

# **Les ressources endogènes et les réformes juridiques chinoises : débats et enjeux**

**Hélène Piquet \***

## *Abstract*

This paper discusses the nature and impact of local paradigms in contemporary Chinese jurisprudence. The debate surrounding the use of local paradigms in the context of the current legal reforms is important for sinologists and legal scholars in the West. In essence, advocates of local paradigms reject in part or in whole the legal transplants approach which lies at the foundation of the ongoing legal reforms since 1978. What is their rationale for such rejection? Can we speak of a united movement?

Part one of the paper presents the origins and variations in the use of local paradigms in Chinese jurisprudence, while part two discusses the challenges raised by this approach when it comes to the study of Chinese law and the future of the legal reforms.

---

\* Hélène Piquet est professeur à la faculté de sciences politiques et de droit de l'université du Québec à Montréal.

La connaissance des « droits non-occidentaux »<sup>1</sup> en Occident progresse indéniablement depuis quelques décennies. En particulier, nombre d'études sur le droit chinois ont vu le jour depuis 1978<sup>2</sup>. Cependant, le droit comparé reste largement imprégné d'une approche européocentrique, assortie d'un « mépris vis-à-vis d'autres cultures »<sup>3</sup>. Ainsi, Chiba parle du processus de disqualification dont ont fait l'objet les droits non-occidentaux<sup>4</sup> de la part des juristes comparatistes<sup>5</sup>. Pour sa part, Baxi parle de racisme épistémologique en soulignant que ces droits n'ont pas été jugés dignes de constituer un objet d'études à part entière pour les comparatistes<sup>6</sup>. En toute équité, des auteurs comme Glenn<sup>7</sup> et autres travaillent à revaloriser l'apport des autres traditions juridiques. Néanmoins, même lorsque ces droits, ou traditions juridiques, font l'objet d'importantes recherches, le problème n'est pas résolu pour autant. Ainsi, Laura Nader, d'une part, et

---

<sup>1</sup> L'expression est empruntée à Masaji Chiba, « Droit non-occidental », in Capeller Wanda et Kitamura Takanori (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 38-44.

<sup>2</sup> À titre illustratif, sans nulle prétention exhaustive : Chen Jianfu, *Chinese Law. Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development*, The Hague: Kluwer Law International, 1999 ; Lubman Stanley B., *Bird in a Cage. Legal Reform in China After Mao*, Stanford: Stanford University Press, 1999 ; Peerenboom Randall, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 2002 ; Potter Pitman B., *The Chinese Legal System. Globalization and Local Culture*, London/New York: Routledge, 2001. Du côté de la sinologie française, notons les travaux, entre autres, de Jean-Pierre Cabestan, Isabelle Thireau et Hua Linshan et Leïla Choukroune.

<sup>3</sup> Capeller Wanda, « Introduction », in Capeller et Kitamura (dir.), *opus cit.*, p. 15.

<sup>4</sup> Chiba, *opus cit.*, p. 39.

<sup>5</sup> Il faut en effet savoir que le modèle du « droit » dans l'esprit de plusieurs juristes comparatistes demeure les systèmes de droit écrit européens, soit la *common law* ou le droit civil. Par conséquent, les systèmes juridiques axés sur la transmission orale des règles ont été mal compris dans leur nature juridique et dépréciés. En outre, des systèmes juridiques très développés, recourant à l'écrit, ont aussi été jugés de peu d'intérêt par la plupart des juristes occidentaux.

<sup>6</sup> Baxi Upendra, « The Colonialist Heritage », in Legrand Pierre and Monday Roderick, (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge/London: Cambridge University Press, 2003, p. 53.

<sup>7</sup> Glenn H. P., *Legal Traditions of the World*, Oxford: Oxford University Press, 2007 ; Nelken David and Orücü Esin (ed.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007 et Menski Werner, *The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge (Mass): Cambridge University Press, 2005.

Randall Peerenboom, d'autre part, relèvent l'existence persistante de préjugés par rapport à la Chine eu égard à la place du droit dans ce pays<sup>8</sup>.

Certains juristes chinois, observateurs et participants aux réformes juridiques entamées en 1978, font écho à Chiba et Baxi en exprimant un malaise réel lié à la place prépondérante occupée selon eux par les modèles juridiques issus des droits occidentaux et du droit international dans le processus de modernisation du droit chinois en cours<sup>9</sup>. Afin de redresser la situation, qu'ils perçoivent comme néfaste sous plus d'un chef, ils proposent de recourir aux « ressources endogènes » ou « paradigmes locaux » (*bentuhua* 本土化) comme fondement des réformes juridiques. Le mot *bentuhua* est aussi employé dans un autre sens, celui d'adapter la règle de droit étrangère en la rendant locale. Dans cette perspective, le *bentuhua* marque une réponse, fondée sur une acceptation, de la règle ou institution transférée. Ce texte sera surtout consacré au *bentuhua* suivant le premier sens, soit désignant l'appel aux paradigmes locaux (donc chinois) en réaction aux emprunts de modèles juridiques étrangers. D'emblée se pose une question de qualification : s'agit-il d'un mouvement intellectuel organisé, avec chefs de files reconnus, revues ou autres moyens de diffusion ? Dans l'état actuel des choses, la réponse est négative. Toutefois, plusieurs juristes chinois explorent la piste du *bentuhua*, suivant diverses voies et sans prétendre se rattacher à un quelconque mouvement. C'est pourquoi l'auteur choisit de parler de courant de pensée, ou de tendance, qui émerge des écrits des juristes chinois, plutôt que de mouvement constitué et ayant vocation à se faire connaître.

---

<sup>8</sup> Peerenboom Randall, "The X-Files: Past and Present Portrayals of China's Alien 'Legal System'", *Los Angeles School of Law Research Paper Series*, 2003, Research Paper n°03-2, p. 23. Nader Laura, "Law and the Theory of Lack", *Hastings International & Comparative Law Review*, 2005, 28, p. 191-204 and 197-198.

<sup>9</sup> Guo Zhong 郭忠, « Lun dangdai Zhongguo shehui zhuanxing shiqi. Falü de shehui jingshen jichu » 論當代中國社會轉型時期法律的社會精神基礎 (L'esprit et les fondements sociaux du droit dans la transformation sociale de la Chine moderne), *Faxuejia* 法學家, 2006, 4, p. 81 ; Xu Zhangrun 許章潤, « Heping yu chongtu : Zhongguo mianlin de liu da wenti - Yi wei hanyu wenming faxue congyezhe de minzuzhuyi wenben » 和平遇冲突：中國面臨的六大問題 - 一位漢語文明法學從業者的民族主義文本 (Paix et conflits : six questions auxquelles la Chine est confrontée - texte nationaliste d'un professionnel du droit dans la civilisation chinoise), *Zhengfa luntan* 政法論壇, 2005, 6, p. 103-105.

Or, ce courant de pensée, à plusieurs déclinaisons, demeure peu connu en Occident. Aussi une étude de courant est-elle susceptible d'éclairer quelque peu les réformes juridiques en cours depuis 1978 et leurs directions possibles. Il convient donc, dans un premier temps, d'en identifier les fondements et de situer ceux-ci en relation avec des démarches analogues ailleurs dans le monde. Puis, il s'agira d'évaluer les contributions possibles du *bentuhua* aux réformes en cours, tout en tenant compte des défis qu'il pose aux chercheurs, tant occidentaux que chinois. Cet article traite donc des discours des juristes chinois avant d'entamer une analyse de fond.

### *Aux origines du bentuhua*

Zhu Suli, juriste, doyen de la faculté de droit de l'université de Beijing, est le père spirituel du débat sur le *bentuhua*. Il a amorcé la réflexion sur la place des paradigmes locaux dans les réformes juridiques chinoises en 1996, dans le contexte précis des discussions entamées autour de l'État de droit par le parti communiste chinois (PCC). Il a donc proposé le recours aux paradigmes locaux afin de fonder les réformes juridiques chinoises. En dépit du caractère ciblé de son questionnement, celui-ci a été repris, au fil du temps, par certains juristes chinois, qui l'ont étendu à l'ensemble des réformes juridiques en cours. Rien, dans les écrits de Zhu Suli, ne permet d'affirmer qu'il a cherché à constituer quelque mouvement que ce soit. Sa réflexion a connu un grand retentissement chez les juristes chinois et les débats qu'elle suscite durent encore à ce jour, eu égard à la question des transferts de droit. Le législateur chinois a, dès le début des réformes, autorisé le recours à ceux-ci comme mode de réforme du droit chinois<sup>10</sup>. L'expression « transferts de droit » n'est qu'une parmi plusieurs, visant à décrire le phénomène de la circulation des règles et institutions juridiques. En anglais, la métaphore renvoie à la botanique ou la biologie, soit *legal transplants*, souvent traduit par greffe. Cette expression a été popularisée par Alan Watson<sup>11</sup> et demeure la plus employée malgré diverses propositions terminologiques. En français, le même phénomène est aussi décrit par

---

<sup>10</sup> Yan Wang, *Chinese Legal Reform. The Case of Foreign Investment Law*, London: Routledge, 2002, p. 13.

<sup>11</sup> Watson Alan, "Legal Transplants and Law Reform", *Law Quarterly Review*, 1974, 92, p. 79-84.

la circulation des modèles juridiques. Pour nos fins, cette dernière expression peut être employée comme synonyme de transferts de droit. En chinois, il s'agit de *falü yizhi* 法律移植, qui rejoint plutôt le sens de transplantation. Les juristes chinois sont très au fait des débats occidentaux sur les transferts de droit<sup>12</sup>. Pourtant, peu de juristes occidentaux, y compris parmi ceux qui s'intéressent à la Chine, savent que les juristes chinois consacrent une partie importante de leur réflexion à ce sujet.

Un premier thème du *bentuhua* réside dans l'appel à la « tradition juridique chinoise » (*falü chuantong* 法律傳統) comme source d'inspiration dans la réforme du droit en cours. Or, lorsqu'on parle de tradition chinoise, il convient de situer la place du confucianisme dans les débats qui nous occupent. En effet, le renouveau du confucianisme que connaît la Chine depuis le milieu de la décennie 1990 déborde le cadre politique ou culturel pour pénétrer également les sphères du droit, certains auteurs voyant dans ce courant de pensée, entre autres, des éléments compatibles avec les droits de la personne<sup>13</sup>. Il mérite donc qu'on s'y arrête. Comment est-il présenté, quel contenu lui est-il attribué par les juristes chinois ?

*Des fondements souvent essentialisés, parfois contestés*

Anne Cheng souligne avec force la confusion qui entoure la notion même de confucianisme dans les réflexions ayant cours sur la Chine<sup>14</sup>. La même remarque trouve application lorsqu'il est question de la tradition juridique chinoise et l'articulation de celle-ci avec le premier. Tant la tradition chinoise que le confucianisme ont connu des transformations durant toute la période impériale, sans oublier celles, encore plus marquées, à partir de 1911. Cependant, les juristes chinois travaillant dans le courant *bentuhua*

---

<sup>12</sup> Voir l'article de Ma Jianyin 馬劍銀, « Falü yizhi de kunjing: Xiandaixing, Quanqihua yu Zhongguo yujing » 法律移植的困境-現代性, 全球化遇中國語境 (Les dilemmes des transferts : modernité, mondialisation et contexte chinois), *Zhengfa luntan*, 2008, 2, p. 54-69.

<sup>13</sup> À titre d'exemple, voir entre autres : de Bary William Theodore and Tu Wei-Ming (ed.), *Confucianism and Human Rights*, New York: Columbia University Press, 1998 ; Bauer John R. Bell and Daniel A. (ed.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge/London: Cambridge University Press, 1999.

<sup>14</sup> Cheng Anne, « Des germes de démocratie dans la tradition confucéenne ? », in Delmas-Marty Mireille et Will Pierre-Étienne (dir.), *La Chine et la démocratie*, Paris : Fayard, 2007, p. 83-84.

les traitent comme un tout indissociable. Ce fait, qui pose sans nul doute des problèmes de méthode, présente cependant un intérêt certain pour nos fins.

Après avoir fait l'objet de multiples attaques depuis 1911, le confucianisme, en tant que système de valeurs développé au fil des siècles par Confucius et ceux qui s'en réclament, a de nouveau droit de cité en Chine. La compréhension de cette évolution est liée à des facteurs politiques qui seront brièvement rappelés ici. Tout d'abord, le PCC a choisi de faire table rase du passé afin d'édifier un nouvel ordre politique et social en Chine. Cette hostilité envers la tradition a atteint son point culminant durant la Révolution culturelle (1966-1976). Lorsque le PCC, sous l'égide de Deng Xiaoping, lance la politique dite de réforme et d'ouverture, en 1978, c'est tout le rapport de la Chine à l'Occident qui est modifié. Il s'agit d'une ouverture, sélective certes, à des techniques et modèles économiques occidentaux perçus comme pouvant être utiles à la Chine dans son processus de modernisation. Dans le domaine juridique, l'heure est aux transferts de droit à haute dose. Cela étant, les intellectuels chinois, entre 1978 et 1989, débattent abondamment, à leur manière et à l'intérieur des contraintes politiques, des directions de la réforme politique chinoise. Leur réflexion est axée sur le démantèlement de l'idéologie communiste et emprunte plusieurs chemins<sup>15</sup>. Or, l'Occident jouit dans ces années d'une perception favorable chez une bonne partie des intellectuels chinois. Ces derniers portent un regard très critique sur la trajectoire historique et politique de la Chine, tel qu'il ressort entre autres de la série télévisée *He Shang*. Celle-ci contient une image positive de l'Occident, associé à la modernité, face à une Chine arriérée<sup>16</sup>. Pour Chen Xiaomei, *He Shang* constitue l'exemple parfait de l'occidentalisme qui caractérise alors la scène intellectuelle et culturelle chinoise<sup>17</sup>. Le PCC, pour sa part, cherche à contrôler étroitement les influences étrangères, donc occidentales, dans la société chinoise, notamment par le biais de campagnes politiques<sup>18</sup>. Le mouvement étudiant

---

<sup>15</sup> Chen Yan, *L'éveil de la Chine*, Paris : Éditions de l'Aube, 2002, p. 100 et tout le chapitre IV. Zhang Lun, « L'intellectuel, le pouvoir et l'idée de démocratie après Mao », in *La Chine et la démocratie*, *opus cit.*, p. 536-537.

