

« LA PENSEE TRADITIONNELLE CHINOISE ET LE DROIT MODERNE ¹ »

conférence donnée à Besançon et à Paris par

Marylise HEBRARD

Directrice du Centre sino-français de formation & d'échanges notariaux et juridiques
de Shanghai

Dans les grands courants de pensée chinois, le confucianisme considère que le droit est fait pour les « *barbares* » et l'éthique pour les « *hommes de bien* » ; chez les taoïstes (pour qui la loi amène le crime...) c'est le Dao qui prime ; chez les bouddhistes enfin on trouve le karma, auquel il est difficile de rattacher une notion juridique. Les seuls pour qui a donc compté la loi sont les légistes, notamment Han Feizi, qui ont fait de la loi non un absolu mais un outil efficace « de gouvernement » (comportant répression et encouragements) au service de la dynastie Qin. La loi devait être simple et féroce (il fallait rendre vertueux les « *barbares* »...). Il en a découlé une défiance durable à l'égard de la loi.

La pensée traditionnelle chinoise ne connaît pas l'Absolu. Pour le confucianisme, c'est le relatif qui prime : on vise le mieux, qui dépend de chaque être et de chaque situation, tandis que chez les taoïstes, « spontanéité », « *non-agir* » ne laissent pas davantage de place à l'Absolu !

Les Occidentaux oublient souvent que la religion populaire - partie intégrante de la pensée chinoise - est constituée d'un ensemble de croyances et de pratiques, variables selon les lieux, mais caractérisée par l'absence de dieu unique et le recours aux magies et superstitions variées (horoscopes, géomancie, négociations avec les forces occultes...) tout autant que par ses incroyables aptitudes au syncrétisme avec le taoïsme, le confucianisme et le bouddhisme.

Il faut ainsi être confucianiste le jour, taoïste la nuit ; confucianiste en public, taoïste en privé ; confucianiste dans la vie, bouddhiste face à la mort...

Ainsi existe-t-il, pour nous, un véritable problème quant à la compréhension de la perception chinoise du « *droit* », au cours de la vingtaine de siècles de l'histoire impériale de la Chine.

Pour l'Europe, et plus de trois siècles durant, ce sont les Jésuites qui ont fourni le plus d'éléments de compréhension de la Chine. Ils ont mis en exergue la violence de la civilisation chinoise et la faiblesse de son droit - pénal notamment - pour justifier l'apport du christianisme.

C'était ignorer que dès le 11^{ème} siècle av. J.-C. il existait, en outre, une forme de droit civil, constituée d'une collection de cas-types ainsi qu'une forme de droit administratif.

Il n'est pas possible de savoir si les Jésuites ignoraient cela ou s'ils l'ont occulté pour mieux justifier leurs arguments critiques.

A la fin du 19^e siècle et au début du 20^e, les autorités chinoises ont une nouvelle fois caricaturé ce passé pour justifier la « *modernisation* » nécessaire, puis de nouveau après 1949, lorsqu'il s'est agi de dénoncer « *30 siècles de féodalisme* »... A présent, les jeunes Chinois souffrent de cette ignorance du passé, et se tournent volontiers vers le droit anglo-américain.

¹ Synthèse réalisée par Alain Labat, président de la Fédération des Associations franco-chinoises et Alain Caporossi, président de l'Association franc-comtoise des Amitiés franco-chinoises, suite aux conférences données en 2006 à Paris (pour la Fédération des AFC) et à Besançon (pour l'Université Ouverte.)



Audience au tribunal

Comment s'est passée la rencontre entre la Chine et le droit contemporain ?

► **L'accessibilité au Droit et à ses droits** : elle fut théorique dans la Chine traditionnelle – où l'on n'avait qu'un accès théorique à la plainte (par dépôt dans une fente du mur de la maison du Mandarin) – en raison du confucianisme et des « *cing relations* » entre un « dominateur » et un « dominé » dans lesquelles l'un domine toujours l'autre et a le droit de le sanctionner :

- l'empereur, ses sujets
- le père, le fils
- l'aîné, le cadet
- l'époux, l'épouse,
- le maître ou l'ami, le condisciple.

