

Recueil Dalloz 2002 p.2484

La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances (1)

Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université de Paris 1, Membre de l'Institut universitaire de France

L'essentiel

Le retour au droit, après la période maoïste, est amorcé en 1978. Depuis lors, la Chine a été saisie d'une véritable « frénésie législative ». En somme, la Chine est devenue un « Etat de lois », mais s'agit-il d'un « Etat de droit » ?

En droit chinois, le XXe siècle est placé sous le signe de la discontinuité. L'effort de modernisation, lancé à la fin de la dynastie des Qing par des juristes comparatistes comme Shen Jiaben  (2), a été largement abandonné à la suite de la Révolution de 1911, et la République, entre 1912 et 1949, a davantage importé des textes étrangers que systématisé des règles existantes. Quant à la période maoïste, elle est caractérisée, de 1966 à 1976, par une marginalisation du droit et des organes judiciaires. Appelée à dépérir, le droit n'est plus ni enseigné, ni appliqué : « *il n'y a pas besoin de code pénal puisque les criminels sont rééduqués par le parti communiste chinois, ni de code civil puisque la propriété privée est supprimée* »  (3).

Le retour au droit est amorcé en 1978 avec l'apparition de la légalité socialiste dans le discours de Deng Xiaoping au 3e plénum du XIe Comité central du parti communiste chinois (PPC) : « *nous avons besoin d'un ensemble large et complet de lois faisant autorité et constamment appliquées* ».

Depuis lors la Chine a été saisie d'une véritable « frénésie législative »  (4) : ainsi ont été adoptés en 1979 un code pénal et un code de procédure pénale (modifiés en 1996 et 1997), en 1987 des Principes généraux de droit civil, en 1990 une loi de procédure administrative, en 1991 une loi de procédure civile ; parallèlement, entre 1979 et 2000, sont adoptés plus de 250 lois, plus de 100 décisions de l'Assemblée populaire nationale et du Comité permanent, plus de 800 règlements administratifs au niveau national et plus de 6 000 règlements locaux. Le processus s'accélère depuis l'affirmation en 1992 de « l'économie de marché socialiste » et tous les domaines du droit sont désormais concernés  (5). En somme, la Chine est devenue un « Etat de lois »  (6) mais s'agit-il d'un « Etat de droit » ?

La perplexité est encore renforcée par deux traductions différentes du terme Etat de droit (*fa zhi*), avec la même transcription et la même prononciation : l'une (*zhi**), signifiant fabriquer, produire, créer des lois (système de droit), fut introduite avec le terme de *légalité socialiste* sous l'influence de l'URSS, l'autre (*zhi***), signifiant gouverner par la loi et remontant aux légistes de l'époque pré-impériale, est utilisée pour traduire l'idée occidentale de gouvernement soumis au droit  (7) et a été inscrite dans la Constitution en 1999.

Mais la terminologie occidentale n'est pas moins complexe. Politiquement le concept remonterait aux auteurs français du XVIe siècle  (8), puis à Montesquieu qui oppose gouvernement par le droit au despotisme du gouvernement par les hommes ; il deviendra au XXe siècle l'antithèse du totalitarisme. Juridiquement l'Etat de droit apparaît donc comme la

transposition en droit du système politique démocratique. C'est ainsi que le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relie l'un à l'autre en affirmant que « *l'Union repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit* ». On pourrait dire que la séparation des pouvoirs détermine les conditions d'élaboration et d'application démocratiques des règles de droit et que la reconnaissance des droits fondamentaux oriente leur contenu, mais les modèles se sont diversifiés : après le *Rechtsstaat* en Allemagne (1798), la *Rule of law* apparaît en Angleterre en 1895, enfin le terme *Etat de droit* est d'utilisation plus tardive en France (en 1907 et surtout à partir de 1977) (9).

Plus précisément, le concept d'Etat de droit renvoie d'abord à l'exigence des « piliers » que sont la légalité (démocratie formelle) et la garantie judiciaire (démocratie procédurale), exigences complémentaires même si, d'un modèle à l'autre, l'importance de chaque pilier varie. Mais conflits et contradictions apparaissent à mesure que l'on tente de consolider le socle des droits fondamentaux. Aux conflits sur le contenu de ces droits (civils et politiques d'un côté, économiques, sociaux et culturels de l'autre) s'ajoute, à mesure que se développe le contrôle de constitutionnalité des lois, selon des modalités et à des rythmes différents, la crainte d'un gouvernement des juges, l'Etat de droit pouvant se dresser alors *contre* la démocratie.

Le « brouillage conceptuel » créé par ce concept qualifié de « fourre-tout » (10) est encore accru par l'évolution du droit international. Au modèle souverainiste traditionnel, dit de Grotius, qui postule l'égale souveraineté de tous les Etats et repose sur des relations de type « inter-étatique », s'ajoute un nouveau modèle cosmopolitique, dit de Kant par référence à *La paix perpétuelle entre les nations*, qui naît en 1945 avec la Charte des Nations unies et s'affirme à mesure que la société se globalise et tend à organiser un ordre mondial qui ne se substitue pas à l'ordre public national mais se superpose à lui. Ce nouveau modèle exprime non seulement le refus d'hégémonie, mais aussi le refus d'une privatisation du droit qui annonce un gouvernement par l'argent (11). Il implique la recherche d'un droit commun de type « supra-étatique », fondé sur le pluralisme et la sauvegarde des valeurs fondamentales et marqué par l'adoption d'instruments juridiques qui privilégient le jeu des conventions multilatérales, non seulement régionales, mais à vocation universelle : par exemple, dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les Pactes de l'ONU sur les droits de l'homme (1966), les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU sur les tribunaux pénaux internationaux, TPIY et TPIR (1993-94), puis la Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale, CPI (1998) ; ou encore, dans le prolongement des accords du GATT, la création de l'OMC par les Accords de Marrakech (1994).