<sup>16</sup> Chen Xiaomei, *Occidentalism. A Theory of Counter-Discourse in Post-Mao China*, New York/Boulder: Rowman and Littlefield Publishers Inc, 2002, p. 33.

<sup>17</sup> Chen Xiaomei, *opus cit.*, p. 36. Il faut entendre le terme comme désignant le recours à des paradigmes étrangers (occidentaux) afin de critiquer un ou plusieurs éléments de la tradition chinoise.

<sup>18</sup> Notamment par le truchement de la campagne contre la pollution spirituelle de 1983.

de la place Tiananmen au printemps 1989 conforte la faction conservatrice du PCC dans ses convictions que les réformes mènent la Chine sur une voie dangereuse. Le massacre de la place Tiananmen vaut à la Chine de se trouver en bute à des sanctions de la part de la communauté internationale. Ce fait est exploité par le PCC qui cherche alors à raviver le sentiment nationaliste de la population et parvient à ses fins<sup>19</sup>. Deng Xiaoping relance bien les réformes économiques en 1992 mais le rapport à l'Occident, dans la population chinoise, a changé, avec en corollaire la vision de la Chine. Il émerge alors un discours officiel prenant pour cible l'impérialisme culturel de l'Occident<sup>20</sup>. La décennie 1990 est marquée par diverses manifestations du nationalisme analysées par Jean-Pierre Cabestan<sup>21</sup>. L'une d'elle est plus pertinente pour nos fins, celle du nationalisme culturel traité par Jean-Philippe Bèjà dans son article sur le « national-confucianisme »<sup>22</sup>.

La réhabilitation officielle du confucianisme, initiée par le PCC, s'inscrit dans la tentative de formuler une réponse chinoise face aux modèles occidentaux dont il s'agit pour lui, plus que jamais, de limiter l'influence, notamment face aux théories du « changement de régime » et de « l'évolution pacifique » qui menacent son pouvoir<sup>23</sup>. Selon Bèjà, ce confucianisme est en réalité une « recomposition artificielle et politique d'une catégorie qualifiée de "culture chinoise", qui permettra d'éviter les traumatismes de la modernisation. Cette catégorie permet de rétablir la confiance dans une "identité chinoise" (...) »<sup>24</sup>. Ce nouveau discours officiel ne parvient pas à empêcher toute l'intelligentsia chinoise de s'intéresser à l'Occident, tel qu'en témoignent Zhang Lun<sup>25</sup> et Jean-Philippe Bèjà<sup>26</sup> mais il faut compter avec un important discours intellec-

---

<sup>19</sup> Lampton David M., *The Three Faces of Chinese Power. Might, Money and Minds*, Berkeley: University of California Press, 2008, p. 146.

<sup>20</sup> Chen Xiaomei, *opus cit.*, p. 39.

<sup>21</sup> Cabestan Jean-Pierre, « Les multiples facettes du nationalisme chinois », *Perspectives chinoises*, 2005, 88, p. 30.

<sup>22</sup> Bèjà Jean-Philippe, « Vers un national-confucianisme ? », *Perspectives chinoises*, 1995, 30, p. 6-10.

<sup>23</sup> Shambaugh David, *China's Communist Party. Atrophy and Adaptation*, Berkeley: University of California Press, 2008. p. 44.

<sup>24</sup> Bèjà Jean-Philippe, « Vers un national-confucianisme ? », *opus cit.*, p. 10.

<sup>25</sup> Zhang Lun, « L'intellectuel, le pouvoir et l'idée de démocratie après Mao », *opus cit.*, p. 534-537.

<sup>26</sup> Bèjà Jean-Philippe, *À la recherche d'une ombre chinoise. Le mouvement pour la démocratie en Chine 1919-2004*, Paris : Seuil, 2004, p. 250-253.

tuel sino-chinois qui remet en question la validité des modèles occidentaux pour la Chine<sup>27</sup>. Dans cette perspective, le renouveau du confucianisme revêt un intérêt politique stratégique, quoiqu'à double tranchant, celui de rallier la population chinoise autour d'une vision nationaliste qui tient lieu de ciment idéologique<sup>28</sup>. Aussi une fièvre confucéenne semble s'être répandue dans plusieurs couches de la population chinoise<sup>29</sup>. C'est dans ce contexte politique et culturel spécifique qu'il faut situer l'appel au *bentuhua* lancé par Zhu Suli en 1996.

Historiquement, le lien entre le confucianisme et les réformes juridiques chinoises s'articule dans le nouveau confucianisme, un mouvement né en Chine pendant la période républicaine (1911-1949). Après la prise du pouvoir par le PCC en 1949, des intellectuels chinois de la diaspora ont continué à le développer. Ce mouvement s'inscrit en réaction contre l'irruption des idées occidentales en Chine et, face à ce défi, propose de renouveler le confucianisme en profondeur<sup>30</sup>. Il se distingue par une réceptivité aux autres écoles de pensées, chinoises ou non. Or, le nouveau confucianisme prend aussi racine en Chine depuis le début de la décennie 1990. Quelles motivations ont poussé certains juristes chinois, de République populaire de Chine, à suivre cette voie ? Une première explication réside dans le seul élément semblant faire consensus chez tous ceux qui invoquent le confucianisme, soit le fait qu'il s'agit d'une pensée profondément humaniste<sup>31</sup>. Une autre piste nous oriente, en complément, vers le vide des valeurs ressenti par plusieurs intellectuels en Chine<sup>32</sup>. Ce vide peut être en partie comblé par un appel au confucianisme, en l'absence de modèle satisfaisant dans les temps présents. Mais c'est surtout pour ses apports, sujets à débats, à la théorie des droits de la personne, que le nouveau confucianisme nous intéresse.

Ainsi, un exemple vibrant d'appel au confucianisme comme ressource locale transposée en droit réside dans le texte de Xu Zhangrun, professeur à la faculté de droit de l'université Qinghua<sup>33</sup>. Son texte ne fait pas mystère de ses positions nationalistes, ouvertement posées dans son titre

---

<sup>27</sup> Zhang Lun, *opus cit.*, p. 541.

<sup>28</sup> Bell Daniel, *China's New Confucianism. Politics and Everyday Life in a Changing Society*, Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 9-11.

<sup>29</sup> Bell, *opus cit.*, p. 11.

<sup>30</sup> Chen Yan, *L'éveil de la Chine*, Paris : Éditions de l'Aube, 2002, p. 199.

<sup>31</sup> Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris : Seuil, 1997, p. 69.

<sup>32</sup> Chen Yan, *opus cit.*, p. 177-178.

<sup>33</sup> Xu Zhangrun, *opus cit.*



même. Xu soutient qu'en dépit de ses efforts afin de se présenter comme un État fort, la Chine serait en réalité un État faible<sup>34</sup>. Il justifie cette prise de position par l'argument voulant que la Chine n'affirme pas véritablement, face à l'humanité, la sagesse et la richesse de sa tradition confucianiste<sup>35</sup>. Xu estime que la Chine d'aujourd'hui manque de ressources culturelles et que cette absence constitue une menace au maintien de la stabilité et de l'harmonie<sup>36</sup>. En parlant de l'enseignement du droit en Chine, il déplore que plusieurs facultés de droit exigent des étudiants la maîtrise de l'anglais et que plus de 50 % des cours y sont dispensés en anglais. Il voit dans cet état de choses une menace pour la survie de la culture han<sup>37</sup>. Il propose, afin de remédier à ces maux, de recourir à un « nouveau confucianisme humaniste » afin de fonder les réformes juridiques chinoises<sup>38</sup>. Il souligne enfin que le recours aux traditions juridiques occidentales explique en partie les difficultés de mise en œuvre du droit que connaît la Chine<sup>39</sup>. La tradition confucianiste qu'il évoque dans son texte reste mal définie, mais elle est associée à une forme de sagesse et de contribution de la Chine à l'humanité.

Il s'agit d'un texte sans complaisance face aux réalisations matérielles depuis 1978 habituellement évoquées par le PCC comme signe de succès : élévation du niveau de vie de la population, croissance économique, etc. Cependant, Xu demeure vague sur le contenu de cette tradition confucianiste et les éléments qu'il faudrait en renouveler.

Un autre texte articulé autour de l'idée de perte culturelle, mettant directement en cause les transferts de droit, est celui de Guo Zhong<sup>40</sup>. Selon lui, le lien entre le droit et son contexte est si étroit que les transferts de droit sont voués à l'échec<sup>41</sup>. La Chine connaîtrait aujourd'hui une crise de confiance dans le droit, phénomène selon lui inconnu tant que le confucianisme, présenté comme la source du droit chinois, régnait sans conteste en tant que fondement spirituel de la société chinoise<sup>42</sup>. La cause de cette crise résiderait dans le recours aux modèles juridiques étrangers, dont les

---

<sup>34</sup> Xu Zhangrun, *opus cit.*, p. 103

<sup>35</sup> Xu Zhangrun, *opus cit.*, p. 105.

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> Xu Zhangrun, *opus cit.*, p. 106.

<sup>39</sup> Xu Zhangrun, *opus cit.*, p. 111.

<sup>40</sup> Guo Zhong, *opus cit.*

<sup>41</sup> Guo Zhong, *opus cit.*, p. 81.

<sup>42</sup> Guo Zhong, *opus cit.*, p. 78.

fondements sont qualifiés par lui d'incompatibles avec la société chinoise. Les transferts de droit auraient induit une rupture entre le droit et la société chinoise<sup>43</sup>, la population ne pouvant plus s'identifier aux valeurs explicites et sous-jacentes des règles et institutions transférées. Les juristes chinois auraient donc subi une perte d'identité à partir des Guerres de l'Opium car la tradition chinoise a fait l'objet d'attaques répétées depuis<sup>44</sup>. Il dénonce la croyance, qu'il attribue à l'ensemble des juristes chinois, selon laquelle seuls les modèles juridiques étrangers peuvent servir d'inspiration pour les réformes juridiques en cours. Après de longs développements, il propose comme remède à cette crise de réhabiliter le confucianisme, en particulier le *li* 禮 et aussi la bienveillance (*ren* 忍)<sup>45</sup>. Cependant, aucune proposition détaillée n'est faite quant au contenu de ces deux notions ni à leur mise en œuvre.

Qi Yanping apporte un autre angle de réflexion<sup>46</sup> dans la revalorisation de la tradition chinoise, prise dans son sens large. Il s'en prend aux fondamentalistes et aux politiques vulgaires des droits de la personne. Il estime que les pays occidentaux se sont appropriés le concept de droits de la personne et tentent d'en imposer une vision universelle, non adaptée aux réalités du monde actuel<sup>47</sup>. Ce faisant, l'utilisation faite des droits de la personne par les pays occidentaux conduit au conflit et ultimement, à la négation des droits de la personne<sup>48</sup>. Pour l'essentiel, il pose que c'est la « culture harmonieuse des droits de la personne » en Chine qui doit nourrir l'Occident et non l'inverse. Il affirme, à l'instar des deux auteurs cités précédemment, que depuis la fin des Qing, les penseurs chinois ont perdu le respect de leur propre culture suite au contact avec l'Occident<sup>49</sup>. Avant d'affirmer que la Chine traditionnelle n'a pas développé de concepts de droits de la personne, il faut effectuer un retour sur sa culture et son histoire<sup>50</sup>. Qi énonce donc les fondements, très différents selon lui, de la

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Guo Zhong, *opus cit.*, 81.

<sup>45</sup> Guo Zhong, *opus cit.*, p. 84-85.

<sup>46</sup> Qi Yanping 齊延平, « Hexie Renquan: Zhongguo jingshen yu renquan wenhua de huji » 和混人權：中國精神遇人權文化的互濟 (Les droits harmonieux de la personne : la combinaison de l'esprit chinois et de la culture des droits de la personne), *Faxuejia*, 2007, 2, p. 27-35.

<sup>47</sup> *Opus cit.*, p. 28-29.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Qi Yanping, *Opus cit.*, p. 30.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

culture chinoise et de la culture occidentale. Il affirme entre autres que la Chine a connu la stabilité dans son niveau de vie, une langue unifiée par l'écriture, une culture unifiée par son importance attachée au clan, etc. Il dépeint les fondements du développement de la culture occidentale comme reposant sur la guerre, en particulier les guerres de religion. Si la Chine a connu des périodes de division, elle n'aurait pas, selon lui, expérimenté les conflits vécus tout au long du développement de l'Occident. L'harmonie caractérise la culture chinoise avec la stabilité, toutes deux ayant pour source les ancêtres<sup>51</sup>. Le recours aux concepts de *ren* et de *li* ont contribué, avec l'harmonie, à assurer la stabilité<sup>52</sup>. Il en vient à associer l'Occident au conflit et la Chine à la paix et à l'harmonie. Cette dernière se vit entre les êtres humains, entre ceux-ci et la nature et entre ceux-ci et la société<sup>53</sup>. Pour Qi, cet esprit harmonieux pourrait libérer la théorie occidentale des droits de la personne de l'élément de conflit qui lui serait inhérent et ainsi l'enrichir. Ultimement, intégrer l'harmonie dans le système mondial des droits de la personne permettrait aussi d'assurer un véritable équilibre entre l'Orient et l'Occident<sup>54</sup>. Le ton de l'article, en apparence anti-occidental, se fait en réalité assez conciliant par rapport à ceux de Guo Zhong ou Xu Zhangrun dans la mesure où Qi Jianping réfléchit en termes d'apports mutuels, allant au-delà de la rhétorique nationaliste. Le confucianisme marque une référence présente, toujours assez peu définie, mais dans une vision somme toute plus paisible des rapports possibles avec l'Occident.

