释之法源地位 »), *Journal of Changsha Railway University* (Éd. Shs), vol 12 n°2, 2011, p. 21-22

XUE H., JIN Q., « International Treaties in the Chinese Domestic Legal System », *Chinese Journal of International Law*, 8, 2009, pp. 299-322.

XUE Tiande (薛天德), « Recherches sur plusieurs questions propres au système de contentieux constitutionnel chinois », (« 我国宪法诉讼制度若干问题研究 »), *Droit et Administration*, 2014-6, pp. 89-93.

XUN Dongguo (孟勤国), « Présentation historique de la loi sur les droits réels chinoises » (« 中国物权法的历史价值 »), *Science du droit*, sept. 2007, pp. 43-50.

XUE Zuowen (薛佐文), « Le pouvoir du juge dans l'interprétation juridique » (« 法官在法律解释权中的权力 »), *Journal de l'Université des Minorités du Sud-ouest*, vol. 7 n°215, 2009, pp. 110-115.

YANG C., GUANG L., « Book One of the Chinese Civil Code : China's General Provisions of Civil Law Promulgated », disponible à l'adresse suivante : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5d4f7895-c7be-424c-b775-924a7ff8f1f6> [dernière consultation le 04 octobre 2017].

YANG Guangbin, (杨光斌) « Le centralisme démocratique a une place prioritaire dans le régime politique chinois » (« 民主集中制是我国根本政治制度的优势所在 »), disponible à l'adresse :

http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-09/30/content_1880396.htm [dernière consultation le 2 octobre 2017]

YANG Guoxing (杨国兴), HE Yulong (何育龙), « Discussion sur les relations entre la prétention de droit civil et l'action » (« 论民事请求权与诉权的关系 »), *État de droit et société* (法治与社会), 2014, n°4, pp. 20-21.

YANG Hong-chao (杨红朝), « Sur la combinaison entre l'évaluation souveraine de la preuve et la preuve libre : analyse d'un modèle de preuve civile » (论自由心证与证据规则结合之证明模式—以我国民事证明模式的选择为中心), *Journal de l'Université des technologies de Wuhan* (éd. sciences sociales), vol. 19, n°4, août 2006, pp. 539-543.

YANG Hui (杨慧), « Rappel sur le lien entre la cause du procès civil et le but du procès » (« 简述民事案由与诉讼标的的关系 »), *Recherche théorique* (理论研究), n°6, 2010, p. 100.

YANG Ming (扬明), « Le système de droits civils, de prétentions et des voies de recours en matière privée » (« 请求权、私权救济与民事权利体系 »), *Recherches de droit comparé* (比较法研究) 2007, n°4, pp. 64-77.

YANG Yifan (杨一凡), « Une erreur importante dans les recherches de la généalogie du système juridique chinois – remise en cause de « la fusion de tous les droits sans différenciation du pénal et du civil » (中华法系研究中的一个重大误区—“诸法合体, 民刑不分”说质疑), *Sciences sociales chinoises*, juin 2002, pp. 78-95.

YANG Zhongwen (杨忠文), YANG Beiyuan (杨北岩), « Analyse de la hiérarchie des effets de droit » (« 法的效力等级辨析 »), *Seeking Truth* (求是学刊), vol. 30, n°6, nov. 2003, pp. 74-80.

YAO Hui (姚辉), « La fonction théorique de la méthode des cas directeurs en matière civile » (« 民事指导性案例的方法论功能 »), *Journal de l'Institut National des Procureurs*, vol. 20, n°1, fév. 2012, pp. 13-20.

YIN Zhongqing (尹中卿), « Les caractéristiques fondamentales du système législatif chinois » (« 我国现行立法体制的基本特征 »), *Jilin Renda* (吉林人大), vol. 132, n°11, 2001. pp. 36-37.

YU Wentang (余文唐), « La jonction entre l'enregistrement des demandes et la médiation préalable » (« 登记立案与诉前调解的衔接 »), *Gazette des tribunaux populaires* (人民法院报), publié le 28 mai 2015 à l'adresse suivante : http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2015-05/28/content_6102268.htm [dernière consultation le 22/09/2016].

YUAN Jiliang (袁吉亮), « Réflexion sur l'absence de conformité du régime d'interprétation légale » (« 论立法解释制度之非 »), *Sciences juridiques chinoises*, n°4, 1994, pp. 24-29.

YUAN Lihua (袁利华), « La nécessaire réforme du régime de conciliation judiciaire civile en Chine » (« 我国民事诉讼和解制度之改革探索 »), *Journal de l'Université du Shanxi (éd. sciences sociales)*, vol. 42, n°1, janv. 2015, pp. 44-47.

YUE Chunzi (岳纯子), « On the Statute of "Doing what Ought Not to Be Done" in the Tang Criminal Code » (« 论“唐律”“不应得为”条 »), *Journal de l'université de l'union de Pékin (éd. sciences sociales)*, vol. 13, n°4, oct. 2015, pp. 103-108.

YUEN S., « Le débat sur le constitutionnalisme en Chine : le rêve d'un tournant libéral ? », *Perspectives chinoises*, 2013/4, p.73-79.

ZANG Zhifei (藏知非), « Sur l'origine et le changement de la pratique de "considérer les fonctionnaires comme des professeurs" et de "prendre la loi comme contenu de l'enseignement" dans la dynastie Qin » (秦“以吏为师，以法为教”的渊源与流变), *Journal de l'Institut du Jiangsu*, vol. 40, n°4, 2008, pp. 124-130.

ZHAN Hui (詹晖), « Analyse sur la nature de la prétention » (« 关于请求权性质的辨析 »), *Faxue Luncong* (法学论丛), vol. 493, n°9, 2014, pp. 75-79.

ZHANG B., Li Y., « The Supreme People's Court of China in the Process of Judicial Reform », contribution *prévue* dans le cadre du colloque « The functions of the Supreme Court – issues of process and administration of justice », disponible à l'adresse <http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/ZHANG-The-Supreme-People%E2%80%99s->

[Court-of-China-in-the-Process-of-Judicial-Reform.pdf](#) [dernière consultation le 10 janvier 2018].

ZHANG Chunsheng (张春生), « Discussion sur le pouvoir législatif étatique de la Chine » (« 论我国的国家立法权 »), *Weishi* (唯实), n°10, 2003, pp. 45-48.

ZHANG Hong (张红) « L'application de la Constitution dans les jugements civils – réflexion à partir de la jurisprudence, du sens du droit et de la situation de la politique juridique » (« 民事裁判中的宪法适用—从裁判法理, 法释义学和发政策角度考证 »), *Recherches de droit comparé*, 2009-4, pp. 35-51.

ZHANG N., « Corps et peine capitale dans la Chine impériale. Les dimensions judiciaires et rituelles sous les Ming », *T'oung Pao* [Brill], n°94, 2008, pp. 262-265.

ZHANG N., DOUGLAS W., « Recent trends in evidence law in China and the new evidence scholarship », *Law Probability and Risk*, Oxford University Press, n°9, 2010, pp. 103-129.

ZHANG Qianfan (张千帆), « Limite et voie du constitutionnalisme chinois » (« 中国宪政的路径与局限 »), *Science du droit*, 2011-1, pp. 70-78.

ZHANG Ruxiu (章汝秀), FU Xiaojuan (符晓娟), « Recherche sur le système d'appel civil », (« 民事诉讼的上诉制度研究 »), *Vision juridique* (法制博览), 2013-4, pp. 201-202.

ZHANG Shaohui, « L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations », *Revue de droit uniforme*, 2008, pp. 153-178.

ZHANG Weiping (张卫平), « Les conditions de la demande en justice et les conditions du jugement au fond » (« 起诉条件与实体判决要件 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), n°6, 2004, pp. 58-68.

ZHANG Weiping (张卫平) « Les difficultés de la demande en justice : réflexion sur un problème chinois » (« 起诉难: 一个中国问题的思考 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), n°6, 2009, pp. 65-76.

ZHANG Weiping, (张卫平) « Repenser et reconstruire le système d'acceptation des affaires civiles » (« 民事案件受理制度的反思与重构 »), *Studies in law and business*, (法商研究), vol. 167, n°3, 2015, pp. 3-15.

ZHANG Weiqi (张闾祺), « Discussion sur les règles établissant un droit environnemental dans le code civil » (« 论民法典中环境规范的体系建构 »), *Environmental protection*, vol. 44, n°21, 2016, p. 55

ZHANG Weiren (张伟人), « Sources, développement et particularités de la culture juridique chinoise » (« 中国法文化的起源, 发展和特点 »), *Peking University Law Journal* (中外法学), vol. 23, n°1, 2011, pp. 52-55.

ZHANG Weiwei (张维炜) « La Chine entre dans « l'ère du Code civil » (中国步入“民法典时代”», *Gazette de l'Assemblée Populaire Nationale*, n°13, 2016 et disponible sur le site de l'APN à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2016-08/03/content_1994728.htm

ZHANG Wusheng (章武生), « Réforme et perfection de la procédure d'urgence » (« 督促程序的改革与完善 »), *Chinese Journal of Law* (法学研究), vol. 2, 2002, pp. 123-134.

ZHANG X., « The New Round of Civil Law Codification in China », *University of Bologna Law Review*, vol. 1 :1, 2016, pp. 106-137.

ZHANG Xinbao (张新宝), WANG Weiguo (王伟国), « Analyse sur la question de rétroactivité des interprétations judiciaires de la Cour Suprême Populaire » (« 最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨 »), *Science du droit* (法律科学), n°6, 2010, pp. 109-124.

ZHANG Yi (张熠), « Respect ou mise à l'écart : "l'intérêt de la demande" comme complément des articles de loi relatifs à la procédure civile », (« 恪守抑或突破：“诉的利益”对民事诉讼法相关法条的补正 »), Site du tribunal populaire du Jiangsu (江苏), mis en ligne le 22 janvier 2013, disponible à l'adresse : <http://www.jsfy.gov.cn/llyj/xslw/2013/01/22154658224.html>

ZHANG Yinghong (张颖宏), « Sur la comparaison entre le régime d'homologation judiciaire des accords de médiation populaire et l'acte authentique exécutoire » (« 强制执行公证与人民调解协议司法确认制度比较研究 »), *La justice en Chine* (中国司法), n°9, 2013, pp. 35-38.