Mais ce nouveau modèle, parfois qualifié de « postmoderne », est loin d'être accepté par tous les Etats. Depuis les attentats du 11 septembre, les positions se sont même durcies, notamment du côté américain, avec l'hostilité affichée à la CPI et plus largement au modèle kantien. Expliquant par la « puissance américaine » et la « faiblesse européenne » la référence à des modèles contraires, favorisant l'unilatéralisme du côté américain et le multilatéralisme du côté européen, Robert Kagan considère que le problème est « systémique et sans solution » (12). Encore faut-il sans doute intégrer à l'analyse les choix des autres grands pays, à commencer par la Chine qui a signé les deux pactes de l'ONU, ratifié le premier, sur les droits économiques, sociaux et culturels, et vient d'entrer à l'OMC. Par-delà la question récurrente de la puissance des uns et de la faiblesse des autres, c'est d'interdépendance qu'il s'agit désormais. Beaucoup de problèmes ne relèvent plus des seuls Etats qui deviennent : « *too small for the big problems of the world and too big for the little problems of the world* ». D'où l'idée d'une déclaration globale d'interdépendance, pour reconnaître explicitement que « *no people and no nation can truly prosper unless the bounty of our collective ingenuity and opportunities are available and accessible to all* » (13).

Quel que soit leur avenir politique, la présente superposition des deux modèles conduit du point de vue juridique à introduire le terme, plus organique que mécanique, de processus, à caractère dynamique et évolutif. L'internationalisation du droit implique en effet non seulement la ratification des conventions, mais leur intégration progressive dans l'ordre juridique national (harmonisation) ; inversement, elle devrait conduire à la prise en compte des spécificités nationales

dans l'ordre mondial en gestation qui évoque, comme on l'a montré à propos des TPI, une sorte d'hybridation normative  (14) ; enfin la nécessité des échanges entre des institutions et des autorités internationales non hiérarchisées entre elles incite à mettre en place des formes nouvelles de co-régulation, malgré les risques d'instabilité, voire de capture au profit d'intérêts privés, que comporte cette absence de hiérarchie  (15).

Si le nouveau principe d'ordre peut en effet être décrit comme interaction plutôt que hiérarchie, confirmant l'hypothèse d'un changement de paradigme, de la pyramide au réseau  (16), il en résulte que le concept d'Etat de droit tend à échapper en partie à l'Etat et au droit national. D'où la nécessité d'analyser la question de la construction d'un Etat de droit d'abord *en* Chine, puis à travers la participation *de* la Chine à la construction d'un ordre juridique mondial.

I - La construction d'un Etat de droit *en* Chine

En 1978, lorsque Deng Xiaoping lance le thème de la légalité socialiste, le droit a presque disparu et les sources anciennes, qui distinguaient le gouvernement par les lois du gouvernement par les rites, semblent difficiles à transposer, politiquement mais aussi techniquement. S'il est vrai que la tradition ritualiste privilégie « *un souple régime d'interdépendances et de solidarités... le droit ne se différenciant pas de la morale* »  (17), il s'agit plutôt de tension entre deux pôles : « *face au confucianisme, ce que sera le taoïsme dans la pensée métaphysique, le légisme le sera toujours dans la réflexion politique* », mais le ritualisme resterait prédominant  (18). Renouvelant l'analyse, Marianne Bastid-Bruguière souligne que « *la rhétorique confucéenne du gouvernement sous l'influence de la vertu des souverains et de leurs hommes de confiance a toujours cherché à amoindrir, voire à nier les autres instruments d'autorité* » et que « *les études sur les dernières découvertes archéologiques et les textes ont montré l'existence d'une science du droit très développée* » ; elle suggère que l'idée de loi au sens de loi positive, ainsi que la notion de suprématie de la loi, ne sont pas aussi ignorées dans la tradition chinoise qu'on l'a prétendu. Il reste à savoir si la science du droit trouve une place dans la construction d'un Etat de droit dans la Chine actuelle, qu'il s'agisse de la légalité, de la garantie judiciaire ou des droits fondamentaux.

A - La légalité

Traditionnellement la Chine est un pays de droit écrit. Il est difficile de dater les premiers codes, mais on sait qu'ils existaient déjà avant l'ère chrétienne : au temps des Royaumes combattants, le même terme *lǚ*, qui exprime l'idée de commune mesure, désignait à la fois les commandements pénaux et l'harmonie musicale. Le premier code entièrement conservé date de la dynastie Tang (737). Imité par les dynasties suivantes, il est conçu comme une mise en forme pénale des interdits et des peines, même s'il exprime indirectement ainsi toute une architecture civile de la vie en société. Après l'éclipse de la période maoïste, la résurgence du droit écrit, sa surabondance même, ne respectera la légalité qu'à deux conditions, formelle (élaboration démocratique de la loi) et matérielle (qualité de la loi).

L'élaboration démocratique de la loi a sans doute progressé entre la Constitution de 1954 créant l'Assemblée populaire nationale (APN) sur le modèle du soviet suprême et la Constitution actuelle : le nombre des commissions a augmenté, le personnel administratif s'est étoffé et la pratique des votes à l'unanimité a progressivement reculé  (19). Cependant les élections restent au suffrage indirect (par les assemblées populaires des provinces sur recommandation du parti communiste chinois PCC), et les 3 000 membres de l'APN se réunissent seulement pour une session plénière par an. C'est le comité permanent de l'APN (CPAPN, composé de 155 membres élus par l'APN sur une liste proposée par le PCC), qui exerce le véritable pouvoir législatif car il siège en permanence ; mais le rôle prépondérant revient au Conseil des affaires d'Etat (CAE), émanation du pouvoir central. En effet les mêmes principes restent en vigueur : la voie socialiste, la dictature du prolétariat, la direction par le PCC, le marxisme-léninisme et la pensée Mao.