Deux autres auteurs, Lei Xinghu et Liu Shuilin<sup>55</sup>, valorisent aussi le recours à une tradition chinoise, mais essentiellement en réaction à la pénétration de modèles économiques et juridiques occidentaux. Ils associent l'Occident à l'individualisme, lequel revêt sous leur plume une connotation négative. Ils formulent plusieurs critiques à l'endroit de l'économie de marché, laquelle serait dénuée de tout souci de protection envers les populations pauvres<sup>56</sup>. Ce trait de l'économie de marché est prêté à l'Occident

---

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Opus cit.*, p. 31.

<sup>53</sup> *Opus cit.*, p. 33.

<sup>54</sup> *Opus cit.*, p. 34.

<sup>55</sup> Lei Xinghu 雷興虎 et Liu Shuilin 劉水林, « Jiaozheng pinfu fenhua de shehuifa linian ji biao xian » 校正貧富分化的社會法理年級表現 (Rectifier l'écart entre riches et pauvres par les concepts et la manifestation du droit social), *Faxue yanjiu* 法學研究, 2007, 2, p. 73-88.

<sup>56</sup> *Opus cit.*, p. 74-75.

et constituerait la cause de la montée de la pauvreté en Chine<sup>57</sup>. La tradition chinoise, pour sa part, axée sur l'harmonie, aurait toujours été collectiviste<sup>58</sup>, ce qui fait qu'on y trouve un esprit social axé sur la prise en compte des pauvres. L'économie de marché est aussi fondée sur le système du droit privé, modèle issu de l'Occident. Les auteurs proposent donc de développer un droit social, inspiré des valeurs chinoises, afin de remédier aux maux créés par l'introduction de l'économie de marché<sup>59</sup>. Cet article très touffu traduit un très grand souci de justice sociale, de même qu'un esprit hautement critique des réformes en cours. Il vise un problème précis, la pauvreté en Chine, à l'instar de l'article de Qi Jianping qui traitait des droits de la personne. Toutefois, il contient, avec les autres articles, plusieurs affirmations qui appellent une critique.

Ainsi, certaines représentations, ancrées dans la dichotomie Orient-Occident, ressortent des textes examinés jusqu'alors. L'Occident est résolument associé au conflit et à l'individualisme, alors que la Chine est associée à l'harmonie et à une culture collectiviste. Surgit aussi l'image de la Chine comme victime, dépossédée de son identité culturelle dans sa dimension juridique. La revalorisation de la tradition chinoise, présentée de manière récurrente et assez peu précise, constitue la voie qui permettra à la Chine de résoudre divers problèmes et, pour certains, d'apporter une contribution à l'humanité. À ce stade, ce qui compte, c'est l'appel à la tradition plutôt que son contenu précis. Cependant, il n'est pas anodin que cette réhabilitation du confucianisme, dans le domaine juridique, opère surtout depuis le milieu de la décennie 1990. Elle peut être lue comme une réponse aux critiques, émanant des pays occidentaux, eu égard à la situation des droits de la personne en Chine<sup>60</sup>. Aujourd'hui, le courant qui associe, à divers degrés, le confucianisme aux droits de la personne, est bien ancré tant dans la sinologie occidentale que chez les chercheurs chinois. Pour les premiers, il s'agit d'une démarche d'ouverture vers la Chine, mue par diverses motivations allant d'une volonté de dialogue à l'exaspération face aux tentatives d'exportation de la *Rule of Law*<sup>61</sup>. Cette voie est aussi

---

<sup>57</sup> *Opus cit.*, p. 75.

<sup>58</sup> *Opus cit.*, p. 80.

<sup>59</sup> *Opus cit.*, p. 76.

<sup>60</sup> Yong Deng, *China's Struggle for Status. The Realignment of International Relations*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 2008, p. 92.

<sup>61</sup> Alford William P., "Exporting the Pursuit of Happiness", in Hus Stephen C. (ed.), *Understanding China's Legal System*, New York: New York University Press, 2003, p. 70.

susceptible d'apporter un certain réconfort aux juristes chinois qui y adhèrent, amenant un regard positif sur la tradition chinoise et permettant ainsi de réfuter l'argument, populaire en Occident, voulant que la Chine n'ait pas eu de véritable système juridique à l'ère impériale<sup>62</sup>.

Il n'en reste pas moins que la plupart de ces textes donne dans l'essentialisme, à divers degrés, tant pour les représentations de la tradition chinoise que pour celles de l'Occident. Ainsi, la vision de la société chinoise comme harmonieuse de manière permanente et intemporelle, peut être facilement contestée si par là on entend une société d'où le conflit était absent<sup>63</sup>. La population, en Chine, impériale, ne répugnait pas à saisir les tribunaux pour faire valoir ses droits<sup>64</sup>. En outre, eu égard à la société chinoise des réformes, selon Bin Liang, le nombre de recours intentés devant les tribunaux a été multiplié par dix, passant de 447 755 en 1978 à 5 161 170 en 2005<sup>65</sup>.

D'autres regards sur la tradition juridique chinoise existent, axés sur la critique. Ainsi, Cai Dingjian a relevé un ensemble de problèmes minant le système judiciaire chinois depuis le début des réformes en cours, dont la corruption<sup>66</sup>. Une de ses manifestations réside dans le protectionnisme local, visant à favoriser les parties qui se trouvent dans le territoire relevant de la compétence du tribunal sans égard au bien-fondé en droit de leur réclamation. Il se traduit par diverses pratiques, dont celle qui consiste pour un tribunal à ne pas traiter une affaire relevant de sa compétence ou, au contraire, à accepter des causes hors de sa compétence. L'application de la règle de droit subit donc une distorsion certaine<sup>67</sup>. L'influence de la logique des sentiments humains (*renqing* 人情) interfère aussi avec une application impartiale du droit. En effet, les parties attendent des juges qu'ils entrent dans leur réseau de relations afin de rendre un jugement en leur fa-

---

<sup>62</sup> Nader, *opus cit.*

<sup>63</sup> Chen Guo-ming, "The Impact of Harmony on Chinese Conflict Management", in Chen Guo-Ming et Ma Ringo (ed.), *Chinese Conflict Management and Resolution*, Westport: Ablex Publishing, 2002, p. 12.

<sup>64</sup> Huang Philip C. C., *Civil Justice in China. Representation and Practice in the Qing*, Stanford: Stanford University Press, 1996.

<sup>65</sup> Bin Liang, *The Changing Chinese Legal System, 1978-Present: Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, London: Routledge, 2008, p. 45.

<sup>66</sup> Cai Dingjian 蔡定劍, *Lishi yu biange. Xin Zhongguo fazhi jianshe de licheng* 歷史與變革 新中國法制建設的歷程 (Histoire et changement : la construction du système judiciaire en Chine nouvelle), Beijing : Zhengfa Daxue chubanshe, 1999.

<sup>67</sup> Cai Dingjian, *opus cit.*, p. 336.

veur, en vertu de la loyauté exigée des relations (*guanxi* 關係). Or, faire primer les relations sur la mise en œuvre de la règle de droit applicable entame sérieusement le respect du droit et du tribunal<sup>68</sup>. Cai Dingjian traite également du manque de déontologie qui sévit chez les professions juridiques, en particulier au sein de la fonction judiciaire<sup>69</sup>. Il conclut lui aussi à l'existence d'une perte de confiance dans le droit légiféré et les institutions judiciaires, mais pour des raisons tout autres que celles évoquées par Guo Zhong<sup>70</sup>.

Pour sa part, dans le contexte d'une réflexion sur les difficultés de réception de la justice procédurale en droit chinois, Sun Hongkun pose un regard critique sur la tradition juridique de l'ère impériale. Selon lui, la prégnance de conceptions de la justice héritées de celle-ci fait obstacle à la modernisation du droit chinois<sup>71</sup>, notamment par l'insistance sur la prise en compte du statut respectif des parties lorsqu'il s'agit de déterminer la peine applicable. Enfin, Lin Li dépeint quant à lui le droit chinois impérial comme étant marqué par l'inégalité, l'autoritarisme et le collectivisme, ce dernier devenant un trait négatif, associé à l'oppression. Il va plus loin. Selon Li, il existe un lien indissociable entre la répression de l'individu dans la culture chinoise et le régime autoritaire, lesquels trouveraient tous deux leurs racines dans la culture chinoise<sup>72</sup>.

Dans tous les cas, la tradition chinoise, sous divers aspects, est fortement mise en cause. En revanche, l'Occident ne constitue pas pour tous ces auteurs une source d'inspiration obligée afin d'alimenter les réformes juridiques chinoises. Le regard que portent les juristes chinois sur leur tradition, tant impériale qu'après 1978, demeure donc contrasté, entre des positions nationalistes qui tendent vers l'anti-occidentalisme, d'autres qui, bien que critiques de l'Occident, font état d'un dialogue possible avec celui-ci et d'autres qui mettent directement en cause l'héritage du droit chinois de la période impériale.

---

<sup>68</sup> Cai Dingjian, *opus cit.*, p. 338-339.

<sup>69</sup> Cai Dingjian, *opus cit.*, p. 339-340.

<sup>70</sup> Cai Dingjian, *opus cit.*, p. 348-351.

<sup>71</sup> Sun Hongkun 孫洪坤, « Chengxu Zhengyi de Zhongguo Yujing » 程序正義的中國語境 (Le contexte chinois de la justice procédurale), *Zhengfa luntan*, 2006, 5, p. 139.

<sup>72</sup> Lin Li, "The Difficulties of Importing the Western Idea of Human Rights Into China-A Jurisprudential Approach", in Pohl Karl-Heinz and Müller Anselm W. (ed.), *Chinese Ethics in Global Context. Moral Bases of Contemporary Societies*, Leiden: Brill, 2002, p. 334.

Les quelques manifestations du *bentuhua* citées dans cet article appellent une réflexion plus poussée sur deux points: ce courant, au fond, ne consiste-t-il qu'en nationalisme ? Un tel questionnement sur les paradigmes locaux est-il propre à la Chine ? Ces questions sont abordées dans la section qui suit.

*Perspectives critiques et comparatives sur le bentuhua*

Il s'avère nécessaire de distinguer les motivations initiales de Zhu Suli de celles d'autres juristes qui se réclament du mouvement. À cette fin, rappelons que Zhu Suli est un juriste chinois particulièrement intéressé par le rapport au droit de la population, en particulier dans le monde rural. L'ensemble de ses travaux en témoigne<sup>73</sup>. Dans la vision qu'il énonce du *bentuhua*, il faut reconstituer deux niveaux d'analyse, au-delà de ce qui pourrait être perçu comme du vernis nationaliste. Le fondement de sa critique vise en premier lieu la théorie des sources du droit et ensuite la nature incompatible du droit étranger avec le droit chinois. Sa critique des normes juridiques vise le droit étatique ou officiel, incluant celui issu des transferts de droit. L'enjeu ici réside dans une critique de la théorie « légicentrique » des sources du droit en vertu de laquelle la seule source de droit est l'État. Cette théorie a pour effet d'ignorer les normes qui, ressenties comme contraignantes, régissent la vie de la population mais proviennent d'une autre source, non reconnue ou prise en compte ou acceptée par l'État : la coutume, le droit vivant. Les auteurs qui acceptent ce point de vue sur la diversité des sources du droit, acceptées comme liant les destinataires des règles qu'elles contiennent, adhèrent au courant du pluralisme juridique<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Outre son ouvrage de 1996, voir aussi Zhu Suli 朱蘇力, *Song fa xiexiang : Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu* 送法下鄉：中國基層司法制度研究 (Envoyons le droit à la campagne : recherches sur le système judiciaire des tribunaux de base), Beijing : Zhengfa Daxue Chubanshe, 2000, 466 p. Ce dernier ouvrage traite de la résolution des différends en monde rural, mais, cette fois, en mettant l'accent sur le système judiciaire formel des tribunaux de base. Il s'agit donc d'une évolution dans sa réflexion par rapport à son ouvrage de 1996.

<sup>74</sup> Le courant du pluralisme juridique se décompose en plusieurs tendances. Il désigne essentiellement « l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ». Arnaud André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : L.G.D.J., 1993, p. 446. Pour nos fins, les travaux des anthropologues et des sociolo-

Or, Zhu Suli pose l'existence d'un pluralisme juridique de facto en Chine, dans lequel cette normativité non reconnue jouerait un rôle beaucoup plus important que celle issue du droit étatique<sup>75</sup>. Un autre juriste, Tian Chengyou, qui travaille aussi sur le monde rural, affirme l'existence d'une rupture entre les règles de droit édictées par l'État et le sens du juste de la population rurale<sup>76</sup>. Bien que la vision du monde rural dans son rapport au droit telle que formulée par Zhu Suli ait été contestée par d'autres chercheurs<sup>77</sup>, son analyse de celui-ci revêt beaucoup d'intérêt et pose plusieurs questions pertinentes eu égard à la pénétration réelle du droit étatique dans la vie des justiciables ruraux. Il semble clair que la norme de droit étatique, si elle n'est pas totalement absente du monde rural, n'est qu'un élément considéré parmi d'autres référents normatifs lorsqu'il s'agit de résoudre un différend<sup>78</sup>. La démarche de Zhu Suli vers une réflexion sur le pluralisme juridique s'inscrit donc dans un courant bien établi dans la théorie du droit occidental. Il transpose en fait une grille d'analyse développée par des juristes et autres chercheurs occidentaux dans différents contextes.