Mais, actuellement les choses évoluent rapidement. A Shanghai les femmes deviennent dominantes... et le droit des hommes devient celui d'avoir un portefeuille bien rempli ! Fait nouveau, également et depuis la politique « *de l'enfant unique* » jadis, le pire crime était de tuer un aîné, maintenant, comme chez nous cela devient de tuer un enfant.

► **L'égalité face à la loi** : dans les faits, elle est impensable jusqu'à présent : héritage de la domination de la puissance paternelle dans la Chine impériale, persistance de l'importance considérable accordée aux positions sociales, aux titres etc... Ce contexte a conduit les Chinois à développer des techniques de contournement et d'alarme : « *tuer le coq pour avertir le singe !* »

► **La professionnalisation des acteurs du droit** : la Chine traditionnelle ne connaissait que les juges – des mandarins chargés, entre autres, de la justice – les autres métiers du droit (avocats, notaires...) n'étaient pas connus ; il n'existait que des « *daobi xiansheng* », sorte d'avocats rédigeant habilement les requêtes. Là où s'arrêtait la loi de l'empereur commençait celle du clan (réunion de familles descendant d'un ancêtre commun), force toujours considérable en Chine, et combattue tant par les nationalistes que par le parti communiste, mais qui aujourd'hui renaît, pour le meilleur et pour le pire.

Même si – strictement – c'est devenu illégal, dans la pratique, le clan continue à investir tout l'espace civil et même l'espace pénal. Lors d'une récente visite du ministre français de la Justice à Shanghai, ce dernier a souhaité visiter un « *lieu de droit.* »

Il a été conduit dans une étude notariale : 60 notaires, 150 employés au total et beaucoup de charges dont, à sa surprise, la tenue des actes de l'état civil, de tous les actes officiels (diplômes...) – héritage de l'ancien livre de clan, qui enregistrait également le foncier et l'immobilier – et qui constitue encore de nos jours une source de droit... Pour leurs erreurs, les notaires en ont la responsabilité civile et pénale !

Depuis 1978 on a ainsi dû créer en Chine à la fois :

- la matière juridique,
- la formation des gens chargés de l'enseigner,
- la formation de ceux chargés de l'exercer.

Avant 1986, il n'existait que peu de textes de droit. Après 1949 on a emprunté à l'URSS ; en 1957, après la rupture sino-soviétique, on a supprimé le ministère de la Justice, puis avec la révolution culturelle on a tout liquidé ! (les avocats font alors partie des « *catégories puantes*. »

Les années 1976-1978 constituent un intermède puis, avec l'arrivée au pouvoir de Deng Xiaoping, on s'attaque à la construction d'un droit (civil, contrats, transferts de technologie...) et à un certain rétablissement des droits : on va chercher les vieux professeurs de droit, on transforme les linguistes en juristes pour le droit international et le droit des affaires. Puis, à partir de 1984, on entreprend de les former à l'étranger. Vient ensuite la professionnalisation : en 1986, pour la première fois, les avocats sont recrutés sur examen, mais les résultats sont si catastrophiques qu'il faut interrompre l'expérience en 1987 et repartir sur de bonnes bases en 1988 ! Les juges quant à eux n'étaient pas formés, sinon sur le tas et sur le tard... et il n'était pas rare de voir des avocats expulsés des tribunaux, voire arrêtés ! On a ainsi entrepris de recruter juges, avocats et procureurs à partir d'un examen commun (loi sur les juges de 1995, sur les avocats de 1996 et sur les notaires en 2006.) Depuis, la situation a évolué rapidement. On trouve à présent d'excellents juges, des avocats de plus en plus habiles et virulents et des notaires - jusqu'alors très peu compétents, mais désormais bien formés.