Quant à la qualité de la loi, systématisée par la CEDH à la fin des années quatre-vingt, elle implique non seulement une loi formelle, votée par un parlement indépendant et interprétée par un juge indépendant et impartial, mais encore trois conditions de fond : l'accessibilité, la précision et la prévisibilité. Il est vrai que ces conditions ne sont pas toujours réunies en Occident, comme le montrent par exemple les définitions vagues du terrorisme dans les récentes législations d'exception, en Europe (projet de décision-cadre UE relative à la lutte contre le terrorisme, décembre 2001), comme aux Etats-Unis (ordonnance Bush du 13 nov. 2001). Du moins la question est-elle posée et progressivement contrôlée par un juge.

En Chine, le problème tient d'abord à l'extrême confusion des sources du droit, juxtaposées sans véritable hiérarchie. En effet, si l'APN et le CPAPN votent les lois *stricto sensu*, il existe aussi de multiples décisions (d'interprétation et d'application, mais aussi de modification), adoptées sous diverses dénominations (20). S'ajoutent des règlements proprement dits (autonomes) désignés par diverses appellations ; ou encore des dispositifs tels que *banfa* (solution) ou *jueding* (décision), utilisés par tous les organes : « *la confusion de forme traduit la confusion tant entre le législatif et l'exécutif qu'entre le normatif et l'administratif* » (21). Même la loi 15 mars 2000 sur l'élaboration des lois et règlements, qui tente d'encadrer le dispositif législatif, ne parvient pas à le rationaliser. D'autant que la Chine, parfois qualifiée « d'Etat fédéral *de facto* » (22), reste soumise à un enchevêtrement d'autorités législatives et administratives à l'échelle nationale et locale.

Or l'accessibilité, la précision et la prévisibilité des normes juridiques devraient devenir des priorités, non seulement en droit des affaires parce que le marché exige la certitude juridique, mais encore en droit des personnes parce que la société chinoise, moins homogène et plus conflictuelle, suppose des règles précises pour trancher les conflits de valeurs et pour éviter l'arbitraire du pouvoir exécutif et du juge (23), notamment en droit pénal. Considéré en Occident comme contraire au principe de la légalité des délits et des peines, l'analogie à effet répressif serait en effet traditionnelle en Chine. Jean Escarra la rattachait à ce qu'il appelait curieusement « *les caractéristiques de la logique traditionnelle chinoise* » (indifférence aux principes de causalité et de non-contradiction, rareté de la déduction syllogistique) (24). Mais Jérôme Bourgon a montré que l'analogie et la légalité ont de tout temps suscité débat (25). Inscrit dans le code de 1979, le principe d'analogie a néanmoins été supprimé en 1997 (26) : l'art. 3 c. pén., consacrant une stricte légalité, excluant à la fois l'analogie et l'application rétroactive des lois plus sévères, fut salué comme un progrès : « *en limitant le pouvoir de punition de l'Etat, il protège les droits de l'homme* » (27). Cependant, malgré la suppression des crimes contre-révolutionnaires, il reste des incriminations imprécises, comme l'atteinte à la sécurité de l'Etat (28).

Mais la principale faiblesse est la persistance de mesures de contrainte extrapénales et extra judiciaires : détentions administratives, au maximum de quinze jours, pour atteinte à l'ordre public, ou détention de rééducation par le travail, ordonnée par l'organe de la sécurité publique, au maximum de trois à quatre ans. Prévues par de simples règlements, ces mesures ne respectent ni la qualité de la loi, ni même la légalité formelle. Certes la loi de procédure administrative de 1989 autorise les recours, mais selon des conditions fort restrictives ; quant à la loi de 1996 sur les sanctions administratives, elle ne mentionne ni ne supprime de telles mesures. Seule la loi du 15 mars 2000, consacrant le principe que toute privation de liberté doit être prévue par une loi, pourrait conduire à un éventuel recours. A condition que la garantie judiciaire puisse s'exercer utilement.

B - La garantie judiciaire

Il est sans doute plus difficile de reconstituer un corps judiciaire que de faire des lois. Or, pendant des années, le droit n'avait pas été enseigné et l'on recensait à peine une soixantaine de personnes aptes à l'enseigner lors du retour à la légalité socialiste en 1978 : les juges étaient recrutés parmi d'anciens militaires ou fonctionnaires. A cette insuffisance de la

formation juridique - qui subsiste encore partiellement aujourd'hui -, s'ajoutent les faiblesses du statut et le déséquilibre des pouvoirs.

Le statut des professions judiciaires concerne d'abord juges et procureurs, dont l'autonomie est inscrite dans la Constitution de 1982 (art. 126), le code de procédure pénale de 1996 (art. 5) et la loi sur les procureurs et les juges de 1995 (art. 8 et art. 43 contre l'ingérence). Plus précises, les règles de la Cour suprême populaire proclament en 1998 l'indépendance des juges (art. 78), l'autonomie des procureurs (art. 9) et même la limitation du rôle du PCC qui « *doit mener ses activités dans les limites définies par la Constitution et les lois* ». Mais le Parti continue à administrer la carrière de tous les cadres : la commission politique et judiciaire, présidée par un membre du PCC, dirige et coordonne à tous les échelons l'organe de la sécurité publique (police), les juges, les procureurs et le bureau du ministère de la Justice. Il serait donc illusoire d'attendre des effets immédiats, autres qu'incantatoires, des affirmations répétées sur l'indépendance et l'impartialité : principes directeurs de déontologie du juge en octobre 2001 (art. 2 excluant toute ingérence et art. 11 sur l'impartialité) ; discours de Xiao Yang, président de la Cour suprême, en décembre, énumérant, comme éléments d'une conception moderne du juge, l'indépendance (vis-à-vis du gouvernement et du PCC), l'égalité, l'impartialité, la transparence, l'équité, l'efficacité et la « civilisation ». Mais il est vrai que les lois des 30 juin et 31 décembre annoncent plus concrètement l'amélioration de la formation universitaire et la création d'un concours unique (imposant une expérience professionnelle et un minimum de quatre ans d'études supérieures pas nécessairement juridiques) pour tous les professionnels du droit, y compris les avocats.