Le second enjeu touche spécifiquement à la question des transferts de droit : sur ce point, il ne fait que reprendre les positions de Montesquieu<sup>79</sup>.

---

gues du droit sont ceux qui présentent le plus d'intérêt. Ainsi, Étienne Le Roy a consacré de nombreuses études au pluralisme juridique en œuvre dans les sociétés africaines. Le Roy Étienne, *Les Africains et l'institution de la Justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, 2004.

<sup>75</sup> Tian Chengyou 田成有, *Xiangtu shehui zhong de minjian fa* 鄉土社會中的民間法 (Le droit vivant de la société rurale), Beijing : Falü chubanshe, 2005. Voir plus particulièrement les pages 171-173. Voir aussi Sun Liping, « Les armes faibles des forts. L'usage des normes sociales informelles dans l'exercice du pouvoir », in Thireau Isabelle et Wang Hansheng, (dir.), *Disputes au village chinois. Formes du juste et recompositions locales des espaces normatifs*, Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2001, p. 249-286. Sun Liping étudie l'interaction entre les trois composantes de l'adage *heqing, heli, hefa*. À partir de la page 281, il explique le sens de chaque composante donné par la population chinoise. Plusieurs contributions de cet ouvrage traitent, sous divers angles, du pluralisme juridique.

<sup>76</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 175.

<sup>77</sup> Ying Xing 應星, « “Yingfa ru Xiang”, “Jiejin Zhengyi” – Dui Zhongguo Xiangcun Chijiao Lushi de ge an Yanjiu » 迎法入鄉土與接近正義 – 對中國鄉村赤腳律師的個案研究 (La dissémination du droit au niveau du village et l'accès à la justice – une étude de cas des avocats aux pieds nus en Chine), *Zhengfa luntan*, 2007, 1, p. 79-94.

<sup>78</sup> Sun Liping, *opus cit.*, p. 281-286.

<sup>79</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), Livre premier, Paris : Garnier-Flammarion, 1979. Ses propos font l'objet des commentaires des juristes en relation avec les trans-



Des auteurs occidentaux des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles ont aussi exprimé leur scepticisme face à l'issue des transferts de droit dans divers contextes<sup>80</sup>. La réflexion de Zhu Suli se situe dans un questionnement qui a cours en Occident depuis plusieurs décennies. L'histoire contient des cas d'échecs retentissants de transferts de droit<sup>81</sup> et les interrogations de Zhu Suli sont, sur le plan de la méthode, tout à fait légitimes.

Zhu Suli affirme implicitement son adhésion à une vision des transferts de droit selon laquelle, pour être acceptées, les normes contenues dans la législation qui en est issue doivent être compatibles avec le terreau chinois. Cette compatibilité vise les valeurs sous-jacentes au droit transféré par rapport à celles ayant cours dans le pays récepteur, ici, la Chine. Tian Chengyou adhère lui aussi très explicitement à l'argument de la nécessaire compatibilité entre droit transféré et valeurs de la population du pays récepteur<sup>82</sup>. Notons que les juristes occidentaux demeurent divisés eu égard à l'importance du critère de la compatibilité<sup>83</sup> dans le processus des transferts de droit. Ce constat n'invalide pas la démarche intellectuelle de Zhu Suli et aide à le situer. Son appel aux paradigmes locaux ne se comprend véritablement que dans ce contexte intellectuel. Zhu Suli ne répugne pas à utiliser des outils conceptuels développés en Occident pour aborder le droit chinois. Il serait difficile de lui prêter des positions anti-occidentales alors que sa réflexion s'inspire, entre autres, ouvertement des travaux de Clifford Geertz sur le savoir local, entre autres<sup>84</sup>.

---

ferts de droit : les lois politiques et civiles « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre ».

<sup>80</sup> Legrand Pierre, "What 'legal Transplants'?", in Nelken David and Feest John (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 2001, p. 55-70 ; Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences", *Modern Law Review*, 1998, 61, p.11-32 .

<sup>81</sup> Un échec dans un transfert de droit donné désigne plusieurs situations, à distinguer selon les contextes. La plus commune est celle où le droit transféré, bien que transcrit dans le droit étatique du pays récepteur, demeure lettre morte. Pour plus d'informations sur cette thématique, voir Rouland Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : P.U.F., 1988, p. 337-365.

<sup>82</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 175.

<sup>83</sup> Nelken David, "Comparatists and Transferability", in Legrand Pierre and Munday Roderick (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge/London: Cambridge University Press, 2007, p. 446.

<sup>84</sup> Upham Frank J., "Who will find the Defendant if He Stays with his Sheep? Justice in rural China", *Yale Law Journal*, 2005, 114, p. 1699.

Ces nuances étant posées, le courant *bentuhua*, dans son orientation nationaliste, n'est pas propre à la Chine. Il se rattache à une certaine version du nationalisme juridique qui a vu le jour en Europe. Ainsi, rappelons l'école historique du droit de Savigny<sup>85</sup>, au XIX<sup>e</sup> siècle, en réaction au projet de codification du droit allemand suivant le modèle français<sup>86</sup>. Dans le contexte occidental, ce nationalisme juridique procède d'abord d'un sentiment de supériorité du droit national sur les autres droits<sup>87</sup>. Cependant, ce fondement est parfois assorti d'un autre, le sentiment que la tradition juridique nationale est en danger, car envahie par les idées étrangères, tel qu'il ressort des positions de Savigny<sup>88</sup>. À ce point, un parallèle peut être établi entre les positions de Zhu Suli face aux transferts de droit et celles de Savigny au XIX<sup>e</sup> siècle. Les deux auteurs réagissent à ce qu'ils ressentent comme l'imposition d'un modèle juridique extérieur inadéquat dans le contexte de leur pays. Pour Savigny, il s'agit des idées françaises, pour Zhu Suli, des modèles juridiques occidentaux. En outre, les deux ont en commun de vouloir protéger le droit vivant qui constitue la première source de normativité pour la population de leurs pays respectifs<sup>89</sup>. Tous deux développent aussi une théorie afin d'apporter une réponse aux problèmes soulevés par la pénétration des modèles juridiques étrangers. Enfin, les positions Zhu Suli nourrissent maintes controverses doctrinales qui ne sont pas sans rappeler celles suscitées par les positions de Savigny en son temps<sup>90</sup>.

Le questionnement sur le savoir local, s'il a eu lieu au passé, se poursuit aujourd'hui sous d'autres latitudes, nourri par la rencontre de traditions juridiques différentes. Ainsi, Étienne Le Roy, dans ses travaux sur l'Afrique, étudie les apports possibles d'un droit coutumier à la refondation de la justice. Il s'agit cependant d'une ressource endogène qui, tout en gagnant en légitimité, fait l'objet d'une certaine actualisation. Cette dernière entraîne donc une certaine « hybridation des logiques » car il ne s'agit plus

---

<sup>85</sup> Jouanjan Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : P.U.F., 2005, p. 11-39.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 21

<sup>87</sup> David René et Jauffret-Spinosi Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris : Dalloz, 1992, p. 50-51.

<sup>88</sup> Jouanjan, *opus cit.*, p. 19.

<sup>89</sup> Jouanjan, *opus cit.*, p. 30. Pour Savigny, « le siège véritable du droit est la conscience commune du peuple ».

<sup>90</sup> Jouanjan, *opus cit.*, p. 21-26.

du paradigme local dans sa forme originelle<sup>91</sup>. Le monde arctique canadien est aussi rejoint par la démarche visant à revaloriser le savoir local comme fondement de l'ordre juridique. En réalité, la réflexion active sur ce sujet a été amorcée, au Canada, dès la fin de la décennie 1950, par le juge Sissons, dans le contexte de la rencontre de la justice arctique avec la justice canadienne<sup>92</sup>. Aujourd'hui, le gouvernement du Nunavut, territoire des Inuits au Canada, fait une large place au savoir local Inuit, appelé inuit Qaujima-jatuqangit, dans le domaine judiciaire, notamment en matière pénale. Il s'agit plus précisément, dans le cadre de la justice des mineurs, de recourir aux aînés comme intermédiaires afin d'éduquer et réprimander les jeunes ayant commis un acte de délinquance<sup>93</sup>. Ces exemples témoignent de plusieurs points. Tout d'abord, de la pertinence de s'interroger sur le caractère opérationnel des modèles juridiques occidentaux empruntés, ou imposés, à des peuples non-occidentaux. Visiblement, la réception effective, comprise comme la mise en application de ces modèles juridiques, en tout ou en partie, ne peut être prise pour acquis, quelle que soit l'aire géographique visée. En outre, ces travaux critiques sur les effets des transferts de droit et le recours aux paradigmes locaux, effectués dans d'autres contextes judiciaires que la Chine illustrent des préoccupations communes aux juristes occidentaux, africains, Inuits et chinois<sup>94</sup>. En Afrique, les efforts concertés de chercheurs africains et occidentaux visent à fournir des modèles juridiques adaptés aux réalités locales tout en intégrant des paramètres exogènes. Au Nunavut, les efforts sont d'abord venus d'un magistrat, pour être repris par le législateur. Le premier a tenté de laisser des précédents utiles aux Inuits afin de limiter les dégâts de l'imposition de certains concepts de justice ca-

---

<sup>91</sup> La formule est empruntée à Étienne Le Roy.

<sup>92</sup> Eber Dorothy Harley, *Images of Justice*, Montréal/Kingston: McGill Queens' University Press, 1997. Dans cet ouvrage, l'auteur étudie en détail le parcours du juge Sissons, qui fut en son temps un véritable passeur entre les conceptions inuits et canadiennes de la justice.

<sup>93</sup> Ministère de la Justice du Canada, *Rapport de recherche sur le droit de la famille au Nunavut*, 2003-FCY-3F, préparé par Kelly Gallagher-Mackay, p. 20-32. Disponible en ligne sur le site Internet du ministère de la Justice. Ce mécanisme existait chez les Inuits avant leurs contacts avec les Européens.

<sup>94</sup> Il faut aussi compter avec les juristes du monde latino-américain qui travaillent sur les droits autochtones et leur relation avec le droit étatique, de même que les juristes qui travaillent sur le monde océanien.

nadienne sur leur mode de vie<sup>95</sup>. Le second a été plus loin, en intégrant dans le système judiciaire du Nunavut des modes de résolution des différends. La démarche des juristes chinois nous indique, dans ses formes variées, l'existence d'un courant de pensée ayant pour objet l'articulation des rapports entre le droit étatique, largement issu des transferts de droit, et les paradigmes locaux. Comment ce courant est-il susceptible de contribuer aux réformes juridiques en cours et de répondre, le cas échéant, aux besoins des justiciables chinois ?

### *Quel avenir pour le bentuhua ?*

Le bref survol d'auteurs prônant le *bentuhua* traduit un fort sentiment nationaliste, appliqué au droit, reflet d'un courant plus vaste qui traverse la société chinoise<sup>96</sup>. Cependant, ce courant de pensée suscite également une réflexion approfondie chez certains juristes chinois, qui tentent de le développer comme outil de travail. Les juristes qui adhèrent à ce courant ne forment pas, à proprement parler, un mouvement entendu au sens de regroupement de chercheurs, avec plate-forme commune de diffusion etc. Cependant, la démarche du *bentuhua*, encore à ses débuts, interpelle aussi les chercheurs occidentaux.

### *L'évolution du bentuhua vers une méthodologie*

Un premier problème se pose, soit la nature polysémique du *bentuhua*. La question corollaire réside dans l'identification des sources du *bentuhua*. L'état actuel des travaux sur le sujet reflète cette polysémie et entraîne le chercheur dans plusieurs directions. Les lignes qui suivent ont pour but de procéder à un regroupement qui est le produit de la réflexion de l'auteur et ne prétend pas correspondre à la manière dont se perçoivent les juristes chinois.

---

<sup>95</sup> La démarche du juge Sissons est à situer dans le contexte de la *common law*, où les décisions des tribunaux constituent une source de droit, avant même le droit légiféré. Certaines de ses décisions revêtent une autorité particulière, s'appliquant par la suite aux cas similaires. On les appelle des précédents.

<sup>96</sup> Bell Daniel, *opus cit.*, p. 8, Chen Yan, *opus cit.*, p. 167 en particulier.

D'abord, le courant du *bentuhua* suscite des études visant à identifier de manière précise des paradigmes locaux susceptibles de servir la cause des réformes juridiques chinoises. Un premier courant du *bentuhua* fait appel au droit chinois de la période impériale comme source de paradigmes. Il s'agit là d'une évolution importante par rapport à la période maoïste, durant laquelle toute référence au passé pré-communiste de la Chine ne pouvait être formulée qu'en termes critiques et négatifs. L'étape préalable à la quête de paradigmes locaux réside dans la réhabilitation idéologique des études sur l'histoire du droit chinois de la période impériale.