ZHANG Yongli (张永丽) « Les relations entre le droit civil et la Constitution, "droit mère" et droit référentiel » (« 从根本法, 母法谈宪法与民法的关系 »), *Journal de recherche de l'université des sciences politiques et économiques de Zhongnan*, avril 2008, pp. 113-118.

ZHANG Zhengzhou (张郑州), « La place ambiguë de la démocratie et le déséquilibre des pouvoirs – le système du centralisme démocratique dans la société politique chinoise contemporaine » (« 民主悬置与权力失衡—当代中国政治社会中的民主集中制 »), *Journal de l'Université des sciences et technologies de la Chine du Nord* (华北理工大学学报), vol. 17, n°2, 2017, p. 22.

ZHAO Juan (赵娟), « Considérations sur la légitimité du système des cas directeurs » (« 案例指导制度的合法性评析 »), *Université des sciences sociales du Jiangsu*, n°6, 2011, pp. 141-147.

ZHAO Juan (赵娟), « La Constitution est-elle du droit ? » (« 宪法是法律吗 ? »), *Sciences sociales de Nanjing*, n°7, 2014, pp. 77-83.

ZHAO Xiaogeng (赵晓耕), KAMIO Masashi (神尾将司), « Le droit chinois traditionnel incarné dans la "Grande Médiation" des réformes institutionnelles de la Chine contemporaine. Analyse du point de vue de la tripartite chinoise du Qing, du Li et du Fa » (« 现代中国的调解制度改革“大调解”体现的传统法意识 — 以情, 理, 法为材料分析 »), *Hebei Law Science*, vol. 31, n°10, oct. 2013, pp. 13-22.

ZHAO Xinhui (赵信会), « Définition fondamentale d'un modèle de procédure civile et modifications du droit existant en la matière » (« 民事诉讼模式的基本定位与民事诉讼法修改 »), *Hebei Law Science* (河北法学), n°23, févr. 2005, pp. 56-59.

ZHENG Dongting (郑栋庭), « Analyse sur la possibilité d'interdire le déni de justice » (« 不得拒绝裁判原则确立可能性深究 »), *Système juridique et société*, vol 2, n°5, 2014, pp. 27-28.

ZHONG Zhang, « The Practical Basis of Evidence legislation in China », présentation dans le cadre de la conférence « Les fondations du droit des preuves et leur conséquence dans les pays en développement », Université Nord Ouest de Chicago, 21 et 22 novembre 2014. Disponible à l'adresse : <http://www.bu.edu/ilj/files/2015/03/Zhong-Zhang-Practical-basis-of-evidence-legislation-in-China.pdf> [dernière consultation le 20 octobre 2015]

ZHOU Qing (周庆), LI Wei (李蔚), « Recherche sur l'application des ordonnances d'irrecevabilité dans les affaires civiles en Chine » (« 我国民事案件不予受理裁定的适用研究 »), *Journal of Beihua University* (北华大学学报), vol. 18, n°4, jul. 2017, pp. 77-85.

ZHOU Wangsheng (周旺生), « Discussion sur quelques questions concernant la législation du Conseil des Affaires d'État » (« 论国务院立法的几个问题 »), *Law Review*, (法学评论), 1988 (02), pp. 9-14.

ZHOU Wangsheng (周旺生), « Recherches sur l'actuel système d'interprétation juridique en Chine » (« 中国现行法律解释制度研究 »), *Science du droit moderne* (现代法学), vol. 25, n°2, 2003, pp. 3-10.

ZHOU Xiang (周详), « 胎儿“生命权”的确认与刑法保护 », « La reconnaissance et la protection pénales du "droit à la vie » du fœtus » *Faxue*, n°8, 2012, pp. 51-60.

ZHOU Xiaozhou (周小舟), « Analyse des relations entre les cas directeurs et l'interprétation judiciaire » (« 论指导性案例与司法解释的关系 »), *Xiangchao* (湘潮), nov. 2011, pp. 33-34.

ZHU Mingzhe (朱明哲), « La conception européocentrique du droit dans la modernisation du système juridique en Chine : le cas Georges padoux » (« 中国近代法制改革于欧洲中心主义法律观—以宝道为入点 »), *Journal of Comparative Law*, n°1, 2008, pp. 155-170.

« Quand les interprétations juridiques ne sont pas unifiées, on ne peut qu'appliquer le principe d'antériorité et d'application de la loi moins sévère » (« 法律解释不一致时, 只能是从旧兼从轻 »), disponible à l'adresse : <http://china.findlaw.cn/bianhu/cqhwzsbh/xfpfyz/cjjcq/18515.html> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

3) *Sinologie*

AUDIN J., « Le quartier, lieu de réinvention des relations État-société en Chine urbaine : l'exemple des comités de résidents à Pékin », *Raisons politiques*, vol. 29, n°1, 2008, pp. 107-117.

BIANCO L., « "Classes laborieuses et classes dangereuses" dans la Chine impériale », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 17, n°6, 1962, pp. 1175-1182.

CHABAILLE-WANG F., « L'expansion contrariée des concessions étrangères en Chine et ses éclairages sur la société urbaine des années 1910 », *Études chinoises*, vol. XXXV, n°2, 2016, pp. 105-121.

CHARON P., « Dispositifs et expériences participatifs en Chine » disponible sur le site *sinopolis* à l'adresse suivante : http://sinopolis.hypotheses.org/112#_edn6 [dernière consultation le 20 décembre 2017].

CHARON P., « Anatomie de l'État local en Chine, structuration et distribution du pouvoir », disponible à l'adresse : <http://sinopolis.hypotheses.org/290> [dernière consultation le 20 décembre 2017].

CHEVRIER Y., « Chine, "fin de règne" du lettré ? Politique et culture à l'époque de l'occidentalisation », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, vol. 4, n°4, 1984, pp. 81-139.

DU X., « Y-a-t-il une traduction chinoise du mot "être" ? », *Rue Descartes*, 2011/2, n°72, pp. 17-29.

DURANT P-H., « Langage bureaucratique et histoire. Variations autour du Grand Conseil et de l'ambassade Macartney », *Études chinoises*, vol. XII, n°1, print. 1993, pp. 41-145.

GOOSSAERT V., « La gestion des temples chinois au XIXe siècle : droit coutumier ou laisser-faire ? », *Extrême-Orient, Extrême-occident*, n°23, 2001, pp. 9-24.

GOOSSAERT V., « Le concept de religion en Chine et l'Occident », *Diogène*, n°205, 2004/1, p. 11-21.

JULLIEN F. « De la Grèce à la Chine, aller-retour », *Propositions, Le débat*, 2001/4, n°116, pp. 134-143.

JULLIEN F., « Essai : "Fonder" la morale, ou comment légitimer la transcendance de la moralité sans le support du dogme ou de la foi (au travers du Mencius) », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°6, 1985, pp. 23-81.

LIN Z., « Réflexions sur le parcours des Lumières en Chine moderne », *Rue Descartes*, 2015/1, n°84, pp. 65-75.

MEISSNER W., « Réflexions sur la quête d'une identité culturelle et nationale en Chine du XIXe siècle à aujourd'hui », traduit par Raphaël Jacquet, *Perspectives chinoises*, n°97, sept-oct. 2006, pp. 45-58.

ROUX A., « Les "guerres de l'opium" : les canons de la liberté », *Mouvements*, 2012/2, n°86, pp. 90-99.

SCHIPPER K., « Chiens de paille et tigres en papier : une pratique rituelle et ses gloses au cours de la tradition chinoise », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°6, 1985, (n° spécial : Une civilisation sans théologie ?), pp. 83-94.

VOLKOV A. K, « Analogical Reasoning in Ancient China : some examples », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, n°14, 1992, pp. 15-48.

WILL P-E., « Chine moderne et sinologie », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 49^{ème} année, n°1, 1994, pp. 7-26.

WILL P-E., « Adjudicating Grievances and Educating the Populace : Reflections Based on Nineteenth-Century Anthologies of Judgements », *A Conference in Honor of Jerome Alan Cohen*, East Asian Legal Studies Program, Harvard Law school, 18 et 19 juin 2010, disponible à l'adresse : http://www.college-de-france.fr/media/pierre-etienne-will/UPL7851685216927713405_Adjudicating_Grievances_1.pdf [dernière consultation le 20 janvier 2018].

ZHAN S., « L'image de la Chine dans la pensée européenne du XVIII siècle : de l'apologie à la philosophie pratique », *Annales historiques de la Révolution française*, 347, janv.-mars 2007, disponible à l'adresse : <http://ahrf.revues.org/8523> [dernière consultation le 11 octobre 2017].

4) *Autres*

HAUDRICOURT A-G, « Domestication des animaux, culture des plantes et traitement d'autrui », *L'homme*, t. 2, n°1, 1962, pp. 40-50.

V. COMMUNIQUÉS ET PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES

Plan quinquennal judiciaire de 2003-2008 (人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008), publication [2005], n°18, n°6.

MAO Zedong, « Essai sur les dix grandes relations » (论十大关系) (discours), prononcé le 24 avril 1956 devant le Bureau politique du Parti Communiste Chinois.

« Décision sur les questions essentielle de la grande réforme » (中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定) adoptée au cours de la 3^{ème} session plénière du XVIIIème Comité central du PCC le 12 novembre 2013, disponible à l'adresse suivante : http://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content_2528179.htm [dernière consultation le 30 décembre 2017]

« Actualité : l'interprétation législative du Comité Permanent » (新闻背景：全国人大常委会立法解释), publié sur le site du gouvernement central le 21 avril 2014, disponible à l'adresse suivante : http://www.gov.cn/xinwen/2014-04/21/content_2663850.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

« Décision sur les questions essentielles de la promotion de l'État de droit » (中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定), adoptée au cours de la 4^{ème} session plénière du XVIIIème Comité central du PCC publiée le 23 octobre 2014, disponible en chinois à l'adresse suivante : http://www.gov.cn/zhengce/2014-10/28/content_2771946.htm [dernière consultation le 10 avril 2018] et en anglais à l'adresse : <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/10/28/ccp-central-committee-decision-concerning-some-major-questions-in-comprehensively-moving-governing-the-country-according-to-the-law-forward/> [dernière consultation le 10 avril 2018].