En effet la profession d'avocat (passée de 200 membres en 1979 à 110 000 en 1998) a considérablement évolué, du statut de fonctionnaire (règlement provisoire de 1980) à celui de travailleur juridique au service de la société (loi de 1996). Les cabinets d'avocats (d'une centaine de cabinets en 1979 à près de dix mille en 1998) se sont diversifiés entre les cabinets d'investissement étatique (70 %) ; les cabinets coopératifs depuis 1988 (10 %), enfin, depuis quelques années, les cabinets d'associés (20 %), à gestion plus souple, presque identique à l'Occident [■](29). A ceci près que le contrôle et la direction sont exercés par le ministère de la Justice et l'autorité disciplinaire par le PCC.

Quant aux pouvoirs, un déséquilibre persiste entre organes de la sécurité publique et procureurs : outre les mesures administratives qui échappent au procureur, les prérogatives de la police par rapport au parquet restent considérables dans le procès pénal lui-même où la police mène l'enquête (art. 18) et décide des gardes à vue (d'une durée en principe limitée à dix jours, mais pouvant être prolongée jusqu'à trente jours). Déséquilibre également entre juges et procureurs : certes le code de procédure pénale tente de placer le juge en position d'arbitre entre l'accusation et la défense, mais le parquet, qualifié par la Constitution (art. 129) d'organe « de contrôle de l'application des lois », peut, indépendamment de la possibilité de former un appel, contrôler le tribunal par un avis de rectification (art. 169) qui lui donne « *une sorte de supériorité par rapport au tribunal* » [■](30).

La réforme de 1997 [■](31), précédée par une étude des droits étrangers, témoigne cependant d'une certaine volonté d'ouverture. D'abord la reconnaissance, indirecte mais explicite, de la présomption d'innocence [■](32) (selon le nouvel art. 12, nul ne peut être reconnu coupable sans un jugement prononcé selon la loi par un juge), a conduit à supprimer les classements prononcés par le procureur avec déclaration de culpabilité et à préciser que le doute doit profiter à la défense (art. 162), la terminologie étant modifiée et l'expression « suspect » (*fanzui xianyi*) substituée à celle de « criminel » (*fanren* ou *renfan*). En second lieu, les droits des victimes sont renforcés (art. 77 et 170 élargissant l'action civile) et les droits de la défense améliorés : la détention pour enquête, de durée indéterminée, est supprimée et l'avocat est admis dès la phase préparatoire ; il peut rencontrer le suspect, avoir accès au dossier et présenter des demandes, mais le dossier reste secret dans les cas sensibles [■](33). Enfin la procédure de jugement obéit à des règles plus contradictoires tendant à éviter l'habitude antérieure de décisions adoptées avant l'audience et à imposer au juge une certaine neutralité dans la conduite

des débats (art. 150), tout en reconnaissant aux parties un rôle plus actif. En somme, qu'il s'agisse de la présomption d'innocence ou des droits de la défense, la procédure pénale amorce déjà une certaine reconnaissance des droits fondamentaux, sans que l'on puisse encore parler d'un véritable socle.

C - Les droits fondamentaux

Même en Occident, le socle se construit après les piliers. Comme le souligne Etienne Picard : « *si l'on pense que l'Etat pose le droit, on ne parvient pas aisément à penser les droits fondamentaux comme fondateurs de l'Etat de droit. Or, tout au contraire, il faut voir que c'est le droit fondamental qui pose l'Etat en tant qu'Etat de droit, et que celui-ci n'a pour fonction que de le concrétiser et le garantir en même temps* »⁽³⁴⁾. Autrement dit, la consolidation passe par une refondation de l'Etat de droit, qui implique à la fois une procédure de contrôle et la reconnaissance au fond de l'indivisibilité des droits fondamentaux.

Quant au contrôle, l'autorité des instruments juridiques chinois tend à se renforcer, sans que les moyens d'un véritable contrôle de constitutionnalité soient encore mis en place. Le principe *fa zhi* lancé par Deng Xiaoping en 1978 a été réaffirmé dans le discours de Jiang Zemin au XVe congrès en 1997. Reprenant l'expression « gouverner par la loi », il précise l'objectif à atteindre (« *que les institutions et le droit ne changent pas en fonction du dirigeant ou de sa volonté* »), mais il maintient la référence au PCC. La formule sera néanmoins constitutionnalisée avec la réforme de 1999 : selon le nouvel alinéa ajouté à l'art. 5 de la Constitution : « *la RPC gouverne le pays en conformité avec la loi et construit un pays socialiste gouverné par la loi* » (*yi fa zhi guo*). Cette disposition pourrait devenir une base juridique contre les violations de la Constitution, à supposer que s'instaure un contrôle de constitutionnalité. S'il n'y a guère de volonté politique en ce sens, du moins les juges tentent de timides avancées : ainsi par un arrêt du 13 août 2001, la première chambre civile de la Cour suprême a-t-elle pour la première fois considéré que la violation d'un principe constitutionnel (droit à l'éducation) pouvait donner lieu à réparation sans le support d'une loi. Mais il s'agissait d'un conflit privé et il reste fort improbable que l'on obtienne aussi réparation par l'Etat en cas, par exemple, de violation de l'art. 35 de la Constitution sur le droit à la liberté d'expression, de réunion et de manifestation⁽³⁵⁾.