Yu Ronggen éclaire la séquence temporelle de cette réhabilitation dans son contexte idéologique en étudiant la renaissance d'études sur ce sujet depuis la fin de la période maoïste<sup>97</sup>. Tout d'abord, il souligne qu'il a fallu attendre le début de la décennie 1980 pour que les juristes, en République populaire de Chine, puissent se consacrer à l'étude de la pensée juridique chinoise. Yu Ronggen note la prégnance de la grille marxiste de lecture sur les auteurs d'alors<sup>98</sup>. Il note des changements de langage et d'approche chez plusieurs auteurs de la décennie 1990. Parmi les évolutions, il souligne que l'influence de la grille marxiste diminue sur les auteurs alors que les traditions chinoises du confucianisme et du taoïsme deviennent réhabilitées en tant qu'objet d'études<sup>99</sup>. La tendance se poursuit dans les ouvrages produits depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle. Yu Ronggen estime que les juristes ont un rôle important à jouer dans le cadre des réformes juridiques en cours, par l'étude du droit chinois impérial<sup>100</sup>. D'une part, ils contribuent à disséminer une meilleure connaissance de la culture chinoise. D'autre part, ces études peuvent contribuer au développement d'un droit qui combine les influences de la Chine et de l'Occident. À cette fin, Yu Ronggen détermine trois objets à la recherche des juristes chinois<sup>101</sup>. Tout d'abord, ceux-ci doivent décoder la culture chinoise ancienne et engager le dialogue avec des spécialistes de l'histoire, du droit et d'autres disciplines. Le second objet d'études qu'il leur assigne est la phi-

---

<sup>97</sup> Yu Ronggen 俞榮根, « Xun Qiu “Ziwo” : Zhongguo Falü Sixiang Shi de chuan-cheng yu quxiang » 尋求「自我」— 中國法律思想史的傳承與其趨向 (En quête de l'ego : Tradition et direction dans l'histoire du droit chinois), *Xiandai faxue* 現代法學, 2005, 2, p. 166-174.

<sup>98</sup> Yu Ronggen, *opus cit.*, p. 167.

<sup>99</sup> Yu Ronggen, *opus cit.*, p. 169.

<sup>100</sup> Yu Ronggen, *opus cit.*, p. 172.

<sup>101</sup> Yu Ronggen, *opus cit.*, p. 173.

losophie chinoise, en raison de son influence sur la pensée juridique de la période impériale. Enfin, il invite les juristes chinois à s'investir à fond dans l'étude du « li » confucéen, en raison de l'importance cardinale de ce concept pour la compréhension de la société chinoise de l'ère impériale<sup>102</sup>.

Cet appel à l'étude du droit de la période impériale a trouvé un écho chez Xie Hui, qui retrace, de manière complémentaire à Yu Ronggen, le destin des études du droit impérial en Chine depuis 1911. Dans un premier temps, il examine les techniques d'interprétation du droit, essentiellement des codes, employées dans le droit impérial en affirmant qu'elles revêtent un intérêt certain pour les réformes en cours<sup>103</sup>. Il justifie sa démarche en soulignant qu'elle se situe dans un contexte où dominent les modèles juridiques occidentaux mais surtout, où certains ont proclamé la mort du droit chinois ancien<sup>104</sup>. Il réfute ce constat en soulignant l'influence de ce droit ancien dans la vie d'aujourd'hui, d'où la pertinence de son entreprise. Xie Hui situe l'origine de la dévalorisation de la tradition chinoise au mouvement du 4 mai 1919. Depuis, affirme-t-il, les élites chinoises ont toujours étudié les modèles politiques et juridiques occidentaux. Il était difficilement concevable, pour ces mêmes élites, que l'étude de la culture chinoise puisse présenter un intérêt quelconque<sup>105</sup>. Il relève que cette tradition a été traitée, suivant ses propres termes, « comme un déchet »<sup>106</sup>. Il soulève la question de savoir si le déclin supposé de cette culture chinoise ne serait pas en réalité une pure construction. Il affirme également que les maux de la Chine ne sont pas attribuables à sa culture. Il pose ainsi les choix qui s'offrent aux juristes chinois aujourd'hui: ou décider que la culture juridique chinoise est bel et bien défunte, ce qui implique d'écarter toute référence à celle-ci dans l'élaboration du droit de source étatique, ou, au contraire, s'en servir comme d'une ressource locale dans la construction d'un État de droit raisonnable reflétant la culture chinoise<sup>107</sup>. Xie Hui énonce par ailleurs que cette culture juridique chinoise impériale comporte des limites eu égard aux éléments qui peuvent en être transposés dans la

---

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Xie Hui 謝輝, « Xifa bei jing xia Zhongguo gudian falü jieshi de yiyi » 西法背景下中國古典法律解釋的意義 (La signification de l'interprétation du droit chinois ancien par rapport à la culture occidentale), *Xiandai faxue*, 2004, 5, p. 29-39.

<sup>104</sup> Xie Hui, *opus cit.*, p. 29.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Xie Hui, *opus cit.*, p. 30.

<sup>107</sup> Xie Hui, *opus cit.*, p. 33-34.

société actuelle. Il cite entre autres le fait que la justice procédurale a souvent été sacrifiée<sup>108</sup>. Cela étant posé, il estime que les techniques d'interprétation du droit chinois ancien répondent aux besoins des réformes juridiques chinoises en cours et suggère qu'elles soient intégrées dans du droit légiféré<sup>109</sup>. Il s'agit donc d'une identification précise d'un paradigme local pouvant servir les réformes juridiques en cours<sup>110</sup>.

Une autre démarche est proposée par Xu Zhongming<sup>111</sup>. Dans un article traitant de la méthodologie de la recherche sur le droit chinois de la période impériale, il invite d'abord les chercheurs à prendre conscience de la prégnance des grilles de lectures issues de diverses théories occidentales sur la manière dont les juristes chinois abordent cet objet d'étude. Il explique cette prégnance par les transferts de droit qui ont conduit les chercheurs chinois à étudier les droits occidentaux en adoptant les catégories et concepts de la théorie du droit occidental<sup>112</sup>. Le problème réside dans le fait que ces catégories et concepts ont été appliqués sans réflexion aucune à la tradition juridique chinoise. Il s'attarde entre autres sur les stades de développement de la grille marxiste, en posant la question des conséquences de la transposition de la société esclavagiste à la Chine impériale<sup>113</sup>. Il note ensuite que l'usage de catégories des systèmes juridiques occidentaux a entraîné une appréciation négative de la tradition juridique chinoise, se traduisant par la théorie du « n'a pas » (*mei you* 沒有), ou du manque<sup>114</sup>. Il donne pour exemple la notion de droit civil (*minfa* 民法). Selon la compréhension qu'en ont plusieurs juristes chinois, le droit civil est, entre autres, fondé sur l'individualisme, l'autonomie de la volonté et une place importante accordée au droit. Or, dans la mesure où la société de la Chine impériale n'était pas fondée sur ces éléments, il en résulte la conclusion, tant chez les chercheurs occidentaux que chez plusieurs juristes chinois,

---

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Xie Hui, *opus cit.*, p. 32.

<sup>110</sup> Une discussion sur les mérites de cette proposition dépasse le cadre de ce texte. Le but, ici, consiste à identifier les propositions des juristes chinois.

<sup>111</sup> Xu Zhongming 徐忠明, « Zhongguo falü shi yanjiu de keneng qian jing: chaoyue xifang, hui gui ben tu ? » 中國法律史研究的可能前景：超越西方，回歸本土 (Les possibilités pour la recherche sur l'histoire du droit chinois: dépasser l'Occident et retourner aux ressources locales ?), *Zhengfa luntan*, 2006, 1, p. 3.

<sup>112</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 5-6.

<sup>113</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 6.

<sup>114</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 8. Sur ce point, voir aussi Nader Laura, *opus cit.*, p. 197-198.

qu'elle ne connaissait pas le droit civil<sup>115</sup>. Cette situation a entraîné une méconnaissance de la tradition juridique chinoise, ou une compréhension faussée<sup>116</sup>. Xu affirme donc la nécessité de dépasser les catégories occidentales afin d'aborder l'histoire du droit chinois à partir de ses propres termes. Cela implique nécessairement un retour aux sources dans le sens du *bentuhua*<sup>117</sup>. Cependant, pour Xu, cette démarche ne peut véritablement se faire qu'après avoir réfléchi sur sa méthode et effectué un travail sur sa structure. Il s'agit d'une étape indispensable à la fois pour répondre à la théorie du droit occidentale, très structurée, et amorcer le dialogue avec les anciens dans la tradition chinoise<sup>118</sup>. Au premier chef, il faut définir un objet d'étude. Outre le droit légiféré de la période impériale, les décisions des tribunaux doivent aussi être étudiées et, lorsque possible, le droit local dans toute sa diversité<sup>119</sup>. Les chercheurs sont divisés sur la question des sources, leur hiérarchie et l'intérêt qu'elles présentent pour la recherche. À ceux-ci, Xu répond que l'important ne réside pas dans la détermination de la source la plus digne d'intérêt, mais bien dans la question de recherche. Seulement une fois celle-ci formulée, la question de la pertinence et de l'utilisation se pose-t-elle<sup>120</sup>. Xu souligne également la nécessité, pour qui veut travailler l'histoire du droit chinois, de porter attention à la langue et au sens des mots employés dans les diverses sources<sup>121</sup>. En conclusion, Xu souligne la difficulté de la démarche d'appropriation qui attend les juristes chinois, la plupart ayant abordé la tradition juridique chinoise avec les outils conceptuels des théories occidentales, à partir d'une perspective extérieure<sup>122</sup>.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*. La traduction de *minfa* pose problème, dans la mesure où elle peut référer tout aussi bien aux affaires civiles par opposition aux affaires pénales, qu'à la tradition de droit civil faisant partie du monde romano-germanique, diffusée ailleurs suite au processus de colonisation. Dans le contexte des propos de Xu, nous pensons qu'il parle plutôt de *minfa* comme désignant les affaires civiles, en réaction à une vision de la tradition juridique chinoise souvent présentée comme consistant uniquement, ou presque, en droit pénal. Voir texte de Sun Hongkun, *opus cit.*, p. 139.

<sup>116</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 9.

<sup>117</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 10.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 10-11.

<sup>120</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 11.

<sup>121</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 12.

<sup>122</sup> Xu Zhongming, *opus cit.*, p. 14.



À ce stade, quelques remarques s'imposent. Tout d'abord, la renaissance d'études sur le droit chinois impérial, alimentée entre autres par le courant du *bentuhua*, marque un développement bienvenu sur le plan scientifique. La Chine impériale possède une très riche normativité eu égard au nombre et aux types d'instruments juridiques<sup>123</sup>, lesquels présentent un intérêt certain pour l'avancement des connaissances sur la tradition juridique chinoise. Celle-ci, en plus de faire l'objet d'approches souvent erronées eu égard autant à la pratique du juge<sup>124</sup> qu'à la connaissance du droit étatique dans la population, est largement méconnue<sup>125</sup>. En outre, une meilleure connaissance du droit chinois de l'ère impériale revêt également un grand intérêt à des fins comparatives, par rapport aux réformes juridiques entamées en Chine depuis 1978. En effet, la fin de l'ère impériale et l'ère républicaine jusqu'en 1937 ont été marquées par d'importants débats occasionnés par le processus de réformes juridiques amorcé au début du XX<sup>e</sup> siècle. À la fin des Qing, la cour impériale a mandaté des juristes afin de moderniser le droit chinois pour l'harmoniser avec celui des nations civilisées. Cet effort lui était imposé comme condition pour que les pays occidentaux et le Japon mettent un terme au régime d'extraterritorialité, source d'humiliation<sup>126</sup>. Or, cette entreprise de modernisation reposait largement sur des emprunts aux modèles juridiques occidentaux<sup>127</sup>. Du coup, les juristes impliqués dans la réforme du droit ont eu à réfléchir sur la place qu'il convenait de réserver à la tradition juridique chinoise par rapport à celle des règles et institutions empruntées à l'Occident<sup>128</sup>. Aussi, l'actuel débat entre les adeptes du *bentuhua* et des transferts de droit comporte-t-il un précédent. Il s'est articulé autour de thèmes qui n'ont que très récemment réapparu dans le discours du PCC, notamment la protection des droits

---

<sup>123</sup> Linxia Liang, *Delivering Justice in Qing China. Civil Trials in the Magistrate's Court*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4-9.

<sup>124</sup> Linxia Liang, *opus cit.*, p. 2-3.

<sup>125</sup> Hegel Robert E., "Introduction", in Hegel Robert E. and K Carlitz atherine (ed.), *Writing and Law in Late Imperial China. Crime, Conflict and Judgment*, Seattle/London: University of Washington Press, 2007, p.10-11.

<sup>126</sup> Xu Xiaoqun, *Trial of Modernity. Judicial Reform in Early Twentieth-Century China 1901-1937*, Stanford: Stanford University Press, p. 26.

<sup>127</sup> Chen Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.23-24;

<sup>128</sup> Xu Xiaoqun, *opus cit.*, p. 26.

de l'homme, évoquée dès 1907<sup>129</sup>. Ultimement, certaines réformes ont été rejetées par les lettrés conservateurs à la Cour, sans avoir été adoptées. Cependant, le travail de réforme s'est poursuivi sous la période républicaine, apportant d'importants changements au contenu du droit, en matière familiale notamment. En droit public, d'importants débats ont eu lieu eu égard au constitutionnalisme<sup>130</sup>. De même, les notions de *Rule of Law*, d'indépendance du pouvoir judiciaire et de *Due Process* étaient abondamment discutées et appréciées positivement des réformistes. Certains juristes chinois d'alors ont fouillé les périodes Qin et Han afin de mettre au jour des exemples ou équivalents de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu<sup>131</sup>.

C'est dire que les premiers juristes réformistes de la fin des Qing, puis, ceux de la période républicaine, avaient jugé nécessaire de modifier en profondeur le contenu du droit de l'ère impériale. Les juristes contemporains tels Xu Zhongming, Xie Hui et Yu Ronggen ne se prononcent pas sur la validité du contenu du droit de l'ère impériale, invitant plutôt les chercheurs à l'étudier avec méthode, en tentant de dépasser les obstacles épistémologiques qu'ils ont identifiés. Il s'agit là d'une contribution importante, bénéficiant du recul du temps, pertinente pour les chercheurs travaillant sur le droit impérial.