Discours de Xi Jinping donné à Chongqing le 5 septembre 2014 à l'occasion des soixante ans de la création de l'Assemblée Populaire Nationale (« 在庆祝全国人民代表大会成立 60 周年大会上的讲话 ») disponible à l'adresse suivante : http://news.xinhuanet.com/politics/2014-09/05/c_1112384483.htm [dernière consultation le 30 décembre 2017]

Rapport présenté par Xi Jinping au XIXème Congrès national du PCC le 18 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://news.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/27/c_1121867529.htm et dans sa version française : http://french.xinhuanet.com/chine/2017-11/03/c_136726219.htm [dernière consultation le 19 novembre 2017]

« Le développement de la loi chinoise contemporaine » (« 当代中国立法的发展 »), *Xinhua*, publié le 13 nov. 2007 sur le site officiel des gouvernements populaires locaux, disponible à l'adresse suivante : http://www.locallaw.gov.cn/dflfw/Desktop.aspx?PATH=dflfw/sy/xxll&Gid=f7d2b1f5-2a6a-4787-8870-c8fdcc5a1599&Tid=Cms_Info [dernière consultation le 30 décembre 2017].

« Quelques problèmes que devra résoudre l'amendement de la loi organique des collectivités locales » (« 修改地方组织法应研究和解决的几个问题 »), *Recherches de l'Assemblée Populaire* (人大研究), 5 juil. 2012, disponible à l'adresse suivante : http://www.locallaw.gov.cn/dflfw/Desktop.aspx?PATH=dflfw/sy/xxll&Gid=04d91ff5-1073-4d59-8f3d-d06f59cdeb01&Tid=Cms_Info [dernière consultation le 30 déc. 2017].

« Le système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises » (« 中国特色社会主义法律体系 »), Agence *Xinhua*, 28 nov. 2011, texte publié sur le site officiel de l'APN, disponible à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2011-10/28/content_1677848.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018].

« L'interprétation juridique est la forme principale du renforcement et de la réforme de la loi », (« 法律解释是加强和改进立法的重要形式 »), *Gazette de l'APN*, sept. 2014, disponible à l'adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2014-06/05/content_1864925.htm [dernière consultation le 10 janvier 2018]

« La protection juridique de l'environnement au regard du principe de protection de l'environnement et de l'écosystème des "Dispositions Générales de droit civil" », article publié sur le site du tribunal intermédiaire de la préfecture de Shaoguan (province du Guangdong) le 23 juin 2017, disponible à l'adresse suivante : <http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/37615-?lmdm=1041> [dernière consultation le 06 octobre 2017].

« Discussion sur les frontières de compétence dans la procédure d'approbation de la législation locale » (« 论地方立法批准程序的权利边界 »), mis en ligne le 14 fév. 2014 sur le site de bureau de travail législatif du CAE et disponible à l'adresse suivante : <http://www.chinalaw.gov.cn/article/dfxx/dfzxx/hn/201402/20140200394909.shtml> [dernière consultation le 1^{er} nov. 2014].

« Comment traiter correctement la relation entre jugement et médiation » (« 如何处理调解与判决的关系 »), communiqué du site officiel des tribunaux populaires publié le 29 mars 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2012/03/id/476573.shtml> [dernière consultation le 22 sept. 2016]

« Les abus du droit de rétractation en matière de médiation civile et les propositions pour y remédier » (« 设立民事调解反悔权的弊端及对策建议 »), communiqué du site officiel des tribunaux populaires publié le 03 juil. 2014 et disponible à l'adresse suivante : <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1329633.shtml> [dernière consultation le 22 septembre 2016].

« Réflexion sur la possibilité de procéder à une médiation pour conclure une affaire de demande en reconnaissance des effets contractuels » (« 关于确认合同效力案件能否调解结案问题的思考 »), article publié sur le site du Tribunal populaire de la préfecture de Hefeng (Hubei), 21 fév. 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://hxfy.hbfy.gov.cn/docmanage/viewdoc?docid=7b27e5cb-89ca-4241-bf71-535657536226> [dernière consultation le 11 mai 2018].

« Annonce des résultats de la délibération du Comité juridique de la 12^{ème} APN concernant les "Dispositions générales en matière civile" » (projet) (第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告), 12 mars 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018917.htm [dernière consultation le 07 octobre 2017]

VI. ARTICLES DE PRESSE

« "L'ouverture de la loi" doit être institutionnalisée » (« "开门立法" 需要制度化 »), *Dongfang Zaobao (Journal du matin de l'Orient)*, 27 oct. 2005.

« A Judge Test China's Court, Making History », 28 nov. 2005, disponible à l'adresse : <http://www.nytimes.com/2005/11/28/world/asia/a-judge-tests-chinas-courts-making-history.html> [dernière consultation le 10 janv. 2018].

« Les différences fondamentales entre le système des Assemblées populaires et celui de la séparation des pouvoirs », (« 人民代表大会制度与“三权分立”制度有根本区别 »), *Quotidien du Peuple*, (人民日报), 2 fév. 2009.

« Chinese Supreme Court judge gets life term », *Quotidien du Peuple*, 20 janv. 2010.

COLLET M. (Interview de), « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », *Libération*, 21 mars 2013.

« *Students in the house* », *The Economist*, disponible sur le site www.economist.com 20 mars 2014.

« *Sunflower sutra* », *The Economist* disponible sur le site www.economist.com 8 avril 2014

« La question du chevauchement des compétences résolue par le système de liste des pouvoirs du gouvernement » (« 政府权力清单制度迎难而上 需解决职权交叉等问题 »), 9 juin 2014, disponible à l'adresse : <http://www.chinanews.com/gn/2014/06-09/6256234.shtml> [dernière consultation le 30 déc. 2017].

« *6 Questions You Might Have About Hong Kong's Umbrella Revolution* », 5 octobre 2014, disponible sur le site www.time.com ; Numéro spécial du *Time* distribué en Asie « *The Umbrella Revolution* » du 13 oct. 2014.

JACQUIN J-B., « À Bobigny, on n'a pas le même combat que les avocats », *Le Monde*, 21 oct. 2015.

« For China, Constitution Day Comes without Constitutionalism », *The Diplomat*, déc. 2014.

« On First Annual Constitution Day, China's Most Censored Word Was "Constitution" », *Foreign Policy*, 5 déc. 2014.

« China revises law on legislative process », *agence Xinhua* mis en ligne le 22 décembre 2014. http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-12/22/c_133870880.htm [dernière consultation le jour même].

JOFFRIN L, « Le centralisme En marche », édito *Libération*, 25 juil. 2017.

« Les différences fondamentales entre le régime de la “séparation des pouvoirs” et le système des assemblées populaires » (« 人民代表大会制度与“三权分立”制度有根本区别 »), *Quotidien du Peuple*, 02 fév. 2009, disponible à l’adresse : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdlt/rdjs/2009-02/02/content_1468725.htm [dernière consultation le 2 oct. 2017].

« Comment superviser le pouvoir législatif local » (« 如何监督地方立法权 »), *legaldaily*, 27 janv. 2001, disponible à l’adresse : http://www.legaldaily.com.cn/jdwt/content/2010-01/27/content_2038030.htm?node=5960 [dernière consultation le 4 nov. 2017].

« Court branch opens near Disneyland », *China Daily*, article disponible à l’adresse : http://www.chinadaily.com.cn/china/2016-05/19/content_25358180.htm [dernière consultation le 22 août 2016].

« Le tribunal peut-il refuser de juger ? » (« 法院可以拒绝裁判吗 ? ») *Guangdong News*, disponible à l’adresse : <http://www.southcn.com/news/china/gdspcn/200210180534.htm> [mis en ligne le 18 oct. 2002, dernière consultation le 10 janv. 2018].

ZHANG W., « China is Now Grappling With What It Means to Review Its Constitution », *The Wire*, disponible à l’adresse <https://thewire.in/190278/china-now-grappling-means-review-constitution/> [dernière consultation le 19 nov. 2017].

VII. PRINCIPAUX TEXTES NORMATIFS

1) France

1.1) DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES, LOIS ORGANIQUES, LOIS ORDINAIRES, ORDONNANCES, DÉCRETS, CIRCULAIRES, PROJETS DE LOI

C.C., décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus

C.C., décision n°2004-491 DC du 12 févr. 2004, *Polynésie française*.

C.C., décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

C.C., décision 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales.

C.C., décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

C.C., décision n°2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives

Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 portant modification des articles 61-1 et 62 de la Constitution française. Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

C.C. décision n°2013-314 P QPC du 13 avril 2013.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits

Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (1).

Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (1),

Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile.

Décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité et modifiant le Code de l'organisation judiciaire, le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale.

Décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

Décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale.

Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

Décret du 26 avril 2016 n°2016-514 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires.

Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

Décret n°2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, modifié par le décret n°2017-1227 du 2 août 2017.

Circulaire du 4 août 2017 de présentation des dispositions du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, modifié par le décret n°2017-1227 du 2 août 2017

Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, présenté au Conseil des ministres le 20 avril 2018 par la Garde des Sceaux, enregistré à la présidence du Sénat le jour même.

Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, dans sa version enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

Projet de loi organique pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, dans sa version enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2018.

1. 2) JURISPRUDENCES PRINCIPALES, COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE ET AVIS

Cass. Civ. 2^e, avis, 20 déc. 2017, PB n°17019.

CE, 10 décembre 1962, *Société indochinois de constructions électriques et mécaniques*, *Rec.* p. 676.

Civ. 2^e, 14 mars 1967 : *Jurisdata* n°1967-099123, *Bull. civ.* II, n°123.

CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, *Rec.* p. 607.

Cass. Civ. 2^e, 8 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973. 1. 82 ; *RTD civ.* 1973. 607, obs. Hébraud.

Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13556, *Société Café Jacques Vabre*, *Bull. civ.* IV, 1975.

Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-13288, *Bull. civ.* II, n° 99.

CEDH, 26 oct. 1984, req. n°9186/80, *De Cubber c/ Belgique*.

