

Les Cahiers de droit



Présentation

Pierre Issalys and Qi Xuefeng

Volume 37, Number 3, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043399ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043399ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Issalys, P. & Xuefeng, Q. (1996). Présentation. *Les Cahiers de droit*, 37(3), 595–601. <https://doi.org/10.7202/043399ar>

Présentation

Le propos de cette livraison des *Cahiers de droit*, consacrée aux institutions juridiques de la Chine contemporaine, surprendra peut-être. Les uns estimeront que la Chine est une réalité trop lointaine, trop exotique, trop compliquée pour que les juristes du Québec lui accordent autre chose qu'un regard distrait. D'autres, conscients de l'importance que revêt aujourd'hui une meilleure connaissance des transformations que connaît la société chinoise, penseront cependant que leur dimension juridique n'est guère significative. Par le rassemblement de ces textes, nous avons souhaité ébranler cette indifférence et ce scepticisme.

Chacun de ces textes, à sa manière et dans sa perspective, mais aussi par sa juxtaposition aux autres, informe sur l'émergence d'un ordre juridique en Chine, éclaire la compréhension des enjeux de ce phénomène, et nourrit la réflexion à leur sujet.

*Inform*er s'imposait comme préalable à tout examen de ces enjeux. En effet, dans plusieurs domaines, les institutions juridiques chinoises sont de création si récente, ou sont si peu connues à l'étranger, qu'il convenait d'abord de les exposer. Nos collaborateurs et collaboratrices ont su répondre à ce besoin par leurs descriptions et leurs analyses. Celles-ci, tout en donnant une idée des principaux textes de quelques-unes des grandes branches de la législation chinoise, font une large place au récit de l'évolution législative des quinze dernières années.

Éclairer la compréhension de ces institutions et de ce qu'elles représentent dans l'histoire de la République populaire nous a semblé comporter deux exigences. D'une part, il fallait replacer ces institutions dans le contexte des bouleversements sociaux provoqués depuis quinze ans par la poursuite accélérée de la politique dite de réforme et d'ouverture. Celle-ci est, de fait, un véritable *leitmotiv* commun à presque tous ces textes ; plusieurs d'entre eux évoquent plus précisément certains des mouvements de fond — les uns créateurs, les autres destructeurs — que cette politique a déclenchés dans la société chinoise. D'autre part, il convenait d'entendre et de verser au dossier aussi bien les propos de juristes de Chine, formés dans leur pays ou à l'étranger, que ceux d'observateurs québécois et canadiens.

Les contributions en provenance de Chine présentent pour nos lecteurs et lectrices un double intérêt ; au-delà des faits et des commentaires qu'elles contiennent à propos de divers aspects du droit chinois, elles valent en tant que documents, illustrant l'esprit et les méthodes de cette première génération de juristes formés depuis la fin de la « Révolution culturelle ».

Enfin, il s'agissait d'*alimenter une réflexion*. La matière n'en manque pas. La rapidité avec laquelle on tente de mettre en place un appareil législatif adapté aux conditions de l'économie contemporaine donne en elle-même à réfléchir. Mais surtout, les caractères contrastés de ce système juridique peuvent inspirer à la fois fascination et irritation, enthousiasme et perplexité. L'étude du nouveau droit chinois, droit volontariste mais souvent peu effectif, unitaire mais souvent proliférant, mimétique mais souvent insolite, pionnier mais souvent conformiste, tentaculaire mais souvent lacunaire, ne peut qu'inciter tout juriste, qu'il soit de formation chinoise ou occidentale, à un retour sur la notion même de droit.

On ne doit évidemment pas sous-estimer ce qui sépare les notions chinoise et occidentale du droit. Entre une conception du droit fondée sur la primauté du politique, et une autre fondée sur celle de la personne humaine, se manifestent inévitablement d'irréductibles oppositions. C'est notamment le cas à propos des droits individuels fondamentaux et des règles du droit pénal — deux thèmes que n'aborde pas cet ensemble de textes : ce n'est pas sur ces terrains de profond désaccord que peut s'engager en premier lieu le dialogue entre juristes de Chine et d'Occident.