Zhu Suli et Tian Chengyou, pour leur part, proposent d'explorer la normativité du monde rural, négligée selon eux dans le processus des réformes juridiques en cours. Il s'agit d'une démarche plus fouillée que celle ayant eu cours à la fin des Qing ou durant l'ère républicaine, les juristes d'alors ayant très largement délaissé le rapport entre le droit étatique en élaboration et la normativité locale opérant dans les diverses provinces et villages<sup>132</sup>.

Le *bentuhua* vu par Zhu Suli et Tian Chengyou a pour source non plus le droit chinois de la période impériale mais plutôt le « droit vivant »

---

<sup>129</sup> Xu Xiaoqun, *opus cit.*, p. 29. Il faut attendre la révision constitutionnelle de 2004 pour trouver la mention de la protection des droits de l'homme.

<sup>130</sup> Xiao-Planes Xiaohong, « Constitutions et constitutionnalisme : les efforts pour bâtir un nouvel ordre politique (1908-1949) », in Delmas- Marty Mireille et Will Pierre-Étienne (dir.), *La Chine et la démocratie, opus cit.*, p. 271-217 pour la question de la légalité constitutionnelle.

<sup>131</sup> Xu Xiaoqun, *opus cit.*, p. 30-31.

<sup>132</sup> Xu Xiaoqun, *opus cit.*, p. 14-15.

de la Chine des réformes, qu'ils appellent *minjianfa* 民間法<sup>133</sup>. Tian Chengyou relève plusieurs obstacles épistémologiques à surmonter afin d'effectuer un travail de recherche valable. Il fait état des dichotomies suivantes<sup>134</sup> : la normativité du monde rural est arriérée, tant dans sa forme que son contenu, alors que celle issue de la règle de droit étatique constitue un progrès. Cette dernière est rationnelle alors que le sens du juste du monde rural serait irrationnel. Il dénonce à juste titre des obstacles épistémologiques affectant le regard des Chinois (urbains) sur le monde rural. Les préjugés envers le monde rural chinois, émanant des Chinois issus des milieux urbains sont bien connus<sup>135</sup> et méritent d'être démontés. Une première démarche réside donc dans un nécessaire changement de regard sur le monde rural. Tian Chengyou reproduit l'analyse des transferts de droit impliquant les traditions juridiques chinoise et occidentale en la transposant au rapport entre le droit édicté par l'État et la normativité du monde rural.

Il prend comme point de départ que l'effectivité d'une norme de droit étatique dépend de son acceptation par les destinataires de celle-ci. En d'autres termes, elle ne bénéficie pas d'une légitimité simplement en vertu du fait qu'elle est édictée par l'État. Cette norme devra donc subir le test de la mise en œuvre dans un contexte qui touche de près ses destinataires. Si, au final, elle se révèle compatible avec les valeurs de la population locale, elle gagnera en légitimité et en effectivité<sup>136</sup> et contribuera à l'édification d'un ordre juridique répondant aux besoins de la population<sup>137</sup>.

Il analyse le conflit entre les deux sources de normativité en tâchant d'identifier ce que chacune d'elle est censée protéger. La règle de droit étatique vise à assurer un ordre juridique à l'échelle nationale, alors que la normativité rurale est vécue à l'échelle locale et cherche à protéger l'ordre juridique local<sup>138</sup>. Des conflits surviennent inmanquablement entre les

---

<sup>133</sup> Ce terme est vague et porte à plusieurs interprétations. Il appelle une discussion qui déborde le cadre de cet article. Son équivalent fonctionnel en anglais est *folk law*, employé surtout par les anthropologues du droit.

<sup>134</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 177-178.

<sup>135</sup> Solinger Dorothy, "Internal Migrants and the Challenge of the 'Floating Population' in the PRC", in Rosett Arthur, Cheng Lucie and Woo Margaret Y. (ed.), *East Asian Law-Universal Norms and Local Cultures*, London: Routledge, 2003, p. 140-143.

<sup>136</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 36.

<sup>137</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 35.

<sup>138</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 180.

deux. À l'instar de Zhu Suli, il estime que l'origine occidentale d'une proportion importante du droit légiféré explique le rapport, selon lui de distance ou d'opposition, du monde rural avec le droit étatique<sup>139</sup>. Il se dit convaincu qu'en dépit des efforts déployés par les autorités chinoises afin d'uniformiser le droit sur tout le territoire, les localismes constituent une donnée irréductible avec laquelle il faut composer<sup>140</sup>. Il va plus loin, en posant que les réformes juridiques en cours doivent intégrer les bons éléments de la normativité du monde rural.

Il invite donc le législateur à procéder à un transfert de certains éléments de la normativité rurale vers le droit étatique<sup>141</sup> en prônant *song fa shang men* 送法上門 par opposition au *song fa xia xiang* 送法下鄉 qui constitue la politique actuelle du législateur chinois. Il donne, sans beaucoup de précisions, quelques exemples de bons éléments parmi cette normativité. Il cite d'abord le concept de *chengxin* 誠心 comme tout à fait compatible avec celui de *chengshi xinyong* 誠實信用, c'est-à-dire la bonne foi, formulée dans le droit civil<sup>142</sup>. Puis, il mentionne, sans en détailler le contenu, les *renqing* 人情 qui servent selon lui de fondement, non exclusif, à la résolution des différends dans le monde rural<sup>143</sup>. Cette référence aux *renqing* ouvre plusieurs pistes de réflexion qui ne peuvent toutes être explorées ici. Il s'agit d'un des trois fondements du critère à l'aune duquel des parties à un différend décident si la solution proposée est juste : *heqing*, *heli*, *hefa* 合情合理合法 soit en accord avec les sentiments, en accord avec ce qui est raisonnable, en accord avec le droit (compris ici comme désignant la norme de droit légiféré). Cet adage renvoie à une conception de la justice qui est celle d'une justice relationnelle, ou de situation, appelant une solution fonction des circonstances particulières des parties plutôt que la seule application automatique de la norme générale et impersonnelle, issue du droit étatique<sup>144</sup>. Or, fait intéressant, cet adage trouverait preneur aussi dans le monde urbain, jusque chez les juges<sup>145</sup>. Toutefois, la place

---

<sup>139</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 175.

<sup>140</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 36.

<sup>141</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 181-182.

<sup>142</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 125.

<sup>143</sup> Tian Chengyou, *opus cit.*, p. 181.

<sup>144</sup> Woo Margaret Y., "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 1999, 8, p. 588.

<sup>145</sup> Woo Margaret Y. K., *opus cit.*, p. 587.

devant, ou non, être faite aux *renqing* dans les décisions de justice ne fait pas l'unanimité chez les juristes chinois <sup>146</sup>.

Fait à signaler, Tian Chengyou ne prône pas le rejet des transferts de droit à partir de l'Occident, mais plutôt leur combinaison avec d'autres sources de normativité issues du terreau chinois. Les propositions de Tian Chengyou, pour incomplètes qu'elles soient, sont fondées sur ses années d'observations du monde rural, envers lequel il éprouve une grande sympathie. Ses travaux offrent de très riches perspectives sur les conflits de normativité qui traversent le monde rural dans cette Chine en mutations. À ce titre, ils revêtent un grand intérêt car ils mettent en lumière les limites des réformes juridiques chinoises en cours et les défis auxquelles elles sont confrontées.

Par contre, la démarche proposée par Tian Chengyou appelle certaines précautions, car elle ne peut être faite *in abstracto*, sans tenir compte des acquis des réformes juridiques chinoises depuis 1978. Ainsi, aux termes des valeurs du monde rural qui accordent une plus grande importance à l'homme qu'à la femme, les femmes sont en bute à diverses formes de discrimination <sup>147</sup>. L'accès des populations rurales à l'éducation fait problème pour un ensemble de raisons, tenant à la décentralisation, au manque de ressources des provinces pauvres, etc. Cependant, si une famille du monde rural peut envoyer un enfant à l'école, ce sera un garçon plutôt qu'une fille <sup>148</sup>. Cette persistance de la tradition fait directement obstacle à la mise en œuvre de la Loi sur la scolarité obligatoire <sup>149</sup> qui elle, traduit la volonté du législateur chinois de favoriser l'accès à l'éducation et marque un acquis important, au moins sur le papier. Cet exemple est cité ici non pas pour déprécier toute la démarche de Tian Chengyou, mais pour illustrer

---

<sup>146</sup> Cai Dingjian, *opus cit.*, p. 338-339.

<sup>147</sup> Wexler Lesley, "Allowing Girls to Hold Up Half the Sky: Combining Norm Promotion and Economic Incentives to Combat Daughter Discrimination in China", *Chicago Journal of International Law*, 2006, 7, p. 82. Les milieux urbains ne sont pas exempts de discrimination contre les femmes, mais celle-ci est plus forte en monde rural. Sur ce point voir Attané Isabelle, *Une Chine sans femmes*, Paris : Perrin, 2005, p. 233.

<sup>148</sup> Attané Isabelle, *opus cit.*, p. 233-235.

<sup>149</sup> *The Compulsory Education Law of the People's Republic of China* a été amendée et adoptée lors de la XXII<sup>e</sup> session du comité permanent de la X<sup>e</sup> Assemblée nationale populaire, le 29 juin 2006. En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006, disponible sur le site <http://www.chinalawinfo.com> (consulté en octobre 2009).

les risques de déviation que comporte une référence trop vague aux paradigmes issus de la normativité du monde rural.

Ying Xing, pour sa part, aborde sous un angle diamétralement opposé la normativité des justiciables du monde rural en Chine. Elle se demande si, contrairement aux opinions véhiculées par Zhu Suli, la norme de droit étatique n'est pas susceptible de faire l'objet d'une appropriation par le truchement d'une adaptation<sup>150</sup>. Ying Xing ne se réclame pas du courant *bentuhua*, mais sa réflexion présente un grand intérêt dans ce contexte, en éclairant les réactions des justiciables chinois face aux problèmes d'accès à la justice induits par les réformes juridiques en cours.

Un aspect très important pour le respect des droits réside dans sa mise en œuvre pratique, ce qui suppose, pour le justiciable, l'accès à la justice. On entend ici l'accès au système judiciaire, donc au tribunal, afin de faire valoir ses droits. Dans la plupart des cas, la démarche implique le recours à un avocat en titre. L'Occident connaît, à divers degrés, des problèmes d'accès à la justice<sup>151</sup>. À ces obstacles matériels, il faut ajouter ceux de nature psychologique, incluant les tensions vécues par les justiciables dans une dynamique de conflit et le recours au système judiciaire<sup>152</sup>. Or, tous ces problèmes ont rejoint la Chine. Au chapitre des obstacles psychologiques, Michelson fait état de solides préjugés, de la part de certains avocats chinois, envers les femmes ou les personnes défavorisées<sup>153</sup>. Pour sa part, Ying Xing constate la très inégale répartition des ressources juridiques entre les villes et la campagne en Chine<sup>154</sup>, ce qui pose, pour les justiciables du monde rural, divers problèmes d'accès à la justice qu'il détaille

---

<sup>150</sup> Ying Xing, *opus cit.*, p. 80

<sup>151</sup> Rhode Deborah L., *Access to Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 6-16 pour le contexte des justiciables aux États-Unis. En matières civiles et criminelles, beaucoup n'ont même pas accès à un avocat en raison du coût élevé de leurs honoraires et des préférences de ces derniers pour des causes perçues comme lucratives.

<sup>152</sup> Klaning Laura and Giesen Ivo, "Access to Justice: the Quality of the Procedure", *Tisco working paper series on Civil Law and Conflict Resolution Systems*, 2008, 2, p. 29, SSRN paper n°id1091105. Le réseau SSRN (Social Science Research Network) est en accès libre et contient plusieurs articles en anglais dans le domaine des sciences sociales.

<sup>153</sup> Michelson Ethan, "The Practice of Law as an Obstacle to Justice", *Law and Society Review*, 2006, 40, p. 21-22. À titre comparatif: Rhode fait état des perceptions d'avocats américains pour qui effectuer du travail bénévolement auprès de clients défavorisés constituerait, si cela devenait une mesure obligatoire, un acte de fascisme latent à leur endroit. Rhode, *opus cit.*, p. 148.

<sup>154</sup> Ying Xing, *opus cit.*, p. 85.

ainsi <sup>155</sup>. Tout d'abord, le monde rural souffre d'un net déficit d'avocats par rapport au monde urbain. Ensuite, les honoraires facturés par les avocats revêtent un aspect exorbitant compte tenu des moyens modestes de la population rurale. Une autre dimension intervient, qui marque un obstacle psychologique dans l'accès à la justice, soit la perception, par les justiciables ruraux, que les avocats ne sont pas proches (*bu qin* 不親). Aussi Ying Xing explique t-elle la faveur dont jouissent les avocats aux pieds nus auprès de la population rurale par leur disponibilité et leurs tarifs abordables, certes, mais aussi parce qu'ils sont issus du même monde que les justiciables qu'ils défendent <sup>156</sup>. Ces avocats d'un nouveau genre prennent essentiellement des causes de droit administratif, au canevas juridique assez simple <sup>157</sup>. Les réactions hostiles de la part des avocats chinois ne se sont pas fait attendre, taxant ces représentants juridiques bénévoles de toutes les tares, allant de l'incompétence à la fraude pure et simple <sup>158</sup>. Derrière ces hauts cris se cache à peine un esprit corporatiste, d'autant plus mal venu que les avocats aux pieds nus servent une clientèle habituellement délaissée par les membres du barreau en Chine, à quelques exceptions près. La solution à ces problèmes d'accès à la justice est pragmatique.