Civ. 2°, 3 juillet 1985, n°84-10356, *Bull. I*, n°133.

CEDH, 21 février 1986, requête n° 8793/79, *James c/ Royaume-Uni*.

Cass. Civ. 3°, 9 décembre 1986, *Bull. civ. III*, n°173.

Cass. Civ. 2°, 16 juin 1993, n°91-15332, *JCP G* 1993 I, 3723, n°3.

CEDH, 22 sept. 1994, requête n° 13616/88, *Hentrich c/ France*.

CE Ass. 30 oct. 1998, n°200286 200287, *Sarran et Levacher*,

Cass. Civ. 3°, 27 janv. 1999, n°97-12970, *Bull. civ. III* n°19

Cass. Soc. 28 mars 2000, n°97-4219.

Cass. Ass. Plén. 2 juin 2000, n° 99-60274, *Fraisse*, *Bull. ass. plén.* n°4.

Cass., 3° civ. 13 juin 2001, *Bull. civ, I*, 2001, n°78.

Cass. Soc., 18 juillet 2001, n°99-45534 99-45535 *Bull. civ.* 2001, V. n°279.

Cass. Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19423, *Bull.*, *mixte I*, 2003, p. 1 ; *JCP E* 2003, p. 707, note H. Croze H. et D. Gautier ; C. Pelletier, « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC* 2011, p. 916.

Cass, Ass. Plén., 23 janvier 2004, n° 03-13617.

C. C., 12 févr. 2004, no 2004-491 DC, *Polynésie française*

Cass. Com., 14 décembre 2004, n°01-10780, *Bull. Civ. IV*, 2004, n°227, p. 257.

Cass. Civ. 2°, 27 mai 2004, n° 02-18542, *Bull. II*, 2004, n°253.

Cass. Civ. 2°, 28 juin 2006, n°04-17224, *Bull. II*, n°174.

Cass, Ass. Plén., 7 juillet 2006, *Césareo*, *Bull. AP.* n°648.

Cass. Civ. 2^e, 13 juillet 2006, n°05-13976.

CE, 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, requête n° 282456.

CE Ass. 8 fév. 2007, n°287110, *Scté Arcelor Atlantique et Lorraine*, P. Deumier, « Constitution et droit communautaire dérivé ; la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *D.* 2007, p. 2742.

Civ. 2^e, 14 juin 2007, n°06-15319, *Bull. civ. II*, n°152.

Cass. Soc. 5 décembre 2007, n°96-40634.

Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11343, *Bull. Ass. plén.* n° 10.

Cass. Civ 1^{re}, 8 avril 2009, n°08-10866, *Bull. I*, 2009, n°78.

Cass. Soc. 13 janvier 2010, n°08-19202, *Bull. V*, 2010, n°10.

Cass. Civ 2^e, 21 oct. 2010, n°09-12378, *Bull., II*, 2010, n°173 S. Chassagnard-Pinet, « La mise en lumière de *l'imperium* du notaire en matière de transaction », *Rec. Dall.*, 2011, pp. 493-498.

Cass. Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n°09-71.585, *Bull. civ. II*, n°212 ; *D.* 2011. 172 ; *RTD Civ.* Obs. R Perrot ;

Cass. Civ. 2^e, 26 mai 2011, n°06-19527.

Cass. Civ. 1^e, 5 avril 2012 n°11-14.177, *D.* 2012. 1596 note G. Lardeux ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. Hauser.

Crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938, *Erika*.

Cass. Civ. 2^e, 14 novembre 2013, n° 12-25.835, *Bull. II*, 2013, n°221.

Cass. Cass, 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 1389 (12-29-066).

Cass. Com. 29 avril 2014, n°12-27004, *Bull. IV*, 2014, n°76.

Cass ch. Mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684, *D.* 2015, p. 298, obs. C de presse, note C. Boillon ; Philippe Théry, « Clause de conciliation préalable : où les précautions contractuelles risquent de se transformer en bombe à retardement », *RTD Civ.* 2015, p. 187 ; Ch. Boillot, « Quelles sanctions procédurales pour les clauses de conciliation obligatoires ? *Rec. Dalloz*, 2015, p. 298.

Cass. Civ. 2^e, 19 février 2015, n°13-28223.

CEDH du 26 mars 2015, n°11239/11, *Croatie c/ Momcilovic*.

TGI de Paris, 5 février 2016, n°15/38132.

Crim, 22 mars 2016, n°13-87650

Civ. 3^e, 19 mai 2016, n°15-14464.

Civ. 3^e, 23 juin 2016, n°15-12158, *JCP* 2016, 1296, n°4 obs. Libchaber.

Cass., ch. mixte, 7 juillet 2017, n°15-25651 ; *RTD Civ.*, 2017, p. 872 obs. P. Jourdain ; *idem*, p. 882, obs. P-Y Gautier.

Civ. 2^e, 5 oct. 2017, n°16-22353.

Civ. 3^e 16 nov. 2017, n°16-24642.

2) *Chine*

2.1) *CONSTITUTION ET TEXTES À VALEUR LÉGISLATIVE*

« Directive sur l'abolition du Codes des six lois » (adoptées par le Guomindang) (中共中央关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示), publiée le 22 février 1949, disponible en chinois à l'adresse <http://cpc.people.com.cn/GB/64184/64186/66650/4491574.html> [dernière consultation le 12 mars 2018].

Constitution de la République Populaire de Chine, (中华人民共和国宪法) adoptée le 4 décembre 1982, dernière modification issue de *l'amendement de la Constitution de la RPC* adopté le 11 mars 2018 (中华人民共和国宪法修正案 (2018年3月11日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过)).

Principes temporaires des procédures contentieuses de la RPC (中华人民共和国诉讼程序试行通则), déc. 1950.

Loi organique des Assemblées populaires locales et des Gouvernements populaires locaux (中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法) adoptée le 1^{er} juillet 1979, dernière modification le 29 août. 2015.

Loi sur l'organisation des tribunaux populaires, (中华人民共和国人民法院组织法) adoptée le 1^{er} juillet 1979, dernière modification le 31 octobre 2006.

Loi sur la procédure pénale de la RPC, (中华人民共和国刑事诉讼法), adoptée le 1^{er} juillet 1979, modifiée successivement en mars 1996 et mars 2012.

Loi électorale de l'Assemblée Populaire Nationale et des Congrès Populaires locaux de la République Populaire de Chine (中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法), adoptée le 1^{er} juillet 1979, dernière modification le 29 août 2015.

Loi sur la Procédure Civile à visée expérimentale, (中华人民共和国民事诉讼法(试行)), adoptée le 8 mars 1982, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1982, abrogée par la *Loi sur la procédure civile* adoptée le 9 avril 1991.

Loi organique de l'Assemblée Nationale Populaire de la République Populaire de Chine (中华人民共和国全国人民代表大会组织法) adoptée le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le jour même.

Loi sur les successions (中华人民共和国继承法), adoptée le 19 avril 1985, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

Principes Généraux de Droit Civil (中华人民共和国民法通则), adoptés le 12 avril 1986, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1987.

Loi organique des Comités villageois de la RPC (中华人民共和国村民委员会组织法) adoptée le 4 novembre 1998, entrée en vigueur le jour même.

Loi sur la Procédure Civile (中华人民共和国民事诉讼法), adoptée le 9 avril 1991, entrée en vigueur le même jour ; modifiée successivement le 1^{er} avril 2008, 1^{er} janvier 2013 et le 1^{er} juillet 2017.

Loi sur le travail (中华人民共和国劳动法), adoptée le 5 juillet 1994, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

Loi fondamentale de la Région Spéciale Administrative de Hong Kong (中华人民共和国香港特别行政区基本法), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997.

Loi fondamentale de la Région Spéciale Administrative de Macao (中华人民共和国澳门特别行政区基本法), entrée en vigueur le 20 décembre 1999.

Loi sur les notaires (中华人民共和国公证法), entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006.

Loi sur la médiation et l'arbitrage des contentieux de travail, (中华人民共和国劳动争议调解仲裁法) adoptée le 29 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008.

Loi sur la responsabilité délictuelle, (中华人民共和国侵权责任法), adoptée le 26 décembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

Loi sur l'application du droit dans les relations civiles impliquant un élément d'extranéité (中华人民共和国涉外民事关系法律适用法), adoptée le 28 octobre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011.

Loi sur la médiation populaire (中华人民共和国人民调解法), adoptée le 28 août 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Loi sur la protection des intérêts des consommateurs (中华人民共和国消费者权益保护法), adoptée le 31 octobre 1993, dernière modification le modifiée le 15 mars 2014.

Loi sur les juges (中华人民共和国法官法), adoptée le 28 février 1995, dernière modification le 1^{er} septembre 2017.

Dispositions générales de droit civil de la RPC (ci-après Dispositions générales), (中华人民共和国民法总则), adoptées le 15 mars 2017, entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2017, disponibles en intégralité et en chinois à l'adresse suivante : http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018907.htm [dernière consultation le 04 octobre 2017]

Loi sur la « supervision » de la RPC, (中华人民共和国监察法), adoptée le 20 mars 2018, entrée en vigueur le jour même.

2.2) INTERPRÉTATIONS LÉGISLATIVES ET JUDICIAIRES

CPS, PPS, *Interprétations judiciaires et des cas directeurs, édition civile* (司法解释与指导案例 - 民事卷), China Legal Publishing House, 2014, 1468p. (Publication officielle).

CPS, « Réponse relative à l'utilisation inappropriée de la Constitution comme norme de référence dans les jugements pénaux pour établir la culpabilité » (1955) (关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函), disponible en chinois à l'adresse : <http://www.chinalawedu.com/falvfagui/fg23079/1360.shtml> [dernière consultation le 9 janvier 2018].

CPS, « Réponse relative à la manière d'utiliser les documents normatifs dans les écrits produits par les cours populaires » (1986) (关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复), disponible en chinois à l'adresse : http://china.findlaw.cn/fagui/p_1/134636.html

CPAPN, « Décision relative au renforcement du travail d'interprétation » (关于加强法律解释工作的决议), adoptée le 10 juin 1981.

APN, « Résolution sur le nombre de députés de la 6^{ème} APN et sur l'élection des députés » (关于第六届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决议), adoptée le 10 décembre 1982.