Même sur les terrains moins conflictuels où se sont situées les contributions à cette livraison des *Cahiers de droit*, les juristes d'Occident doivent se placer dans un état d'esprit très particulier — ou pour mieux dire : il leur faut adopter de façon particulièrement rigoureuse les attitudes qu'exige l'approche de tout système juridique étranger. Deux dangers, en effet, menacent de brouiller la vision d'un observateur ou d'une observatrice du droit chinois. Ils ont été bien signalés par Stanley Lubman, l'un des spécialistes américains les plus avisés. D'une part, il lui faut veiller à ce qu'une certaine empathie, en elle-même louable, pour son objet d'étude, ne lui fasse perdre l'indispensable distance critique, et en particulier la capacité d'apprécier l'écart entre le droit formel et le droit réel. D'autre part, il lui faut accepter de se départir d'une grande partie de son appareil conceptuel de référence, puisque plusieurs notions fondamentales des systèmes de droit occidentaux n'ont pas cours en Chine, ou n'y ont cours que dans une acception très différente : sous peine de formuler des analyses ou des jugements sans prise sur la réalité, il faut donc s'efforcer de lire le droit chinois « de l'intérieur », pour ainsi dire, et avec une conscience aiguë des fonctions qu'il remplit. L'approche du droit chinois est donc une démarche

exigeante. L'ensemble des travaux réunis ici se veut une incitation à s'y engager. L'importance des enjeux justifie certainement que des juristes du Québec accordent une certaine attention au sort du droit chinois.

Il n'est pas indifférent, en effet, que l'idée de droit, et certaines des institutions qu'elle comporte, soient réintroduites en Chine — même sous des formes qui paraissent encore éloignées de celles qui sont familières aux juristes d'Occident. L'aspiration à être régi par le droit, même confusément comprise et formulée, est un puissant facteur de civilisation humaine. Les idées qu'elle met en circulation : rejet de l'arbitraire, souci de discussion éclairée entre égaux, recherche du raisonnable, sont les matériaux de base à l'aide desquels peut se construire un dialogue entre juristes de Chine et d'Occident. Cette livraison des *Cahiers de droit* se veut aussi une modeste amorce de tels échanges.

Les textes de nos collaborateurs et collaboratrices proposent un itinéraire de familiarisation avec le nouveau droit de la République populaire de Chine. Malgré sa nouveauté, ce droit prend une partie de ses racines dans la philosophie politique et juridique de la Chine ancienne. C'est ce que rappelle le texte de Bjarne Melkevik consacré à la pensée des Légistes. La doctrine du pouvoir impérial et de l'action législative formulée par les Légistes met l'accent sur l'efficacité administrative et sur la fonction dissuasive de la loi. On peut penser qu'elle exerce encore une influence, plus ou moins diffuse selon les périodes, sur les conceptions politiques et juridiques prévalant en Chine.

Si sensible que soit encore l'imprégnation par le passé, le droit chinois se saisit d'abord dans l'époque actuelle, marquée d'intenses et rapides transformations, et dans la manière dont se prépare son avenir. C'est ce que mettent en lumière Li Jiaxiang et Li Xu, en décrivant l'état actuel de l'enseignement du droit, et les réaménagements dont il a commencé à faire l'objet en fonction des exigences de l'« économie légalisée ». Ayant dû s'attaquer très rapidement à des branches particulièrement techniques, pour répondre aux besoins de la réforme économique, le système juridique chinois doit disposer à brève échéance de juristes spécialisés d'un haut niveau de compétence. Outre ce premier défi, les établissements d'enseignement du droit doivent relever celui d'accompagner l'expansion des règles juridiques dans tous les domaines de la vie sociale. Cela suppose d'abord la formation en nombre croissant de juristes polyvalents, mais aussi la diffusion des connaissances juridiques et le développement d'une « conscience juridique » dans l'ensemble de la population.

C'est ce climat, souvent fébrile, de mobilisation du droit au service de la politique de réforme et d'ouverture en matière économique qui a présidé

à l'évolution, et dans bien des cas, à la création des secteurs du droit traités dans les neuf textes suivants.

La Constitution de 1982 a épousé les changements introduits dans les grandes structures de l'économie chinoise par l'effet de cette politique, comme le montre le texte de Li Zhao. L'auteur y expose en effet comment les modifications constitutionnelles de 1988 et 1993 sont venues consacrer et légitimer les nouvelles données économiques, notamment la notion d'« économie socialiste de marché », la présence d'un secteur économique privé, la plus grande autonomie de gestion attribuée aux entreprises d'État, et le nouveau régime des droits fonciers.

Parmi les dispositions constitutionnelles, celles relatives au Pouvoir législatif forment la base du texte de Pierre Issalys et Qi Xuefeng, consacré au processus législatif et réglementaire et aux caractéristiques techniques des textes à caractère législatif. Ces auteurs mettent ainsi en lumière la structure hiérarchique complexe de l'édifice de la légalité ; cette complexité n'empêche cependant pas que les mécanismes de production du droit légiféré soient, en dernière analyse, fermement tenus en main par le noyau dirigeant du Parti et de l'État. Elle ne supprime pas non plus les difficultés de mise en œuvre suscitées par la formulation souvent très générale des lois, qui pose la question de savoir par qui et comment elles peuvent être interprétées.