Quant à l'indivisibilité des droits fondamentaux, inscrite dans la Déclaration universelle de 1948, elle a été négligée par tous les Etats au profit d'une application sélective. L'Occident privilégie les droits civils et politiques et commence seulement un lent rattrapage au profit des droits économiques, sociaux et culturels. En France, il a fallu attendre 1998 pour voir appliquer le principe d'égale dignité à la lutte contre les exclusions sociales et, au sein de l'Union européenne, seule la charte adoptée à Nice en 2000 (sans force obligatoire à ce jour) réunit l'ensemble des droits fondamentaux désormais répartis en six chapitres. En Asie, l'économiste Amartya Sen, comparant la Chine à l'Inde, note qu'en 1979 le taux d'alphabétisation est plus élevé en Chine (notamment chez les plus jeunes) et que les conditions sanitaires y sont meilleures⁽³⁶⁾, comme un lointain écho du programme défini dans l'ancien Etat chinois comme *jiaoyang* (éduquer et nourrir)⁽³⁷⁾. Depuis les années 1990, on observe néanmoins une montée du chômage (*xiagang*) et la naissance d'une nouvelle pauvreté⁽³⁸⁾, sans que les droits civils et politiques aient pour autant progressé, comme en témoignent les deux exemples de la torture et de la peine de mort.

L'interdit de la torture est au cœur du dispositif de protection des droits de l'homme. Inscrit dans la Déclaration universelle de 1948, il est repris par le pacte ONU de 1966 et la convention de 1984 (ratifiée par la Chine en 1988), et visé dans les définitions du crime contre l'humanité (résolutions précitées de 1993 et 1994⁽³⁹⁾, Convention de Rome de 1998). En Europe, l'interdit relève de l'art. 3 Conv. EDH et les condamnations prononcées par la Cour européenne attestent de la persistance des pratiques. En Chine, la torture, pratiquée par la « société féodale », avait été abolie en 1911, puis rétablie et largement utilisée. Désormais inscrit dans le code pénal, y compris pour les camps d'internement administratif ou de

rééducation par le travail 𠄎(40), l'interdit est encore peu efficace, pour des raisons allant de la formation professionnelle insuffisante, ou de l'absence d'avocat, à la tolérance officielle 𠄎(41).

Sur la peine de mort, on sait le monde fort divisé malgré l'abolition devant les TPI et la CPI 𠄎(42). La conception américaine, qui l'applique même aux mineurs et, jusque tout récemment, aux malades mentaux 𠄎(43), s'oppose à la conception abolitionniste européenne (Conv. EDH, prot. add., n° 6 et art. 2-2 Charte UE). En Chine, la doctrine a évolué entre le discours très idéologique des années quatre-vingt 𠄎(44) et une approche plus neutre à partir de la décennie suivante, allant jusqu'à la critiquer comme contraire au principe officiel (« tuer le moins possible »), qui devrait interdire aussi de décentraliser le pouvoir de confirmer la sentence car cela conduit « à l'abus de cette peine » 𠄎(45). En 1997, des pénalistes reconnaissent que le principe de proportionnalité doit inciter à limiter les cas passibles de la peine de mort et à « créer des conditions favorables pour l'abolition définitive » 𠄎(46). Mais l'évolution n'est pas linéaire : le code de 1979 exclut la peine de mort pour les mineurs (la maintenant avec sursis jusqu'en 1997) et pour les malades mentaux ; en revanche la liste des crimes capitaux sera élargie par la suite, en application du mot d'ordre *yanda* (frapper fort), et le prononcé avec sursis sera facilité par la possibilité d'une simple confirmation au niveau provincial. A nouveau, la réforme de 1997 limite la liste, encore large, des crimes capitaux, mais elle maintient, sauf pour les crimes économiques, la procédure de confirmation.

En somme, les piliers de l'Etat de droit chinois sont seulement en cours de construction et le socle viendra après. C'est dire les limites d'une telle métaphore, surtout quand on passe au droit international, lui-même très évolutif.

II - La participation de la Chine à la construction d'un ordre juridique mondial

Au plan international, il n'existe ni démocratie entre Etats 𠄎(47), ni Etat de droit : « *les droits internes n'intègrent que très médiocrement le droit international à leurs propres mécanismes* » et « *le droit international lui-même manque de garanties au profit des Etats les plus faibles face aux plus forts* » 𠄎(48). Malgré ces lacunes évidentes, l'apparition des droits de l'homme dans le champ juridique pourrait annoncer une évolution, ou même une « révolution copernicienne » : au lieu de tourner autour de l'Etat, le droit tournerait autour des droits fondamentaux, conduisant à placer le droit au-dessus de l'Etat et à condamner des Etats au nom du droit, comme le fait désormais la Cour européenne des droits de l'homme. Mais c'est surtout depuis l'apparition d'un droit du commerce mondial, et d'une justice pénale internationale, que sont confirmées l'ampleur du phénomène et la diversité de ses manifestations. Dans cette construction d'un ordre juridique mondial, la participation de la Chine s'exprime à travers un double processus d'élaboration mais aussi d'intégration des normes internationales.

A - Elaboration d'un ordre juridique mondial

Dès le début du XXe siècle, la Théorie des Trois Ages et de la Grande Unité 𠄎(49) avait été évoquée dans le mémoire présenté à l'Empereur en 1910 par le comité supervisant l'établissement d'un gouvernement constitutionnel. Il s'agissait d'un curieux mélange d'idéalisme - car cette théorie distingue les Ages du désordre, de la paix ascendante, puis de la grande paix, définie comme la grande unité juridique d'un monde où les distinctions entre barbares et civilisés disparaissent au profit de la fusion du droit chinois et du droit occidental (supposé homogène) - ; et de pragmatisme - car l'adoption du droit occidental permettra de retrouver la souveraineté, les traités commerciaux avec les puissances occidentales prévoyant la suppression des juridictions consulaires et la reconnaissance du principe de territorialité quand la Chine aura modernisé son droit.