APN, « Résolution révisant certaines dispositions de la *loi organique des Congrès populaires et gouvernements populaires locaux* », (关于修改《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的若干规定的决议), adoptée le 12 décembre 1982.

CPS, « Réponse relative à la manière d'utiliser les documents normatifs dans les écrits produits par les cours populaires » (1986) (关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复).

CPAPN, « Explication relative à l'amendement de la *loi électorale des assemblées populaires locales et de l'APN* et de la *loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements locaux* » (关于修改“中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法”和“中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法”的说明) publiée 15 novembre 1986.

CPS, « Opinion de la CPS sur les nombreuses questions relatives à l'application de la "Loi de procédure civile" de la RPC » (最高人民法院关于适用“中华人民共和国民

事诉讼法”若干问题的意见) publiée 14 juillet 1992, Opinion [1992] n°22 (法发 (1992) 22 号), abrogées le 4 février 2015 par l'Interprétation [2015], n°5.

CPS, « Notice relative aux questions préjudicielles posées au cours du travail juridictionnel » (最高人民法院关于审判工作请示问题的通知), 26 janvier 1999.

CPS, « Notice relative à l'exécution stricte du régime de Réponse officielle dans le travail juridictionnel administratif » (最高人民法院行政审判庭关于严格执行行政审判工作请示制度的通知), Notice [2000] n°4 (法行[2000] 44 号).

CPAPN, « Interprétation relative à l'article 93, alinéa 2 de la *loi pénale* », (关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的解释释义), 29 avril 2000.

Publication conjointe de la Cour Populaire Suprême et des départements judiciaires relative à la question de la force exécutoire des actes de créance, publiée le 21 septembre 2000 (« 强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知 »), disponible à l'adresse: <http://www.chinacourt.org/law/detail/2000/09/id/38789.shtml> [dernière consultation le 27 septembre 2016].

Réponse de la Cour Populaire Suprême, 24 juillet 2001, *Qi Yuling v. Chen et al.*

CPS, « Règles relatives au travail d'interprétation de la Cour Suprême », (最高人民法院关于司法解释工作的规定), Règles [2007] n°12 (法发 (2007) 12 号), entrées en vigueur le 1^{er} avril 2007.

CPS, « Décision concernant l'abolition des interprétations judiciaires publiées avant 2007 », (最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释 (第七批) 的决定) Interprétation [2008] n°15 (法释 (2008) 15 号), entrée en vigueur le 24 décembre 2008.

CPS, « Règles relatives à la citation des lois, règles et autres documents normatifs dans les décisions de justice » (最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定) Règle [2009] n°14 (法释 (2009) 14 号).

CPAPN, « Interprétation de l'article 99 des "PGDC" et de l'article 22 de la *Loi sur le mariage* » (关于《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第二十二条的解释), 1er novembre 2014.

CPAPN, « Décision relative à l'instauration d'un jour national de la Constitution », (关于设立国家宪法日的决定 (2014 年 11 月 1 日第十二届全国人民代表大会常务委会员第十一次会议通过), 1er novembre 2014.

CPS, « Notice relative à l'application de la "réglementation des causes d'affaires civiles" » (最高人民法院关于实施“民事案件案由规定”的通知), adoptée le 29 octobre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008 modifiée par la « Décision relative à l'amendement des "Règles sur les causes du procès civil" », Interprétation [2011] n°41.

CPS, « Décision relative à l'abrogation partielle des interprétations judiciaires et des documents interprétatifs de nature judiciaire émis entre le 1^{er} janvier 1980 et le 30 juin 1997 » («关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定»), 19 novembre 2012.

CPS, « Règles relatives à l'application du régime de prescription dans les contentieux civils » (关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定), Interprétation [2008] n°11, (法释〔2008〕11号), 11 août 2008.

CPS, « Interprétation relative à la procédure de révision des affaires instaurée par la "Loi de procédure civile" » (最高人民法院关于适用“中华人民共和国民事诉讼法”审判监督程序若干问题的解释), Interprétation [2008] n°14 (法释〔2008〕14号), 1^{er} décembre 2008.

CPS, « Règles relatives à l'application de la procédure simplifiée dans le traitement des affaires civiles » (最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定), Règles [2003] n°15 (法释〔2003〕15号), 1^{er} décembre 2003.

CSP, « Règles relatives au travail de médiation [judiciaire] civile des tribunaux populaires » (最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定), Interprétation [2004], n°12 (法释〔2004〕12号), 1^{er} novembre 2004.

CPS, « Opinions relatives à l'amélioration de la fonction de la médiation judiciaire dans la construction d'une société harmonieuse socialiste » (关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见), Opinion [2007] n°9, 7 mars 2007.

« Opinion directrice de l'association des notaires chinois relative au traitement des actes authentiques notariés conférant force exécutoire et aux titres exécutoires » (办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见), publiée le 23 avril 2008.

CPS, « Opinions sur l'amélioration de l'union conflictuelle des mécanismes judiciaire et extrajudiciaire de résolution des conflits » (关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见), Opinions [2009] n°45 (法发〔2009〕45号), 24 juillet 2009.

CPS, « Nombreuses Opinions instituant les principes de travail axés sur la priorité de la médiation et son union avec l'adjudication » (关于进一步贯彻“调解优先, 调判结合”工作原则的若干意见), Opinions [2010] n°16 (法发 [2010] 16 号), 7 juin 2010.

CPS, « Règles relatives au travail des cas directeurs », (最高人民法院关于案例指导工作的规定), Règles [2010] n°51 (法发 [2010] 51 号), 26 novembre 2010.

CPS, « Règles relatives à la procédure de reconnaissance judiciaire des accords issus d'une médiation populaire », (最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定) Interprétation [2011] n°5, 23 mars 2011.

CPS, « Opinion directrice concernant la promotion de la construction de centres de service judiciaire des tribunaux populaires » (最高人民法院关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见), Opinion [2014] n°23 (法发〔2014〕23 号), 12 décembre 2014.

CPS, « Dispositions d'application des "Règles relatives au travail des cas directeurs" » (最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则), 2 février 2015.

CPS, « Interprétation concernant l'application de la "Loi de procédure civile" » (最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释), Interprétation [2015] n°5 (法释 [2015] 5 号) 4 février 2015.

CPS, « Opinion sur l'approfondissement complet de la réforme des tribunaux populaires » (最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见) Interprétation [2015] n°3 (法发〔2015〕3 号), 26 février 2015.

« Règles relatives à l'application stricte [de la technique] de renvoi et [de la décision] ordonnant un nouveau jugement contenues dans la procédure de révision en matière civile » (关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定), Interprétation [2015] n°7 (法释 [2015] 7 号), 15 mars 2015.

« Opinions relatives à la promotion de la réforme du système d'enregistrement » (« 关于人民法院推行立案登记制改革的意见 »), adoptées par le Comité en charge de l'approfondissement des réformes du Comité central, entrées en vigueur le 1^{er} avril 2015.

CPS, « Règles relatives aux nombreuses questions concernant l'enregistrement des affaires judiciaires », (最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定) Règle [2015] n°8 (法释 [2015] 8 号), 1^{er} mai 2015.

CPS, « Opinions relatives à l'amélioration du système de responsabilité des juges » (关于完善人民法院司法责任制的若干意见), Opinions [2015] n°13 (法发〔2015〕13号), 21 sept. 2015.

CPS, « Règles relatives à la médiation spéciale des tribunaux populaires » (最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定), Règles [2016] n°14 (法释〔2016〕14号), 1^{er} juillet 2016.

CPS, « Opinions relatives à l'approfondissement de la réforme des mécanismes pluriels de résolution des différends dans les tribunaux populaires » (关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见), Opinions [2016], n°14 (法步 [2016] 14号), 1^{er} juillet 2017.

2.3) NOTICES ADMINISTRATIVES

CAE, « Méthode sur le paiement des frais juridictionnels » (诉讼费用交纳办法), 1^{er} avril 2007.

CAE, « Opinion en lien avec le renforcement de la gouvernance par le droit » (关于加强法治政府建设的意见), 10 octobre 2010, n°33

« Règlement (*tiaoli*) relatif à la procédure d'établissement des règlements administratif » (行政法规制定程序条例) n°321, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002 et le

« Règlement (*tiaoli*) relatif à la procédure d'établissement des arrêtés » (规章制定程序条例), n°322

CAE, « Règle sur l'enregistrement des règles et arrêtés », (法规规章备案条例), n°337, adoptée le 14 décembre 2001, entrée en vigueur le premier janvier 2002.

« Règles sur la procédure notariale » (« 公正程序规则 »), circulaire n°103 du département judiciaire du 18 mai 2006.

« Règles (*tiaoli*) sur le travail de sélection et de nomination des cadres du parti et du gouvernement », (党政领导干部选拔任用工作条例) version amendée au 15 janvier 2014.

2.4) ACCORDS

« Accord sur la structure de coopération économique sino-taiwanais », signé le 21 juin 2013 entre la Fondation des échanges du Détroit [de Taiwan] (*the Straits Exchange Foundation*) et l'Association pour les Relations à travers le détroit de Taiwan (*the Association for Relations Across the Taiwan Straits*), disponible en chinois traditionnel à l'adresse : <http://www.ecfa.org.tw/EcfaAttachment/海峽兩岸服務貿易協議文本.pdf> et en anglais (version non officielle) : <http://www.ecfa.org.tw/EcfaAttachment/ECFADoc/ECFA.pdf> [dernière consultation le 10 décembre 2017]

2.5) DÉCISIONS DE JUSTICE

Cour Intermédiaire de Shanghai, chambre civile (1998), affaire n°2300. (1998 沪民二中字第 2300 号钱缘案).

Cour Intermédiaire de Luoyang (洛阳) (Henan), chambre civile, 27 mai 2003, décision n°26, *Affaire des graines de Luyang*, (2003 洛民初字第 26 号民事判决书), obs. « Luoyang City « Seed » Case Highlights Chinese Courts' Lack of Authority to Declare Laws Invalid », *China law and development Consultants*, juin 2004, n°2, disponible à l'adresse <http://www.chinareview.info/issue2/pages/case.htm> [dernière consultation le 10 janvier 2018].