Dans l'abondante production législative des quinze dernières années, les textes concernant le droit administratif ont particulièrement retenu l'attention à l'étranger. Leur portée et leur effectivité apparaissaient en effet comme des garanties de l'existence d'une véritable légalité. Liang Jinming relate dans son texte la mise en place progressive de dispositifs permettant aux citoyens et citoyennes de la République populaire de contester la régularité de décisions administratives, et éventuellement de se faire indemniser du préjudice subi. L'avenir montrera quel est l'impact réel de ces textes sur la conscience juridique du peuple chinois, et surtout sur les pratiques de l'administration chinoise, dont les dirigeants politiques eux-mêmes reconnaissent qu'elle est vulnérable à la corruption.

Si le développement du droit administratif peut apparaître comme une progression relativement linéaire, celui du droit civil se présente comme plus complexe, et manifestement inachevé. Le texte de Tong Xinchao l'illustre à propos du droit des contrats. Il montre comment les exigences pressantes de la réforme économique ont favorisé la mise en place de cadres juridiques parcellaires, que l'entrée en vigueur des *Principes généraux du droit civil*, en 1987, n'a pas résorbé ni suffi à compléter. Un chantier reste

donc ouvert, dans ce domaine, propice aux interventions créatrices de la Cour populaire suprême et à la discussion dans les périodiques juridiques.

Dans d'autres domaines du droit privé, plus directement liés aux rapports familiaux ou aux relations de voisinage, la médiation apparaît depuis longtemps, aux yeux de l'Occident, comme un trait marquant du droit chinois et, plus largement, de la civilisation chinoise. Jia Bangjun en rend compte dans un texte qui restitue bien la saveur de ce mode de règlement des différends. Il est devenu presque banal d'observer à quel point ces pratiques de médiation et de vulgarisation du droit rejoignent des préoccupations très actuelles au Québec à propos des alternatives à la résolution judiciaire des différends, de la prise en charge des différends par le milieu, du « droit préventif » ou de l'éducation civique. En revanche, l'utilisation du réseau des instances de médiation comme relais de l'encadrement social et politique ne peut que susciter beaucoup de réserves dans une société de type libéral.

Si le recours à la médiation représente, dans le droit chinois contemporain, un élément de continuité, puisqu'il correspond à un trait culturel inscrit dans la longue durée, il en va tout autrement de l'introduction du contrat de travail. Comme le montrent Pitman Potter et Li Jianyong, la contractualisation des rapports individuels entre les travailleurs et les entreprises constitue une rupture profonde dans le mode de vie des Chinois. Cette décision politique, sur la base de laquelle est en train de prendre forme un droit du travail salarié, a constitué une étape majeure de la stratégie de réforme économique. Compte tenu de la place centrale du travail dans la conception marxiste de la société, et de celle des travailleurs dans la légitimation du pouvoir politique et économique, l'implantation de ce nouveau droit du travail soulève des questions fondamentales. En priorité, cependant, elle doit permettre de maîtriser l'insécurité qu'engendre la création d'un véritable marché du travail.

Cette évolution de l'emploi et cette insécurité ont trouvé un exutoire, dans une certaine mesure, dans l'ouverture d'un champ légitime d'activité à l'entreprise privée. Le texte de Su Zhan montre cependant que l'environnement juridique de l'initiative économique individuelle reste marqué par la méfiance dont elle fait nécessairement l'objet dans une perspective marxiste-léniniste. Progressivement se met en place, notamment avec la *Loi sur les sociétés* de 1993, un appareil juridique adapté à des entreprises d'une plus grande envergure, mais les entrepreneurs restent confrontés à la nécessité de multiples autorisations administratives et aux aléas qui en découlent.

Ces contraintes bureaucratiques sont également en évidence dans le texte de Han Zhihong, concernant le régime de l'investissement étranger. Ce

secteur du droit chinois était initialement caractérisé par la juxtaposition de régimes distincts en fonction des différentes modalités d'investissement étranger. Plus récemment, comme le montre cette auteure, non seulement cette segmentation a-t-elle perdu de son importance, mais le régime des entreprises comportant un investissement étranger tend à s'aligner sur les règles applicables à l'ensemble des entreprises exploitées en Chine.