Mais la période suivante est marquée par le retour à la spécificité chinoise, d'ailleurs soutenue par des juristes occidentaux

comme Escarra en 1936^[50]. En revanche, aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, le courant universaliste renaît, encouragé par le comparatiste américain Roscoe Pound : « *il y a des éléments universels... que les hommes sont capables de découvrir par la raison et de tester par l'expérience ; il n'est donc pas absolument nécessaire que chaque nation ait un droit complètement national* »^[51]. Façon de préfigurer la Déclaration universelle à laquelle, malgré l'instabilité politique de l'époque, la Chine participera activement, votant *pour* son adoption le 10 décembre 1948. Il est vrai que le représentant de la Chine, Chang Pengchun (1893-1957) semble avoir joué un rôle plus important qu'on ne le dit généralement. Ce diplomate, également écrivain et philosophe, présent dès l'ouverture des travaux, devint vice-président du comité de rédaction^[52] auprès de la présidente Mme Roosevelt et des rapporteurs, le Libanais Charles Malik et le Français René Cassin. Homme d'une grande culture (*a chinese renaissance man* ^[53]), son ouverture d'esprit semble attestée par sa carrière : titulaire d'une bourse accordée par les Etats-Unis au titre des réparations dues à la Chine après la guerre des Boxers, il devint ambassadeur en Turquie et donna des conférences à Bagdad sur les cultures chinoise et arabe, s'attachant à comparer le confucianisme et l'islam. Il conseillera d'ailleurs aux membres du comité de rédaction de consacrer quelques mois à l'étude de Confucius... Particulièrement apprécié par le secrétaire général Humphrey pour son art de dénouer les conflits et de trouver des solutions de synthèse, il semble avoir été un excellent médiateur entre la Chine et l'Occident. Son rôle aurait été décisif pendant la rédaction de l'article 1er : soutenant la proposition de Cassin d'inscrire le principe d'égale dignité en tête de la Déclaration, malgré la forte résistance de l'Afrique du sud^[54], il avait aussi complété la référence aux hommes « doués de raison », par l'expression *liang xin*, traduite par « conscience »^[55], et contribué, avec Cassin, à faire ajouter le « devoir de fraternité » ; enfin il insista, au nom de l'universalisme, pour que soit enlevée toute allusion à la nature et à Dieu (ses arguments seront repris ultérieurement par Mme Roosevelt^[56]). Pour le reste, il est à noter qu'il soutint l'intégration à la Déclaration des droits économiques, sociaux et culturels^[57], qui rejoignait à l'époque la position américaine, le président Roosevelt ayant envisagé en 1944 *a second bill of rights*.

Après la longue éclipse du maoïsme, la Chine reprend progressivement sa place sur la scène internationale et l'année 1992 (lancement de « l'économie de marché socialiste ») marque un tournant pour la doctrine chinoise qui s'intéresse à nouveau aux modèles étrangers et à l'harmonisation du droit chinois avec les standards occidentaux. Mais le comportement des gouvernants reste ambigu : ainsi, en 1993, près avoir participé à la Déclaration de Bangkok sur les « valeurs asiatiques » et manifesté la volonté de restreindre l'impact des droits de l'homme^[58], la Chine contribue néanmoins à la Déclaration de Vienne par laquelle est réaffirmé le caractère universel de la Déclaration de 1948 ; elle votera également, en 1993 et 1994, les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU créant les TPI et ratifiera en 2001 le pacte ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels (avec cependant une réserve sur la liberté syndicale et le droit de grève) ; enfin, bien qu'elle n'ait pas signé la Convention de Rome, la Chine vient de voter, le 12 juillet 2002, la résolution qui limite la position américaine contre la CPI. Mais c'est avant tout l'entrée de la Chine à l'OMC, le 11 décembre 2001, qui marque le retour de la Chine sur la scène internationale, le corollaire - et le véritable test - étant l'intégration des standards internationaux en droit interne.

B - Intégration en droit interne

L'entrée à l'OMC implique d'abord une ouverture politique, actuellement plus apparente que réelle, comme en témoignent, par exemple, une loi de 1998 autorisant les associations, mais imposant le parrainage par une organisation officielle (unité d'enregistrement, *guako danwei*) et des limites géographiques et professionnelles fort étroites^[59] ; ou encore la théorie des Trois Représentations, lancée par Jiang Zemin au printemps 2000 pour encourager l'entrée des entrepreneurs privés au PCC, analysée par les observateurs comme une forme de « totalitarisme ramolli » ou de « communisme distendu »^[60]. Mais, sur le plan juridique, l'accession de la Chine à l'OMC déclenche, après les vagues de 1978 et de 1992, une troisième onde de réformes, à la fois générales et spéciales.

Au plan général, le Protocole d'accèsion de la Chine à l'OMC impose d'abord le principe de transparence. Une première publication de 16 volumes, en octobre 2001, annonce celle de l'ensemble des textes relatifs « au commerce des marchandises, des services, aux accords ADPIC ou au contrôle des changes », qui devrait entraîner à terme la disparition, au moins pour partie, des mesures discrétionnaires (*neibu*) (61). En revanche le principe d'application uniforme, également inscrit dans le Protocole, sera fort difficile à mettre en oeuvre. De même celui du contrôle des actes administratifs qui pourrait avoir des conséquences considérables s'il conduisait à un contrôle efficace de l'excès de pouvoir, alors que les lois récentes sur le recours administratif et la chambre des affaires administratives sont encore insuffisantes (62).