Cour Populaire Suprême, Civ. 1re, 2004, n°107 (Beijing New China International Industry & Commerce Economic Development Co., Ltd., Hainan China International Industry & Commerce Co., Ltd. v. China Resources Land (Beijing) Co., Ltd.) (2004 民一终第 107 号)

Tribunal Populaire du Guandu (官渡) (Yunnan), 27 mai 2005 n°79 (2005 官行初字第 79 号).

Cour Intermédiaire de Kunming (昆明) (Yunnan), chambre administrative, 8 sept. 2005 n°124, *Zhu Suming c/ Police de la ville de Kunming* (2005 终字第 124 号行政判决书).

Cour Intermédiaire n°3 de Pékin, chambre civile, 20 nov. 2014, n° 12832, *Yang Jun c/ Zhou Liyang* (2014 三中民终字第 12832 号).

Tribunal populaire de Caidian (蔡甸) (Hubei), chambre civile, 30 juin 2014, reconnaissance judiciaire en matière civile n°241 (2014 鄂蔡甸民调确字第 241 号).

Tribunal populaire de Dalian (大连) (Liaoning), chambre des affaires maritimes, 10 déc. 2015, reconnaissance judiciaire n°46 (2015 大海调确字 46 号).

Tribunal Populaire de Huiji (惠济) (Henan), chambre civile, 19 déc. 2015, n°1403
(2015 惠民初字第 1403 号).

Index

A

action

prétention, 162, 351, 375, 376, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 390, 391, 396, 400, 401, 402, 403, 405, 407, 433, 446, 451, 453, 454, 455, 462, 466, 472

action (诉权), 167, 168, 169, 172, 344, 371, 373, 376, 377, 378, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 389, 390, 391, 396, 401, 455, 464, 501, 574, 575, 586

affaires difficiles, 311, 456, 501

affaires mineures, 347

Allemagne (héritage), 154, 161, 382, 444

ancêtres (culte des), 47, 48, 53, 126, 184

appel

(domaine de), 440

double degré de juridiction, 438, 440, 441, 448, 451, 455

voie d'achèvement, 449

voie d'annulation, 449

voie de réformation, 448, 449, 452, 458

Aristote, 49, 51, 87, 90, 189

article additif/additionnel, 115, 118, 119, 120, 121, 312

assemblée

(régime d'), 190, 206, 225, 245, 246, 248, 250, 298, 332

locale, 160, 207, 212, 217, 220, 222, 228, 229, 231, 232, 234, 235, 237, 240, 243, 279, 297, 310

avis (de la Cour de cassation), 318, 320, 326

B

bureaucratie, 98, 107, 120, 124, 130, 132, 217, 317, 335, 353, 457, 494, 557

C

capitalisme, 42, 117

cas directeur, 122, 311, 327, 328, 329, 332, 457, 571, 618

centralisme démocratique, 30, 187, 190, 191, 192, 193, 195, 199, 203, 204, 205, 209, 226, 245, 246, 257, 293, 305, 331, 333

ciel (mandat), 52, 53, 76, 86

civil

Code civil (Dispositions générales), 151,

157, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 175, 378, 386, 470

Principes Généraux de Droit Civil (PGDC),

157, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 173, 273, 274, 299, 300, 378, 386, 470

clan, 82, 94, 108, 133, 134, 135, 138, 139

Code

Code des Qing, 108, 110, 112, 114, 115, 119, 131, 137, 144, 344, 346, 347, 348, 349, 352, 354, 355

Code des Tang, 99, 110, 114

code probatoire, 436

codification, 79, 80, 81, 106, 107, 111, 112, 114, 115, 116, 142, 144, 147, 157, 160, 163, 346, 484

comité de jugement, 310, 311, 320, 325, 457, 464, 466, 470, 475, 477

comité de médiation populaire, 501, 503, 539, 553

common law, 35, 162, 174, 267, 418, 436, 619, 620, 621, 622

compétence

juridictionnelle, 216, 322, 366, 444, 445, 447

législative (V. aussi Congrès populaire),

199, 207, 209, 210, 211, 213, 214, 217, 219, 228, 229, 230, 236, 238, 241, 243, 246, 254, 283, 287, 289, 296, 302

conciliateur, 485, 492, 496, 497, 498, 502, 503, 507, 511, 519, 520, 529, 530, 543, 546, 549, 550, 555, 559, 561, 563, 572, 585, 601, 605

conciliation

accord, 567, 577

déléguée, 497, 498, 511, 516, 520, 548, 570

distinction avec la médiation, 510

pouvoir du juge (français), 485, 491, 543

spontanée, 522

tentative préalable de, 66, 484, 491, 496, 500, 510, 512, 515, 516, 519, 524, 525,

527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534,
544, 546, 548, 549, 550, 552, 554, 585, 600

Conférence Consultative du Peuple Chinois (CCPC), 192, 206

Confucius, 45, 46, 53, 54, 55, 56, 57, 65, 66, 68, 76, 86, 89, 126, 137, 153, 154

Congrès populaire (APNCP), 193, 204, 206, 207, 209

Conseil constitutionnel, 220, 254, 261, 263, 265, 266, 267, 448

Conseil des Affaires d'État (CAE), 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 229, 231, 247, 264, 271, 293, 297, 298, 604

Constitution
affaire Qi Yuling, 265, 269, 271
applicabilité, 272
Constitution chinoise de 1954, 228, 295
contrôle de constitutionnalité, 202, 205, 264, 265, 266, 267, 270, 271, 272, 276, 279, 330, 334
contredit (disparition), 444, 446
contrôle de conformité, 241, 279, 282, 573
Cour Populaire suprême (CPS) (V. aussi interprétation judiciaire), 211

D

décentralisation, 189, 212, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 238, 239, 257

déjudiciarisation :, 480, 514, 555, 556, 557, 582, 586, 588, 593, 596, 597, 608, 610, 613

délégation (de compétence), 217, 238

démocratie, 108, 141, 147, 151, 192, 193, 194, 195, 198, 207, 213, 232, 252, 253, 255, 265, 268, 333, 487, 488, 507, 583, 597, 682

démocratisation, 151, 193, 194, 195, 229, 230, 232, 488, 490, 531

Deng Xiaoping :, 34, 108, 141, 151, 173, 181, 198, 203, 206, 207, 230, 234

dictature démocratique :, 191, 194, 198, 203, 333

Dong Zhongshu, 76, 77, 80, 90, 125, 126, 137

double degré de juridiction :, 438, 440, 441, 448, 451, 455

droit
(science du), 61, 64, 74, 105, 124, 125, 127, 141, 156, 172, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 280, 382, 607
(source de), 92, 136, 259, 290, 291, 305, 307, 308, 312, 313, 315, 323, 327, 330, 332, 386, 621
à la médiation, 507, 601, 610
individuel, 166, 168, 335
naturel, 87, 88, 92
privé, 21, 31, 103, 108, 155, 160, 178, 273, 274, 276, 282, 333, 342, 343, 344, 367
romain, 21, 49, 51, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 74, 85, 86, 88, 106, 382

droit comparé, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 29, 42, 85, 152, 156, 177, 179, 183, 198, 267, 481, 620, 622

E

efficacité, 20, 32, 35, 45, 62, 65, 68, 69, 70, 91, 148, 194, 208, 225, 232, 233, 243, 253, 254, 255, 257, 293, 331, 348, 356, 426, 431, 438, 444, 448, 457, 458, 468, 474, 477, 479, 490, 503, 507, 525, 527, 536, 545, 560, 565, 567, 596, 600, 613, 617

enregistrement (chambre d'), 224, 251, 255, 363, 370, 371, 372, 373, 374, 381, 388, 389, 391, 392, 395, 404, 405, 419, 446, 479, 530, 531, 534, 549, 551, 553, 573, 576, 617
de la demande en justice, 370, 371, 373, 374, 381, 479, 551
des normes juridiques, 222

environnement, 153, 169, 170, 182, 276, 279, 378

équité, 46, 54, 55, 73, 101, 102, 130, 291, 333, 335, 348, 354, 355, 419, 427, 506, 585, 596, 601, 618

erreur du juge, 414, 423, 439, 463, 469, 472

F

fiction/fictio, 64, 66, 67

fin de non-recevoir, 374, 384, 388, 446, 447, 502, 510, 514, 524, 525, 529, 535, 585, 611

force exécutoire, 462, 493, 554, 564, 565, 567, 569, 572, 574, 589, 590

G

gouvernement populaire, 207, 222, 228, 231, 232, 234, 237, 240, 241, 243, 297, 362, 365, 557

Grande Médiation (大调解), 605, 606

H

harmonie, 181, 483, 499, 500, 501, 506, 528
société harmonieuse, 33, 41, 54, 55, 85, 92, 97, 104, 151, 196, 348, 399, 415, 469, 481, 486, 489, 500, 501, 505, 506, 509, 606, 609, 616

hiérarchie des normes, 111, 193, 210, 241, 259, 260, 263, 282, 290

Huissier de justice, 582, 588, 591, 592

hybride, 29, 34, 39, 105, 149, 156, 157, 173, 186, 456, 525, 544, 568, 605, 615, 619, 620, 621

I

idéologie, 21, 29, 77, 153, 161, 179, 182, 183, 305, 317, 331, 366, 367, 483, 488, 509

indépendance judiciaire, 155, 197, 357

inquisitoire, 352, 366, 368, 371, 373, 392, 409, 412, 413, 417, 422, 436, 478, 491, 612, 618

Instance (lien d'), 373

intérêt
de l'État, 68, 192, 335, 423, 454, 468
de la demande en justice, 376, 380

interprétation constitutionnelle, 266, 298, 299

judiciaire, 116, 119, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 320, 321, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 419, 422, 426, 427, 428, 435, 441, 447, 450, 476, 501
législative, 298, 299, 301, 303, 304, 306

J

juge fonctionnaire, 185, 335
juge *Maxiwu*, 99, 363, 487, 500, 506, 554, 585, 607
jurisprudence, 31, 72, 112, 113, 114, 120, 121, 122, 180, 259, 269, 291, 293, 301, 306, 312, 315, 317, 320, 321, 323, 326, 327, 447, 492, 502, 510, 524, 565, 621
justice
(dette de), 95, 96
conception téléologique, 51, 61, 356
populaire, 364, 367