Ying Xing ouvre ainsi une autre piste dans le travail sur les paradigmes locaux. Comme Zhu Suli et Tian Chengyou, elle travaille sur les besoins du monde rural. Toutefois, là où les deux premiers concluent à l'existence d'un conflit entre la norme de droit étatique et les valeurs des justiciables ruraux, Ying Xing pose, au fond, le *bentuhua* dans son second sens. En effet, les résultats de la recherche menée par Ying Xing témoignent de la demande de droit officiel (*guanfa* 官法) par les justiciables ruraux. Loin de rejeter la norme de droit étatique, ils se l'approprient par le truchement des avocats aux pieds nus, qui constituent une solution locale créative aux problèmes générés par le transfert d'un modèle judiciaire largement inadapté aux besoins de la population. Le cas de figure illustré par Ying Xing marque donc une voie connue dans le processus des transferts

---

<sup>155</sup> Les informations qui suivent sont tirées des pages 85 et 86 de son texte.

<sup>156</sup> Ying Xing, *opus cit.*, p. 87.

<sup>157</sup> Cette solution résulte de la permission, accordée par le législateur chinois aux justiciables chinois pour certains types de différends, de recourir à un proche dans le cadre de procédures judiciaires. Nul ne peut dire si l'intention de cette ouverture était de susciter une cohorte d'avocats aux pieds nus, mais le résultat est néanmoins celui-là.

<sup>158</sup> Ying Xing, *opus cit.*, p. 91-92.

de droit, qui se traduit par une adaptation sélective de la règle ou du modèle transféré<sup>159</sup>.

Les deux avenues de travail sur le *bentuhua* identifiées ici se rattachent à des temporalités différentes, le passé et le présent. L'étude du droit de la Chine impériale est axée sur des documents, le droit dans les livres, alors que l'étude de la normativité rurale a pour objet le « droit vivant ». Dans les deux cas, les ressources locales à explorer sont énormes. La première démarche implique une connaissance savante du droit impérial, de même qu'une maîtrise de la langue et du contexte social pertinents. La seconde démarche fait appel à une ouverture d'esprit face au monde rural, souvent dépeint en termes négatifs en Chine<sup>160</sup>. Si la réhabilitation des études du droit de l'ère impériale peut être considérée comme achevée, celle du monde rural reste à faire. Aussi, les défis attachés à ces deux avenues diffèrent-ils en nature mais sont comparables en ampleur.

Outre le travail d'identification des paradigmes locaux, celui de l'élaboration de critères guidant les choix de ces mêmes paradigmes s'impose, de même que celui qui consiste à préciser les destinataires de ces paradigmes. Or, ces questions posent plusieurs problèmes, dans le contexte chinois, mais aussi pour les chercheurs occidentaux intéressés par le courant du *bentuhua*.

### *Comment travailler, vu d'Occident, avec les ressources endogènes ?*

Les paradigmes locaux exercent une très forte attraction chez certains juristes chinois. Comment sont susceptibles de réagir les juristes et sinologues occidentaux, par définition extérieurs aux débats chinois, face aux paradigmes locaux ? Le chemin est rempli d'embûches épistémologiques pour les chercheurs occidentaux, en particulier les juristes, sensibles à cette quête d'identité juridique chinoise. D'une part, l'appel à la prise en compte de voix oubliées ou non entendues, émanant de juristes chinois, peut susci-

---

<sup>159</sup> Sur ce sujet voir : Potter Pitman B., "Globalization and Economic Regulation in China: Selective Adaptation of Globalized Norms and Practices", *Washington University Global Studies Law Review*, 2003, 2, p. 119-150.

<sup>160</sup> Il est fréquent que les habitants du monde rural soient présentés comme une population de piètre qualité (*suzhi hen di* 素質很低). Ils sont l'objet de perceptions très négatives de la part de l'ensemble de la population urbaine chinoise, à l'exception des chercheurs qui s'intéressent à eux et des personnes qui les aident.



ter un écho sympathique chez des chercheurs, entre autres juristes de droit comparé, qui dénoncent les effets homogénéisateurs des transferts de droit au détriment du respect des différences culturelles. Ainsi, les juristes chinois n'ont pas le monopole de la révolte contre la dévalorisation des traditions juridiques non-occidentales, tels qu'en témoignent les positions de Baxi, Chiba et Capeller, entre autres. Cela étant, il convient de s'interroger sur ce que l'on veut protéger<sup>161</sup> lorsqu'on invoque la protection de la différence. Faut-il, dans cette optique, faire une valeur absolue du rejet des modèles juridiques occidentaux<sup>162</sup> ? Enfin, le risque existe que cet appel à la réhabilitation de la tradition chinoise évacue le devoir d'analyse critique des intérêts que sert cette tradition, indissociables de la reconstruction dont elle fait l'objet<sup>163</sup>. Entre autres, certains éléments de la normativité reconstituée à partir du droit vivant reposent sur des valeurs patriarcales et inégalitaires<sup>164</sup>. Ainsi, la préférence pour les enfants de sexe masculin induit un déficit de femmes important en Chine, amplement documenté par les travaux d'Isabelle Attané<sup>165</sup>. Cette préférence pourrait difficilement être défendue sur le fond en raison de son appartenance à la normativité du monde rural chinois, où elle est plus vivace que dans le monde urbain. Les causes de cette préférence sont trop nombreuses pour être traitées ici. Notons cependant l'absence de discussion des droits des femmes chez plusieurs auteurs partisans des paradigmes locaux.

Sang Benqian a rédigé un article qui reprend un par un, afin de les réfuter, les arguments présentés par Zhu Suli en faveur de la normativité du monde rural comme source de paradigmes locaux<sup>166</sup>. Deux exemples de paradigmes locaux proposés par Zhu Suli et commentés par Sang retien-

---

<sup>161</sup> Nelken David, "Comparatists and Transferability", in Legrand et Monday, *opus cit.*, p. 445

<sup>162</sup> Nelken David, *opus cit.*, p. 446

<sup>163</sup> Voir à ce sujet les textes du numéro 4 de l'année 2007 de la revue *Perspectives chinoises*. Son dossier s'intitule « La Chine et son passé. Retour, réinvention, oubli ».

<sup>164</sup> Lin Li, "The Difficulties of Importing the Western Idea of Human Rights Into China – A Jurisprudential Approach", in Pohl Karl-Heinz and Müller Anselm W. (ed.), *Chinese Ethics in Global Context. Moral Bases of Contemporary Societies*, Leiden: Brill, 2002, p. 337-339.

<sup>165</sup> Attané Isabelle, *opus cit.*

<sup>166</sup> Sang Benqian 桑本謙, « "Fazhi ji qizhong shehui ziyuan" : Jianping Suli "bentu ziliao" shuo » 法治及其中社會資源—兼評—蘇力, 本土資源委說話 (À propos de « Fazhi qi bentu ziliao » : une réplique à Su Li au sujet des paradigmes locaux), *Xian-dai faxue*, 2006, 1, p. 3-15.

nent notre attention. Il s'agit de la coutume, fort peu définie, et du droit clanique traditionnel (*chuantong de zong fa* 傳統的宗法)<sup>167</sup>. À la question de savoir où chercher des paradigmes locaux, Zhu Suli répond en effet qu'il faut explorer le droit non officiel (*fei zhengshi fa* 非正式法) qui régit la vie quotidienne des gens<sup>168</sup> et il cite à cet effet le droit clanique traditionnel<sup>169</sup>. Dans son texte original, Zhu Suli ne s'attarde pas sur leur contenu, mais plutôt sur leur fonction, à savoir, répondre aux besoins de normes, pour la population, dans une économie en transition. Ces normes doivent être compatibles avec les réalités de la population<sup>170</sup>. Un retour au texte de Zhu Suli nous montre qu'il est conscient d'objections possibles à l'idée de puiser dans la tradition juridique chinoise, notamment en ce qui a trait au droit clanique. Il anticipe que les motifs invoqués résideraient dans le renforcement des relations de clan. Il dit comprendre ces craintes mais estime qu'elles ne sont pas fondées dans le contexte de la Chine<sup>171</sup>. Le lecteur reste cependant sur sa faim par rapport au contenu de ces modèles de même que sur les éventuelles démarches de modernisation de ceux-ci afin de tenir compte des réalités actuelles.

À la lumière des critiques de Lin Li et de Sun Hongkun sur le caractère foncièrement inégalitaire du droit chinois traditionnel, le recours, sans plus de précisions, aux paradigmes locaux pour fonder les réformes juridiques chinoises, peut inquiéter. Ces paradigmes locaux sont alors revêtus d'une valeur absolue, sans aucune interrogation sur leur pertinence pour la société chinoise d'aujourd'hui, ni sur les valeurs qu'ils véhiculent. Les textes de Xu Zhangrun et Guo Zhong, en particulier, reposent sur une essentialisation, tant de la tradition juridique chinoise que de l'Occident. Dans certains cas, la rétention de paradigmes locaux recouverts est susceptible de

---

<sup>167</sup> Sang Benqian, *opus cit.*, p. 5. Rappelons que Tian Chengyou propose la même démarche.

<sup>168</sup> Zhu Suli, « Bianfa, fazhi ji bentu ziyuan » 變法, 法治及基本土資源 (Changer le droit, l'État de droit et ses ressources locales), in Zhu Suli (dir.), *Fazhi qi bentu ziyuan* 法治及基本土資源 (L'État de droit et les ressources locales), Beijing : Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 1996, p. 14. Zhu Suli emploie plusieurs expressions qui recourent l'idée de droit vivant, en tant que normes non codifiées par l'État, mais ressenties comme ayant une valeur contraignante par leurs destinataires, au même titre qu'une règle édictée par l'État. Une certaine confusion demeure cependant dans la terminologie qu'il emploie.

<sup>169</sup> Zhu Suli, « Bianfa, fazhi ji bentu ziyuan », p. 15.

<sup>170</sup> Zhu Suli, *opus cit.*, p. 6.

<sup>171</sup> Zhu Suli, *opus cit.*, p. 15.

s'effectuer en opérant contre les droits et intérêts de catégories sociales traditionnellement défavorisées dans les rapports de pouvoir définis par la tradition, originelle ou reconstituée<sup>172</sup>. Alors, nous basculons dans le culturalisme tout en s'enfermant dans « une vision passéiste et peut-être dépassée de la société », pour reprendre les termes d'Étienne Le Roy à propos des regards occidentaux sur les traditions africaines<sup>173</sup>.

Cependant, Daniel Bell offre une perspective qui s'inscrit en faux contre le point de vue précédent. Il estime que, dans certains contextes, le confucianisme peut, précisément en raison de sa logique inégalitaire, servir les intérêts de certains groupes vulnérables en Chine<sup>174</sup>. Examinons donc cet argument de plus près. Bell souligne à juste titre les difficultés auxquelles se heurtent les travailleurs migrants d'origine rurale dans la société chinoise. Il conclut qu'un retour aux Rites serait bénéfique pour ceux-ci dans la mesure où leurs patrons, les maîtres de chantier, les traiteraient avec plus d'humanité<sup>175</sup>. En effet, cette sollicitude découlerait du sens de la communauté, propre selon lui au monde des Rites. Or, Léon Vandermeersch, s'il a opposé le ritualisme et le juridisme<sup>176</sup>, tentant de formuler ainsi des critères de différentiation entre les modes de régulation en Occident et en Chine impériale, s'est aussi intéressé au communautarisme, loin de constituer pour lui un paradigme local susceptible de remédier aux injustices envers les groupes vulnérables. Au contraire, il a bien noté que le communautarisme de la société chinoise était porteur d'oppression, notamment par rapport aux droits de l'individu<sup>177</sup>.

Le deuxième exemple donné par Bell a trait aux femmes qui travaillent dans les bars à karaoke. Il suggère que le retour aux Rites contribue à développer à leur endroit un certain respect de la part des clients de sexe masculin<sup>178</sup>. Or, pour ces travailleuses, le cœur du problème ne tient pas à l'absence de Rites mais, entre autres, aux difficultés d'accéder à un emploi

---

<sup>172</sup> Nelken David, "Comparatists and Transferability", *opus cit.*, p. 445-446 sur la tradition reconstituée ou en évolution.

<sup>173</sup> Le Roy Étienne, *Les Africains et l'Institution de la Justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, 2004, p. XIX.

<sup>174</sup> Bell Daniel, *opus cit.*, p. 48-49.

<sup>175</sup> Bell Daniel, *opus cit.*, p. 50.

<sup>176</sup> Vandermeersch Léon, « Ritualisme et juridisme », in Vandermeersch Léon (dir.), *Études sinologiques*, Paris : PUF, 1994, p. 209-220.

<sup>177</sup> Vandermeersch Léon, « Pouvoir d'État et société civile dans la tradition confucianiste », in Vandermeersch Léon, (dir.), *opus cit.*, p. 344.

<sup>178</sup> Bell Daniel, *opus cit.*, p. 63 et p. 67.

décent. Les femmes sont victimes de discrimination, notamment à l'embauche, de même que de harcèlement sexuel au travail<sup>179</sup>. Certes, cette situation n'est pas propre à la Chine. Toutefois, l'appel aux Rites formulé par Daniel Bell ne règle pas le problème de fond. Il compose avec l'ordre établi, défavorable aux femmes, qu'il tente d'aménager. Cette voie n'est pas satisfaisante.