Quant aux législations spéciales, tous les domaines de la vie des affaires devront progressivement évoluer, mais les lignes sont sinueuses. Ainsi le droit de propriété, tel qu'il est défini par les Principes généraux du droit civil, se limite aux formes de propriété étatique et collective. La loi sur les sociétés de 1993 offre la possibilité de commercialiser des titres de participation au capital d'entreprises d'Etat, mais sans imposer de véritable privatisation (le nombre d'entreprises d'Etat n'a d'ailleurs cessé de croître les dix dernières années) : l'objectif est plutôt d'adopter des techniques de droit privé pour assurer une meilleure gestion des actifs d'Etat tout en évitant dans les secteurs stratégiques un transfert du contrôle à des investisseurs étrangers. Et la réforme constitutionnelle de 1999 reste ambiguë : « *sans évoquer la propriété privée des moyens de production, elle en suggère la légalité, mais en limite la légitimité* » (63). En droit des contrats, la loi du 15 mars 1999 devrait déjà garantir l'égalité de traitement entre Chinois et étrangers, mais une conception extensive de l'ordre public et le maintien de l'approbation préalable en limitent l'impact : « *les progrès sont immenses en lisibilité, beaucoup moindres en prévisibilité* » (64). De même pour la propriété intellectuelle et la lutte contre la contrefaçon (65) : à côté d'une réglementation très complète (droit des brevets et droit des marques), les procédures civiles restent peu efficaces, malgré les amendements récents (66). En somme le droit chinois continue à refléter les contradictions du système politique et les attentes des juristes sont peut-être excessives, d'autant que de nombreux secteurs de la législation sont encore en chantier : assurances, concurrence, commerce extérieur, système financier (67).

En conclusion, le développement économique n'implique pas de passage automatique à la démocratie (68). La construction d'un Etat de droit suppose à la fois des instruments juridiques - ici les avancées sont notables - et une volonté politique pour que ces instruments soient pleinement appliqués - là les résistances sont fortes. Peut-être faut-il ajouter, avec l'apparition d'une communauté de juristes chinois et, plus largement, d'une culture juridique dans une société plus consciente de ses droits et des moyens de s'en servir, un troisième facteur que l'on pourrait nommer « conscience juridique ». De nature à renforcer l'efficacité des instruments existants, elle ne suffira pas à surmonter les résistances politiques, mais elle pourrait y contribuer, d'autant que les interdépendances de fait renforcent le jeu des interactions entre droit interne et international, limitant la marge de manoeuvre des Etats, même les plus puissants. Elles pourraient stimuler la réforme et inciter à la construction d'un véritable Etat de droit. Compte tenu de la forte incertitude sur l'évolution politique interne, comme sur le contexte international, le pari n'est pas gagné d'avance, mais il vaut d'être pris.

Mots clés :

GENERALITES * Organisation juridique * Chine * Etat de droit * Construction * Avancée et résistance

(1) A partir d'une conférence prononcée dans le cadre du séminaire du professeur Pierre-Etienne Will sur « La tradition chinoise et le problème de la démocratie », Collège de France, 20 mars 2002.

(2) V. J. Bourgon, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, thèse EHESS, 1994, p.767 s.

(3) M. Bastid-Bruguière, L'esprit de la codification chinoise, *Droits* 1998, p. 129-143.

(4) *Ibid.*, p. 143.

(5) V. les numéros spéciaux Gaz. Pal. (1995, 1997, 2000) ; également Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, La réforme du droit chinois par la codification, RID comp. 2000, p. 529-552.

(6) J.-P. Cabestan, Rev. Tiers Monde, 1996, p. 649 s.

(7) Yuan Yuan Shen, *Conceptions and receptions of legality, The limits of the rule of Law in China*, Univ. of Washington Press, 2000, p. 20 s.

(8) B. Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, Calmann Lévy, 1979 ; égal. Etat de droit in *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 415.

(9) L. Heuschling, *Rechtsstaat, Rule of law, Etat de droit*, thèse Université Paris 1, 2000 ; Figures de l'Etat de droit, le *Rechtsstaat* dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne, dir. O. Jouanjan, PU Strasbourg, 2001.

(10) J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3e éd., 1999, p. 124 ; L'Etat de droit, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

(11) G. Anthonioz de Gaulle, « *Le totalitarisme de l'argent menace* » (communiqué AFP, 14 avr. 1997) ; V. aussi C. Pattern, « New York, Porto Allegre : l'énorme quiproquo », *Le Figaro*, 23-24 févr. 2002 : « les trois plus grosses fortunes équivalent à la production annuelle des 48 nations les plus pauvres ».

(12) R. Kagan, L'Europe post-moderne, *Le Monde*, 28-29 juill. 2002 ; Puissance américaine et faiblesse européenne, *Le Monde*, 27 juill. 2002 ; J.-C. Casanova, L'Empire et l'Europe, *Le Monde*, 30 juill. 2002.

(13) W. Davis, « For a global declaration of interdependence », *International Herald Tribune*, 6 juill. 2002.

(14) *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002.

(15) L'autorité de la régulation, Forum de la régulation, 4 juin 2002, *Les Annonces de la Seine*, 11 juill. 2002.

(16) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 2002.

(17) J. Escarra, *Le droit chinois*, Sirey, 1936, p. 69 s.

(18) L. Vandermeersch, *La formation du légisme*, EFEO, 1965, p. 188 ; *Etudes sinologiques*, PUF, 1994, p. 209 s.

(19) J.-P. Cabestan, *Le système politique de la Chine populaire*, PUF, 1994 ; « The relationship between the NPC and the State Council in the PRC : a few check but no balances », *The American Asian Review*, 2001, n° 3.

(20) XiaoYing Li-Kotovtchikhine, préc., p. 542, note 78.

(21) *Ibid.*

(22) L. Choukroune, L'Etat de droit par l'internationalisation, objectif des réformes ?, *Perspectives chinoises*, 2002, n° 69, p. 17.

(23) Yuan Yuan Shen, préc., p. 35.