K

Kelsen, 105, 180, 265, 280

L

Lao Zi, 45, 89
légalité (principe de), 52, 98, 99, 113, 120, 137, 198, 268, 355, 485, 564, 567, 583
législation locale, 234, 236, 240, 241, 242, 243, 244, 278, 302
légisme, 34, 44, 46, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 80, 81, 86, 88, 89, 103, 111, 125, 184, 335, 357
libéral, 162, 190, 234, 255, 262, 364, 438, 482, 540
loi
du bon samaritain, 166, 171, 172
étalon, 116
fondamentale, 109, 263, 278, 281, 282, 283, 286, 287, 288, 289
loi interprétative (France), 301, 302, 304

M

Mao Zedong, 34, 181, 192, 194, 206, 227, 361, 364, 487, 488
MARD
coordination, 537, 544, 545, 581, 607
institutionnalisation des modes amiables, 33, 482, 581, 582, 602
Marx/ marxisme, 24, 162, 180, 187, 205, 619
médias, 169, 171, 201, 255, 264, 271, 389
mise en état, 392, 393, 394, 405, 431, 432, 434, 452, 480, 533, 538, 612, 617
modernisation, 23, 32, 35, 105, 141, 143, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 164, 177, 357, 488, 489, 490, 506, 515, 529, 535, 585, 612
muyou, 124, 129, 131

N

nationalisme
Parti (Guomindang), 147, 148, 318, 360, 365

Zhu Suli, 172, 173, 174, 177
nature (loi de), 87, 90, 96, 97
nomos, 49, 50
notaire, 515, 558, 582, 587, 589, 590, 591, 608

O

occidentalisation, 29, 105, 142, 143, 146, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 185, 331
office du juge, 392, 395, 399, 400, 403, 411, 423, 424, 431, 492, 497, 507, 510, 541, 543, 555, 560, 586, 597, 604
ordalie, 41, 83, 95
ordre/raison (理), 48, 49, 53, 80, 90, 92, 109, 351, 355
orientalisme, 23, 24, 25, 26, 115, 621

P

Parti Communiste Chinois (PCC), 159, 190, 192, 193, 197, 199, 204, 213, 227, 231, 257, 262, 278, 360, 365, 488
Parties (au procès), 413, 424, 582, 583, 585, 609
piété filiale, 54, 137
Platon, 50, 51, 54, 184
pluralisme, 135, 173, 174, 182, 190, 191, 194, 195, 207, 232, 251, 260, 265
pourvoi en cassation, 466, 467, 473, 574
pouvoir de clarification (du juge), 399, 407, 408, 409
pragmatisme, 22, 23, 28, 33, 34, 154, 173, 220, 257, 324, 431, 433, 451, 458, 459, 479, 618
précédent, 102, 110, 119, 121, 122, 124
prescription, 164, 166, 167, 250, 385, 386, 388, 446, 501, 550, 553
preuve
charge de la preuve, 415, 419, 420, 425, 430, 437, 612, 618
délais probatoires, 425, 426, 433
droit à, 423, 424, 426
principe
de bonne foi (droit processuel), 412, 424, 427
de dévolution du litige, 448, 449, 453, 454, 455
dispositif, 32, 395, 396, 397, 399, 401, 407, 427, 428
du contradictoire, 375, 388, 424, 425, 430, 459, 601
d'initiative, 395, 396
privatisation
de la Constitution, 272
de la justice, 272, 276, 409, 582, 583, 587, 593
procès
absence de (*wusong*), 348, 491
causes du, 401, 403, 404, 405, 407
équitable, 95, 341, 424, 425, 438, 448, 456, 479, 509, 531, 594, 595, 597, 598, 601, 610, 613
objet du, 402, 403
Procureur Populaire Suprême (PPS), 123, 211, 220, 243, 295, 296, 303, 306, 308, 315
propagande, 169, 172, 179, 199, 201, 207, 365

publicité

des débats, 32, 309, 458
des jugements, 362, 488
des lois, 73, 244

Q

question préjudicielle/question officielle,
319, 320, 326

R

réalisme, 19, 62, 65, 250
recevabilité (condition de la demande en justice), 351, 355, 372, 381, 382, 387, 388, 390, 446, 451, 473, 552
récompenses et châtements, 66, 67, 68, 71, 75
rectification des noms, 65, 66, 69, 414
religion
bouddhiste, 42, 74, 93, 94, 97, 104, 120, 143, 185
chrétienne, 43, 76, 104, 615
sacralité, 43, 73, 77, 84, 85, 87, 95, 97, 154, 184
révision (recours en), 423, 460, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 504, 517, 580, 612, 618
rite (礼), 39, 45, 46, 49, 52, 53, 55, 56, 60, 65, 70, 80, 81, 82, 90, 93, 103, 109, 137, 154, 174, 184, 335

S

saisine pour avis, 318, 320, 326
séparation des pouvoirs, 30, 96, 141, 147, 149, 153, 177, 187, 189, 193, 204, 207, 209, 214, 217, 225, 226, 238, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 259, 290, 291, 292, 293, 306, 320, 331, 360
stabilité sociale, 363, 389, 457, 493, 536, 560, 606, 617

T

taoïsme, 58, 74, 88, 89, 93, 185
transfert de droit, 28, 29, 39, 105, 143, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 160, 172, 174, 177, 178, 182, 185, 334, 357, 409, 615

V

voie de recours
contrôle de l'activité juridictionnelle, 452
correctrice, 448, 449, 460, 463, 473, 474, 478

X

Xi Jinping, 191, 192, 195, 197, 198, 199, 202, 204, 262

Y

Yamen, 31, 99, 103, 120, 129, 130, 138, 183, 343, 347, 348, 349, 350, 353, 360, 611, 615, 618

Annexes

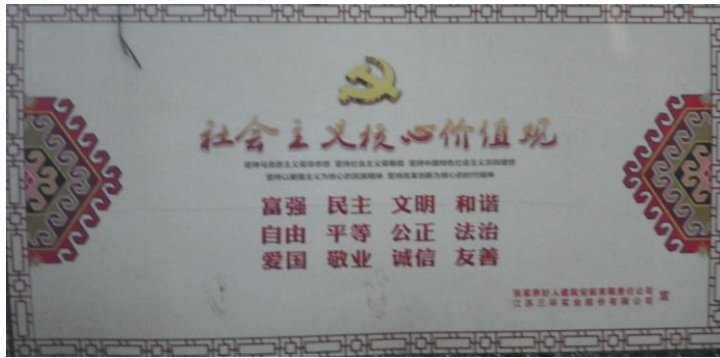
Annexe 1 :



Photographie d'une affiche de propagande chinoise du Parti Communiste Chinois (PCC) (Pékin, juillet 2017), sur laquelle on peut lire les valeurs essentielles du socialisme [partie droite de l'affiche, de haut en bas] : « confiance – amitié – amour du pays – respect du travail – justice – État de droit – liberté – égalité – culture – harmonie – richesse et puissance – démocratie ».



Photographie d'une affiche de propagande chinoise du PCC (Wuhan, juillet 2017) qui reprend les « valeurs essentielles du socialisme ».



Photographie d'une affiche de propagande chinoise du PCC (parc national de Zhangjiajie, juillet 2017) qui reprend les « valeurs essentielles du socialisme ».



Dernier exemple de propagande politique, photographie (Xiamen, juillet 2017)

Annexe 2 :



Photographie d'une annonce publique (Xiamen, juillet 2017) : « *La terre, il n'y en a qu'une* »

Table des matières

Introduction	19
Première partie : Étude comparée franco-chinoise de la formation du concept de la règle de droit	37
Titre I : Vers l'uniformisation des conceptions franco-chinoise de la règle de droit ? 39	
Chapitre 1. Des manières de penser le droit : comparaison de l'évolution des pensées juridiques franco-chinoise.	41
Section I. La formation des pensées juridiques aux temps antiques.....	43
§1. Les formes primitives de régulation sociale. Du Livre des Mutations à l'Éthique à Nicomaque.	44
A. La pensée ritualiste de la Chine antique (ou féodale).	46
§. 2. La loi des légistes, nouvel instrument d'État ?	58
A. Le contexte de l'apparition de la pensée légiste en Chine.	58
B. Le caractère réaliste de la loi chinoise à l'époque des Royaumes Combattants.	61
1. Fiction romaine et réalisme légiste.	65
2. Rhétorique romaine et dialectique réaliste.	68
Section II. La norme dans son rapport au sacré.....	73
§1. Légitimité ou raison d'être du droit dans la pensée juridique franco-chinoise du Moyen Âge.	75
A. L'éthique confucéenne, homologue de la morale chrétienne.	76
B. Le recours aux Classiques dans la formation du droit substantiel.	79
§2. Quelle sacralité pour le droit ?.....	84
A. Le rapport à la nature, premier rapport à la loi.	84
B. Substituer le chêne au poirier : un juge omniscient en lieu et place d'un juge transcendant.	95
Chapitre 2. L'hybridité de la pensée juridique chinoise entre tradition et transfert de droit.....	105
Section I. Quel héritage du droit chinois traditionnel ?.....	106
§1. Le système de droit codifié de l'époque impériale.	107
A. La systématisation du droit au travers de l' « illusion intemporelle » des codes chinois.....	107
1. L'intangibilité relative des codes chinois.	108
2. Les efforts de systématisation des codes chinois.	111
B. La tension entre généralité du texte et particularité des faits.	114
1. La prolifération des Li (例).	115
2. L'interprétation judiciaire du droit par le raisonnement analogique.	119
§2. La logique complémentaire des forces sociales dans le maintien du système juridique.	123
A. La spécialisation juridique, une réponse au bureaucratisme juridique ?.....	124
1. De la science du code à la science du droit : l'art des juristes publics.	124
2. Les secrétaires privés : un droit « derrière le rideau ».....	129
B. La coexistence de deux ordres normatifs.	133
1. L'importance du clan dans l'organisation sociale de la Chine impériale.	133
Section II. Un paradigme contemporain de la science du droit chinois.	141
§1. L'occidentalisation, facteur de modernisation du droit chinois ?	143
A. Un climat en faveur des réformes juridico-institutionnelles.	143
B. Transfert de droit et modernisme.	150
§2. Les clivages dans la science du droit chinoise : illustration par l'adoption du Code civil.	156
A. Appréciation de l'hybridité de la règle de droit par le nouveau Code civil chinois.	157
1. Le projet de codification civile.	157
2. Les Dispositions générales du Code civil chinois.	163
B. La pensée juridique chinoise est-elle tributaire de son rapport au passé ?	172
1. L'ambiguïté des transferts de droit (法律移植).	172