Bell va plus loin en opposant les Rites et le droit, accusant les sociétés occidentales, de même que les juristes chinois travaillant à la réforme du droit, d'être trop légalistes dans leur approche de la Chine<sup>180</sup>. Il a raison d'appeler à une approche de la Chine qui aille au-delà de la démolition tous azimuts de celle-ci et de sa tradition, une telle vision constituant en elle-même un obstacle épistémologique. Cependant, son appel à « l'évincement du droit » rappelle étrangement celui des lettrés confucéens horrifiés devant l'émergence du légisme, donc, approche qui oppose, de manière simpliste, le droit aux rites. Or, les justiciables de la société chinoise impériale saisissaient les tribunaux. La vision de Bell passe totalement ce fait sous silence. Elle risque de perpétuer l'image de la Chine comme celle d'une société sans droit, avec, comme conséquence ultime, une validation, même involontaire, de l'argument culturaliste, combattu par plusieurs chercheurs chinois et occidentaux, voulant que la culture chinoise soit incompatible avec la démocratie<sup>181</sup>.

La vision de Bell, qui évacue tout simplement le droit comme instrument de régulation sociale, est aussi en disjonction avec la réalité de la société. À titre d'exemple, nombre de travailleurs migrants, loin de chercher refuge dans les Rites, ont recours au droit afin de demander justice<sup>182</sup>. De même, plusieurs femmes initient elles-mêmes des demandes en divorce afin de mettre un terme, entre autres, à des relations conjugales abusives<sup>183</sup>. Elles recherchent donc activement l'intervention du tribunal, diffuseur de la norme de droit étatique, afin de régler leur situation. Elles ne font pas appel aux Rites.

---

<sup>179</sup> Attané Isabelle, *opus cit.*, p. 274-276.

<sup>180</sup> Bell Daniel, *opus cit.*, p. 55.

<sup>181</sup> Zhang Lun, « L'intellectuel, le pouvoir et l'idée de démocratie après Mao », in *La Chine et la démocratie*, *opus cit.*, p. 541.

<sup>182</sup> Woo Margaret Y. K., "Migrant Access to Civil Justice in Beijing", *Loyola University Chicago International Law Review*, 2007, 4:2, p. 105.

<sup>183</sup> Attané Isabelle, *opus cit.*, p. 311.

En outre, l'approche n'est pas partagée par une partie de l'intelligentsia chinoise, tel qu'en témoignent entre autres les nombreuses références à l'appel au droit chez les signataires de la Charte 08 à l'automne 2008. Ils affirment, dans le préambule, la nature universelle des droits de l'homme. Plus loin, ils soulignent les attentes de la population chinoise en matière de droit : « La société civile a commencé à se développer, et les appels en faveur de plus de droits et de libertés politiques se sont également multipliés »<sup>184</sup>. Enfin, les signataires appellent de tous leurs vœux le PCC à instaurer une véritable démocratie en Chine. La réponse répressive des autorités chinoises à l'égard des signataires<sup>185</sup>, illustre le risque que courent en ce moment les penseurs qui invoquent des concepts dits occidentaux. Fait intéressant, cette Charte ne contient nulle mention du confucianisme comme ressource locale susceptible de fonder un ordre politique et juridique nouveau.

William Alford affirme quant à lui que le confucianisme contient l'idée d'imputabilité des gouvernants, laquelle pourrait fort bien servir les intérêts des réformes chinoises, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par l'exportation de la *Rule of Law*<sup>186</sup>. Il mentionne cela de manière succincte, en quelques lignes, dans un contexte où il dénonce la tendance qui prévaut aux États-Unis dans certains milieux voulant que la Chine ne puisse que converger vers le modèle de la démocratie libérale occidentale. Il s'agit d'un début de réflexion intéressant, mais qui laisse le lecteur sur sa faim. Le confucianisme est évoqué sans plus de précisions, présenté comme une alternative valable à la démocratie libérale, mais sans démonstration aucune à l'appui de l'argument. Or, la question du rapport de la culture chinoise a été traitée plus récemment dans l'ouvrage codirigé par Mireille Delmas-Marty et Pierre-Étienne Will<sup>187</sup> et apporte des réponses nuancées et complètes sur ce sujet.

---

<sup>184</sup> Traduction française de la Charte 08 tirée du site Rue 89 : <http://www.rue89.com/chinatown/2008/12/14/le-texte-integral-du-manifeste-des-dissidents-chinois-la-charte-08> (consulté en août 2009).

<sup>185</sup> Cf. la page Internet : <http://www.rue89.com/chinatown/2008/12/11/les-dissidents-chinois-lancent-leur-charte-08-et-vont-en-prison> (consultée en août 2009).

<sup>186</sup> Alford William P., "A Second Great Wall? China's Post-Cultural Revolution Project of Legal Construction", *Cultural Dynamics*, 1999, 11:2, p. 209.

<sup>187</sup> *La Chine et la démocratie, opus cit.*

Le courant en faveur des paradigmes locaux en droit chinois se décline sous plusieurs modes et n'est pas véritablement systématisé. Il s'agit d'abord d'un courant initié par des chercheurs chinois qui ne font pas partie des instances où s'élabore le droit légiféré. Cette absence de regroupement est-elle appelée à durer ? En tous les cas, la diversité des quelques composantes du courant présentées dans ce texte laissent présager qu'il serait difficile, voire illusoire, de s'attendre à un mouvement unifié. La voie des études savantes du droit de l'ère impériale se concilie difficilement avec celle qui privilégie la normativité du monde rural d'aujourd'hui comme digne répertoire de paradigmes locaux. Il y a conflit de temporalités et de sources d'inspiration. Cependant, les auteurs chinois qui explorent ce courant sont mus par le sentiment que le cours des réformes juridiques entamées depuis 1978, fondées sur les transferts de droit, appelle un réajustement. Il s'agit sans doute du fil d'Ariane. Ensuite, les motivations divergent quelque peu. Les juristes chinois associés à la voie savante des études du droit de l'ère impériale sont habités par le désir de réhabiliter la tradition juridique chinoise en tant qu'objet de recherche et source d'inspiration pour les réformes en cours. Ils sont, à divers degrés, dans une logique identitaire, axée sur la réappropriation de leur patrimoine culturel en matière juridique. Les juristes chinois qui voient dans la normativité du monde rural une ressource endogène à laquelle puiser pour fonder les réformes juridiques actuelles partagent ce souci de revaloriser la tradition juridique chinoise, certes, mais à partir de prises de position rattachées au pluralisme juridique. La normativité du monde rural devient la tradition à réhabiliter. Les justiciables ruraux sont présentés comme injustement dépréciés et mal servis par les réformes en cours. Dans cette perspective, les juristes pluralistes sont désireux de voir certains paradigmes locaux issus du monde rural intégrés dans le droit légiféré.

L'issue finale de la démarche implique une réflexion sur le rôle des juristes en Chine et leur capacité à influencer le processus d'élaboration du droit. Cela nous conduit à nous interroger sur la réponse de l'État face aux paradigmes locaux. Certains indices suggèrent qu'ils font l'objet d'une récupération partielle par les autorités chinoises afin de justifier de nouvelles mesures en faveur de la diffusion de la médiation comme mode de résolution des différends<sup>188</sup>. Cette dernière est en effet présentée comme associée

---

<sup>188</sup> *Notice of the Supreme People's Court on Printing and Distributing Some Opinions of the Supreme People's Court about Providing Judicial Protection for the Construc-*

à l'harmonie, valeur dite pérenne et censément caractéristique de la culture chinoise à travers les âges<sup>189</sup>. Ce type de cheminement n'est pas sans précédent en Asie, des juristes indiens ayant ardemment contribué à la renaissance de certains forums de résolution des différends, privilégiant la médiation, depuis l'indépendance de ce pays<sup>190</sup>. Le discours des promoteurs de ces nouveaux forums les présente comme des ressources endogènes alors qu'il s'agit en réalité d'initiatives de l'État<sup>191</sup>. Les mêmes dichotomies se retrouvent dans le discours indien et dans certains discours chinois en faveur du *bentuhua*, opposant une société précoloniale privilégiant l'harmonie à un Occident colonisateur associé au conflit<sup>192</sup>. Dans les deux cas, nous sommes devant des discours débouchant sur une réinvention de la tradition afin de justifier certains développements dans les réformes juridiques en cours. À ce premier type de scénario, il faut ajouter celui de développements *sui generis* comme les avocats aux pieds nus, émanant de la société chinoise et nullement initiés par l'État. Dans ce dernier cas, la réponse des autorités demeure ambivalente, oscillant entre répression et tolérance limitée<sup>193</sup>.

Chose certaine, le choix des paradigmes locaux, les critères présidant à ce choix de même qu'à leur contenu, demeure une question susceptible de générer des conflits, tant au sein des juristes chinois que chez les chercheurs occidentaux. Les risques de positions essentialistes demeurent bien présents de part et d'autre. Néanmoins, ces développements sur le *bentuhua* en Chine en appellent d'autres de la part des juristes de droit comparé. Beaucoup reste à faire dans la promotion, en Occident, de l'étude des droits africains, autochtones, océaniens, latino-américains et asiatiques. Il revient aux juristes de toutes les aires géographiques de faire prendre conscience à leur auditoire des obstacles épistémologiques se dressant dans l'appréciation de ces divers droits. Sans cet effort préalable, aucun progrès n'est possible.

Il est possible d'orienter la réflexion d'une manière dynamique, en tentant un travail de conciliation des valeurs. À cette fin, il serait souhaita-

---

*tion of Socialist Harmonious Society* (No. 2 [2007] of the Supreme People's Court), cf. la page Internet : <http://www.chinalawinfo.com> (consultée en août 2009).

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> Galanter Marc and Krishnan Jayanth K., "Bread for the Poor": Access to Justice and the Rights of the Needy in India", *Hastings Law Journal*, 2004, 5, p. 789-833.

<sup>191</sup> Galanter and Krishnan, *opus cit.*, p. 798.

<sup>192</sup> Galanter and Krishnan, *opus cit.*, p.791.

<sup>193</sup> Ying Xing, *opus cit.*, p. 90.

ble de surmonter la dichotomie « Occident/universaliste-Non-occidental/particulariste » car elle implique que le monde non-occidental ne peut aucunement contribuer au développement du droit <sup>194</sup>.

Dans le contexte actuel d'inquiétudes diverses entourant l'émergence de la Chine <sup>195</sup>, la tâche est ardue. L'étude des paradigmes locaux débouche inévitablement sur une réflexion relative aux droits de la personne, terrain sur lequel la Chine et l'Occident ne s'entendent pas. En effet, le régime chinois revendique une position associée au relativisme culturel <sup>196</sup>, faisant primer le droit au développement et le droit à la subsistance sur tous les autres. La Chine a aussi été signataire de la Déclaration de Bangkok, à l'origine du discours sur les « valeurs asiatiques » <sup>197</sup>. Aussi est-il délicat d'explorer les paradigmes locaux dans un contexte de suspicion face à ce qui évoque des revendications particularistes, perçues comme une attaque à l'universalisme des droits de la personne <sup>198</sup>. La voie prônée par Bell renforce en réalité l'argument du caractère inadapté des modèles occidentaux pour la Chine, ayant cours en Occident et en Chine dans certains milieux. Il s'agit ni plus ni moins d'une mise en faillite du droit, présenté comme n'ayant rien à offrir aux justiciables chinois.

Bien sûr, le droit ne règle pas tout en Chine, et il en va de même en Occident. En effet, la Chine connaît, et c'est normal, des problèmes de mise en œuvre du droit, tenant à un enchevêtrement complexe de facteurs <sup>199</sup>. Aussi, l'appréciation des réformes juridiques chinoises en cours appelle-t-elle un exercice de pondération entre les difficultés attribuables au manque de ressources matérielles par rapport à celles découlant d'une disjonction, dont l'ampleur demeure imprécise, entre la norme de droit étatique et les valeurs de la population. Xu souligne que les juristes qui travaillaient à la fin des Qing et sous l'ère républicaine à la mise en œuvre des réformes juridiques chinoise se souciaient fort peu de savoir comment elles étaient reçues à l'échelon local et il estime qu'il s'agit d'une lacune <sup>200</sup>. Sur

---

<sup>194</sup> Onuma Yasuaki, "Toward an Intercivilizational Approach to Human Rights", in Bauer and Bell, *opus cit.*, p. 112.

<sup>195</sup> Peerenboom Randall, *China Modernizes, Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford/London: Oxford University Press, 2007, p.1-4.

<sup>196</sup> Yong Deng, *opus cit.*, p. 92.

<sup>197</sup> Chen Yan, *opus cit.*, p. 162-163; Yong Deng, *opus cit.*, p. 92.

<sup>198</sup> Onuma Yasuaki, *opus cit.*, p. 111.

<sup>199</sup> Chen Jianfu, « L'application du droit en Chine : une bataille politico-légale », *Perspectives chinoises*, 2002, 72, p. 28-42.

<sup>200</sup> Xu Xiaoqun, *opus cit.*, p. 26.



ce point, les réformes juridiques en cours marquent une évolution car les juristes chinois s'intéressent à cet aspect de la diffusion de la norme de droit étatique dans le monde rural. Des études rigoureuses sur les paradigmes locaux sont susceptibles d'apporter des contributions utiles et de constituer un progrès dans les connaissances sur le processus des réformes juridiques en cours. En revanche, si l'argument des ressources endogènes est employé sans précaution, il pourrait, à terme, porter atteinte aux réformes juridiques en cours de diverses manières. D'une part, comme en Chine impériale ou républicaine, il est impossible d'intégrer dans le droit étatique tous les paradigmes locaux. D'autre part, leur donner libre cours comporte des risques, tant par rapport à la cohérence du droit que pour le respect des droits de certains groupes sociaux. Ceux-ci pourraient en effet voir leurs droits affaiblis au nom d'une spécificité culturelle mal gérée. Un tel scénario ne pourrait alors s'opérer qu'au détriment des justiciables chinois, les premiers intéressés par le développement du droit en Chine.