(24) Escarra, préc., p. 67.

(25) Thèse préc.

(26) *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, vol. V, MSH 1997, dir. M. Delmas-Marty et Gao Mingxuan, p. 162 s.

(27) Gao Mingxuan et Zhao Bingzhi, De la réforme du nouveau code pénal chinois, *Rev. science crim.* 1998, p. 487 .

(28) V. A. Séverin, La réforme du droit pénal et de la procédure pénale, *Gaz. Pal.* 1997, p. 26 s.

(29) Sun Ping, Le statut de l'avocat en Chine, *Rev. science crim.* 1999, p. 928 .

(30) Li Qinglan, *Le parquet dans la politique criminelle en Chine*, mémoire DEA Droit pénal et politique criminelle, Univ. Paris 1, 1999.

(31) Chen Guangzhong, La réforme du droit de la procédure pénale en Chine, *Rev. science crim.* 1998, p. 1 .

(32) *Ibid.*; adde Lu Jianping, Les réformes de la justice pénale en Chine : quel bilan ? Entretien, *L'Astrée*, 1999, p. 1 (www.ifrance.com/astreee).

(33) Li Qing Lan, La preuve et le secret en droit chinois, *L'Astrée*, 2000, n° 12, p. 15-18.

(34) E. Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, *in* Les droits fondamentaux, *AJDA*, n° spécial, 20 juill.-20 août 1998, p. 6-42 .

(35) Yuan Yuan Shen, préc., p. 33 ; M. Bonnin, Les métamorphoses du totalitarisme, *Le débat*, 2002, n° 117, p. 114-135.

(36) Amartya Sen, *Un nouveau modèle économique*, Odile Jacob, 2000, p. 51 et 259.

(37) P.-E. Will, Science de l'Etat et sublimation de l'Etat, *Actes*, 2000, p. 18.

(38) M. Bonnin, Les métamorphoses du totalitarisme, préc., spéc. p. 131 ; Y. Chevrier, De la Révolution à l'Etat par le communisme, *ibid.*, p. 92-113, spéc. p. 99.

(39) *Crimes internationaux et juridictions internationales*, préc.

(40) *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, préc., vol. II, p. 13, 168 et 273, MSH 1995 et vol. V, 1997.

(41) *Ibid.*, vol. II, p. 295 s.

(42) W. A. Schabas, Life, death and the crime of crimes, supreme penalties and the ICC Statute, *Punishment and Society*, vol. 2 (3) 2001, p. 263-285.

(43) W. A. Schabas, Les réserves des Etats-Unis d'Amérique au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qui a trait à la peine de mort, RUDH 1994, p. 137.

(44) Gao Mingxuan, *A brief dissertation on the death penalty in the criminal law of RPC*, RID pén. 1987, vol. 58, p. 399-405 ; Yu Shutong, Le système de la peine capitale dans le droit pénal chinois, *ibid.*, p. 689-695. *Adde* Zhang Ning, Sur la question de la peine de mort en Chine, Conférence IAO, Lyon, 22 janv. 2002.

(45) *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, préc., vol. II, p. 331.

(46) *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, préc., vol. V, p. 184 à 186.

(47) M. Chemillier-Gendreau, *Droit international et démocratie mondiale, Les raisons d'un échec*, Textuel, 2001.

(48) M. Chemillier-Gendreau, L'Etat de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international, L'Etat de droit, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, préc., p. 65.

(49) Thèse préc., p. 767 s.

(50) *Le droit chinois*, préc., p. 83-84.

(51) R. Pound, *Some problems of the administration of justice in China*, Conférences 1947-48, p. 6.

(52) *La contribution française à la DUDH, René Cassin et la Commission consultative nationale des droits de l'homme*, Eric Pateyron, La Doc. fr., 1998, p. 99.

(53) M. A. Glendon, *A world made new, Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, 2001, p. 33, 133.

(54) *La contribution française*, préc., p. 149.

(55) *A world made new*, préc., p. 67-68, et Sumner B. Twiss, *A constructive framework for discussing Confucianism and human rights*, in *Confucianism and Human rights*, ed. by Theodore de Bary et Tu Weiming, Columbia Univ. Press, 1998, p. 41.

(56) *A world made new*, préc., p. 147.

(57) *Ibid.*, p. 185-186.

(58) Pour une approche critique, Inoue Tatsuo, *Liberal democracy and Asian Orientalism, The east asian challenge for human rights*, ed. Joanne R. Bauer and Daniel A. Bell, Cambridge Univ. Press, 1999, p. 88-99.

(59) M. Bonnin, préc., p. 128.

(60) *Ibid.*, p. 124 ; Y. Chevrier, préc., p. 109. V. aussi T. Rawski, Les réformes chinoises : vers un nouveau tournant ?, *Perspectives chinoises*, oct. 2001, p. 31 s. ; P. Hagmann, Regards sur la mise en scène des discours officiels, *Perspectives chinoises*, 2002, n° 69, p. 30 s.

(61) L. Choukroune, préc.

(62) Wang Liqiang, Du passé au présent du droit administratif de la Chine, *Gaz. Pal.* 2000, p. 40.

(63) T. Pairault, Droit de propriété et réforme du secteur d'Etat, *Etudes chinoises*, vol. XX, n° 1 et 2, 2001, p. 26.

(64) P. Borra, Réflexions générales sur la nouvelle loi sur les contrats, *Gaz. Pal.* 2000, p. 54.

(65) *Ibid.*, p. 62 s.

(66) En revanche, le recours à la voie pénale semble plus prometteur pour les faits d'une certaine gravité.

(67) Rose Zhang Ruosi, L'OMC et les réformes du système financier chinois, *Perspectives chinoises*, 2002, n° 70, p. 15 s.

(68) Cf. M. Bonnin, préc., p. 135.