2. Les difficultés propres à la science du droit chinoise.....	178
Conclusion du Titre I.....	184
Titre II. Les modes de production contemporains de la règle de droit	187
Chapitre 1. L'agencement des foyers juridiques dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.....	189
Section I. L'influence marxiste dans l'agencement de l'État chinois : la concentration du pouvoir normatif au niveau central.	190
§1. Le monopole théorisé du pouvoir politique.	190
A. Centralisme démocratique et légalité socialiste.	191
1. La notion de centralisme démocratique (民主集中).....	191
2. Le pouvoir normatif du Parti Communiste.	197
B. Le système des assemblées populaires : l'incarnation étatique du centralisme démocratique en Chine.	203
1. Les congrès populaires, organes légitimes du pouvoir d'État.....	204
2. Le Congrès populaire, façade légitime du pouvoir d'État.....	209
§2. La répartition centrale des compétences normatives.	215
A. La conception chinoise du pouvoir exécutif en Chine.	215
B. L'encadrement de l'activité normative chinoise au niveau central.	220
Section II. La répartition verticale du pouvoir normatif : assouplissement du centralisme démocratique ou mise en pratique du régime d'assemblée ?	226
§1. Le phénomène de décentralisation en Chine : une marge de manœuvre accordée aux localités sous l'œil attentif des autorités centrales.	226
A. L'organisation du pouvoir normatif local.	227
1. Une décentralisation progressive.	227
2. Les principes encadrant la répartition des compétences normatives locales.....	233
B. L'unité du système juridique chinois à l'épreuve de son adaptabilité.....	239
§ 2. La traduction française du centralisme démocratique : le régime d'assemblée.....	245
A. La qualification du système étatique chinois au regard de la séparation des pouvoirs.	245
B. La pertinence du critère de séparation des pouvoirs au regard de la réalité des relations entre pouvoirs législatifs et exécutifs.	251
Chapitre 2. L'agencement des sources de droit dans un État n'appliquant pas la séparation des pouvoirs.....	259
Section I. La « pyramide inversée » de la hiérarchie des normes en Chine.	260
§1. La suprématie symbolique de la Constitution chinoise dans l'ordre juridique interne.	260
A. La légitimité politique de la Constitution chinoise.	260
B. L'absence d'invocabilité de la Constitution chinoise.....	268
§2. La loi, le palliatif nécessaire de la faiblesse normative de la Constitution.	277
A. La loi en Chine, concrétisation vivante des principes constitutionnels.....	278
B. La bipolarité de la loi chinoise, reflet d'une bataille de politique législative.....	282
Section II. Les interprétations juridiques en tant que source de droit en Chine.	290
§1. La répartition de la compétence interprétative entre les organes étatiques chinois.	292
A. L'institutionnalisation en Chine de la pratique de l'interprétation.....	293
1. Le principe de cohérence des sources ou la fonction unificatrice de l'interprétation.	293
2. Le monopole théorique de l'interprétation dans les mains du législateur.	298
B. Comparaison de la pratique de l'interprétation législative en Chine et en France. ..	300
§2. L'attribution de la compétence interprétative à l'organe judiciaire.	307
A. L'interprétation judiciaire chinoise, source de droit.	307
1. La reconnaissance limitée du pouvoir d'interprétation judiciaire	308
2. Fondement officiel de l'interprétation judiciaire de la Cour Populaire Suprême.	311
B. L'interprétation judiciaire chinoise, règle de droit à part entière.	314
1. L'interprétation judiciaire en cours d'instance.....	316
2. Les Interprétations générales (解释) et les Règles (interprétatives, 规定).....	321
Conclusion du Titre II.....	331

Conclusion de la première partie.....333

**Seconde Partie : L'application pragmatique de la règle de droit dans la
résolution des différends civils.....337**

Titre I : L'application de la règle de droit dans une logique juridictionnelle. 339

Chapitre 1. La mise en place d'un système de résolution des conflits privés par les
tribunaux chinois. 341

Section I. Les particularités du système juridictionnel de droit privé chinois. 342

§1. Un héritage ancien source de confusion. 343

A. L'absence controversée de droit privé en Chine traditionnelle. 343

B. Le traitement des affaires non pénales par le juge du *Yamen* : la recherche de la vérité
factuelle ou du compromis éthique. 349

§ 2. L'héritage contemporain ou la gestion des conflits par le politique. 358

A. La conciliation des emprunts à l'étranger et le choix d'un modèle procédural. 358

B. Vers un nouveau modèle de procédure civile ? 365

Section II. La délimitation du cadre contentieux en matière civile. 369

§ 1. L'accès à l'instance civile en Chine. 369

A. La phase introductive d'instance. 370

1. Le système d'enregistrement de la demande en justice civile. 370

a) Le critère de l'intérêt de la demande en justice. 376

b) L'exigence d'une prétention concrète (具体请求权). 382

§ 2. La préparation de l'audience. 392

A. La mise en état enfermée dans des délais stricts. 393

B. L'office du juge chinois. 394

1. le principe d'initiative. 395

2. Le principe dispositif. 397

3. La création commune de la matière litigieuse 399

4. Le pouvoir de clarification du juge. 407

Chapitre 2. Le contentieux civil en Chine : à la recherche de la vérité objective comme
garantie de la justesse du jugement. 410

Section I. La recherche d'une vérité objective. 411

§1. La construction judiciaire du droit chinois des preuves..... 411

A. La racine inquisitoire du droit chinois des preuves. 412

B. La responsabilisation des parties au procès civil. 423

1. La mise à égalité des parties au procès civil. 424

2. La mise en place d'une « loyauté » probatoire..... 426

§ 2. La libéralisation du droit chinois des preuves. 429

A. État critique du droit positif chinois en matière de preuve. 429

B. Vers une américanisation du droit chinois de la preuve ? 433

Section II. Les voies de recours ou les garanties de justesse d'une décision de justice. 437

§ 1. L'appel, voie de recours exclusive de second degré..... 439

A. Les conditions objectives des modalités de l'appel chinois. 439

B. La fonction correctrice de la voie d'appel chinoise. 447

§2. La procédure dite de révision des affaires civiles. 458

A. Le recours chinois en révision, une voie de recours extraordinaire ? 459

B. le recours chinois en révision, troisième degré de juridiction ou outil disciplinaire ?
..... 468

1. Le souci de contrôler l'activité juridictionnelle. 469

2. Un troisième degré de juridiction ? 471

Conclusion du Titre I. 479

Titre II. L'application de la règle de droit dans une logique harmonieuse. 481

Chapitre 1 : Des modèles d'intégration juridique d'une justice apaisée. 483

Section I. Regards croisés sur les tendances évolutives des modes amiables de résolution des
différends. 483

§ 1. L'implantation d'une culture française de la médiation et l'instauration d'une culture
chinoise du procès. 484

§2. Le renouveau de la conciliation, un objectif partagé par la France et la Chine. 493

A. Le développement des modes amiables en parallèle de la justice judiciaire.....	495
1. L'institutionnalisation progressive d'une justice contractuelle.....	495
2. La politisation d'une justice apaisée dans l'objectif d'une société harmonieuse.....	499
B. Le renouvellement inévitable de la notion de justice.....	506
Section II. Le degré d'intégration des modes amiables de traitement des différends dans l'activité judiciaire.....	510
§1. Les conditions de mise en œuvre d'une médiation et/ou conciliation judiciaire.....	512
A. Les critères d'admissibilité d'un processus amiable.....	512
B. Les critères d'admission d'une mesure de conciliation judiciaire.....	518
1. Le consentement des parties.....	519
2. L'exigence de faits univoques.....	523
§2. Le développement des traitements amiables préalablement à l'exercice du pouvoir juridictionnel.....	527
A. Le développement des modes amiables en amont de la saisine juridictionnelle : 调解优先.....	528
B. Le renforcement des modes amiables intégrés à la procédure judiciaire : 调判结合.....	537
Chapitre 2. Vers de nouvelles dynamiques dans le développement d'une justice amiable.....	543
Section I. La coordination des modes de résolution judiciaires et extrajudiciaires des conflits en Chine.....	545
§1. La technique de la délégation : une coordination en amont.....	545
A. La nature et le fondement ambigu du préalable de conciliation déléguée avant la saisine du tribunal populaire.....	548
B. La délégation en cours d'instance : vers une diversification des fonctions du tribunal chinois.....	554
1. Le lien organique entre tribunaux et conciliateurs (ou médiateurs).....	555
2. L'encadrement renforcé de la mission de médiation par le juge : l'exemple de la médiation judiciaire sur délégation spéciale.....	559
§2. L'homologation des accords amiables : la coordination en aval.....	565
A. Les accords issus d'un traitement judiciaire et amiable des différends.....	565
B. Les accords conclus en dehors de l'instance : la procédure d'homologation.....	569
Section II. Vers une meilleure intégration des modes amiables dans le traitement judiciaire des contentieux.....	581
§1. Contractualisation du procès ou institutionnalisation de la médiation ?.....	582
A. La responsabilisation des parties.....	582
B. Un exemple de privatisation de la justice : le rôle du notaire et de l'huissier dans les processus de négociation.....	587
§ 2. Le choix d'un modèle de résolution amiable des conflits : un mode complémentaire ou alternatif à la voie judiciaire.....	593
A. Repenser l'objectif de justice à l'aune des modes amiables.....	594
1. L'encadrement des solutions négociées.....	597
2. Vers un droit à la médiation équitable ?.....	600
B. La pertinence du modèle chinois en matière de médiation.....	602
Conclusion du Titre II.....	609
Conclusion de la seconde partie.....	611
Conclusion générale.....	615
Bibliographie.....	623
Index.....	695
Annexes.....	699