Dans certaines hypothèses, toutefois, les différends nés de l'activité d'entreprises comportant un investissement étranger peuvent rester soumis à des modes de règlement particuliers. L'étude de Joseph Gu s'efforce de préciser ces hypothèses, et décrit par ailleurs les différentes voies, arbitrales, extrajudiciaires et judiciaires, que peuvent être amenés à emprunter les investisseurs étrangers en cas de différend avec leurs partenaires chinois. Si ces règles relèvent en partie du droit international, elles n'en sont pas moins colorées, dans leur mise en œuvre, par le particularisme du droit chinois et par le contexte de transition entre l'économie centralement planifiée et le nouveau régime d'« économie socialiste de marché ».

Cette présence du droit international à la marge du système juridique chinois est l'un des effets de la politique d'ouverture économique conduite depuis 1979. Il aura auparavant fallu, comme le rappelle Gao Jian dans le premier des trois textes consacrés aux rapports de la Chine avec le droit international, assurer la présence de la Chine dans les instances internationales. L'étape décisive aura été, en 1971, la réintégration de la République populaire dans les droits de la Chine à l'ONU. Depuis lors, la Chine a progressivement accentué sa présence dans les organisations internationales à vocation politique, technique, scientifique ou culturelle, jusqu'à prendre part, encore modestement, à certaines missions de maintien de la paix. La transformation des conditions d'emploi et de travail dans la nouvelle économie chinoise posera vraisemblablement, dans un proche avenir, la question de la conformité du droit chinois aux normes internationales en matière sociale.

En matière de commerce international, cette mise aux normes fait encore l'objet de longues et âpres négociations. Le texte de Chen Hui, après avoir retracé le développement de la participation chinoise aux institutions internationales dans ce domaine, rappelle la position chinoise dans ces négociations, et notamment le vœu de la Chine d'être traitée, dans le cadre de l'OMC, comme une économie en voie de développement. L'analyse qu'elle fait des causes ayant jusqu'ici bloqué l'issue de ces négociations rejoint certaines des conclusions d'Ivan Bernier. Celui-ci, dans son étude de la question de la réintégration de la Chine dans le GATT et l'OMC, met lui aussi en cause l'opposition directe d'intérêts très concrets entre la Chine et les États-Unis. Plus largement, cependant, il voit à l'œuvre dans le débat

autour de l'appartenance de la Chine à cette organisation des divergences de fond sur le rôle de celle-ci par rapport aux souverainetés étatiques et aux groupements économiques supranationaux.

Il convient tout à fait que cet itinéraire à travers le droit chinois contemporain se termine ainsi sur une image d'inachèvement, sur une question non résolue. Le droit chinois tout entier, en effet, se présente aujourd'hui comme un vaste projet. Ce projet semble certes conduit par les dirigeants chinois avec constance et dans une perspective de durée. Il paraît susciter confiance et adhésion auprès des citoyens et citoyennes de la République populaire, et répondre au moins en partie au besoin de sécurité qu'ont pu créer naguère les bouleversements politiques et que créent aujourd'hui les bouleversements économiques et sociaux. Mais en dépit de la formidable croissance de la législation et de la réglementation, ce projet demeure encore très largement inabouti. Les emprunts et les expérimentations, qui ont joué jusqu'ici un rôle important dans la construction du droit chinois, vont vraisemblablement se poursuivre. Sur ce vaste chantier, juristes de Chine et d'Occident — et parmi ces derniers, nous pensons particulièrement à ceux des pays francophones — peuvent, malgré ce qui les sépare, nouer un dialogue. Puisse cette livraison des *Cahiers de droit* contribuer à développer ce dialogue et à enrichir les travaux en langue française sur le droit chinois.

Plusieurs personnes, outres celles qui ont accepté de contribuer par un texte à cette entreprise, l'ont soutenue de leur bienveillance et de leurs efforts. D'abord Maurice Arbour, alors directeur des *Cahiers de droit*, qui a accueilli dès l'origine notre proposition avec enthousiasme, et dont l'appui actif et inventif ne s'est jamais démenti. Présent dès le départ aussi, Li Jiaxiang, alors directeur du Département de sciences politiques et juridiques de l'Université normale de Tianjin et devenu depuis vice-président de cette Université, a assumé avec une parfaite efficacité la tâche de coordonnateur des contributions en provenance de Tianjin. Nous sommes également redevables à Wu Ning, qui a montré beaucoup de rigueur dans l'établissement de la version française des contributions rédigées en langue chinoise, et à Marjolaine Caron, qui nous a fait bénéficier de sa maîtrise des techniques de traitement et de composition des textes. Enfin, dans la phase finale, Daniel Gardner, nouveau directeur des *Cahiers de droit*, a mobilisé pour l'achèvement du projet tout son dynamisme personnel et les talents de l'équipe technique de la revue. Qu'ils trouvent tous et toutes ici l'expression de notre vive reconnaissance.

Pierre ISSALYS
Qi Xuefeng