La loi de 2007, dite sur les « *droits réels* » (texte sur les droits de propriété, de succession et aussi de spoliation) ne mentionne cependant le notaire dans aucun de ses 244 articles, tandis que des règlements provinciaux, s'ajoutant par ailleurs aux textes nationaux, sous l'action des avocats retire les charges en principe attribuées aux notaires alors que, par ailleurs, bien des vides juridiques demeurent.

► « **Juger** » n'est pas acquis en Chine.

« Juger » implique déjà que l'on ait déterminé « *le Bien* » et « *le Mal* » dichotomie qui s'accommode mal de la notion de complémentarité fondamentale du « *Yin* » et « *Yang* »

Jadis, une plainte au Mandarin pouvait valoir au coupable une punition d'un certain nombre de coups de bâton... et un nombre non moins certain de ces mêmes coups au plaignant... pour avoir dérangé le mandarin !

Aujourd'hui encore, porter plainte et faire juger, surtout si un préjudice en découle, est perçu comme une dénonciation. La « *plainte* » n'existe que depuis moins d'une trentaine d'années. L'on comprend alors qu'il y ait eu et qu'il y ait encore, dans ce pays, une nette préférence pour la médiation, favorisée par les relations claniques, l'absence de confiance, la corruption...

Tradition chinoise et droit moderne entrent donc en conflit.

En Chine, un jugement laisse des stigmates, des haines qui vont se transmettre de génération en génération... on préfère donc la médiation, alors qu'en Occident on a besoin de la mise en scène du jugement comme moyen d'apaisement de la douleur, avec punition d'un coupable et reconnaissance d'une victime. Notre fonds chrétien attend le moment ultime du procès, la demande du pardon, tandis que le juge chinois s'improvise médiateur (comme c'est inscrit dans les textes) : il juge davantage selon le bon sens que selon le bon droit.

Actuellement, le juge peut organiser une médiation avant de se saisir et de juger et donc de prendre le risque de « *faire perdre la face*. » Faire présenter des excuses constitue déjà, dans ce contexte, une punition énorme, un apaisement appréciable.

► **L'individualisation de la peine** est problématique dans un pays dont la culture traditionnelle a mis en avant la responsabilité collective et l'effacement du moi individuel, pris dans un réseau de relations.

En France, la maltraitance du prévenu dans l'enfance vaut atténuation de sa peine... ce qui n'est pas perçu comme « juste » en Chine, où l'exonération de culpabilité du coupable devait alors être soldée par sa famille (ou par plusieurs de ses membres) ! La faute « *individuelle* » a du mal à être comprise dans un mode de pensée sans dieu créateur... et sans relation créateur / créature individuelle !

Chez nous, depuis le « *Siècle des Lumières* », l'Individu est placé, après Dieu, au sommet. En Chine, se faire remarquer, se mettre en évidence demeure « *mal vu* » et non sans risques (voir Jean Levi « *les dangers du discours.* ») Dans une expression chargée d'analogie, on dira X pour faire penser Y. La charge du sens est à celui qui écoute, ce qui lui permet, du coup, de ne pas comprendre !

► **La publicité du droit** est ce qui est le plus éloigné de la pensée chinoise : on ne rend public que ce qui va bien et l'on doit dissimuler ce qui va mal (il y va de « *la face* » des uns et des autres.) Jadis, en cas de « perte totale de la face » celui qui avait été offensé récupérerait son honneur en allant se suicider par pendaison à la porte de son accusateur... afin que désormais, dans la maison de ce dernier, tout ce qui irait mal en soit la conséquence !

Que se passe t-il aujourd'hui ?

Le droit peut s'exercer diversement, selon les niveaux (1^{er} niveau, de base ; 2^{ème} instance - notamment en cas d'intérêts étrangers - et Cour Suprême comme 3^{ème} instance, mais qui juge et ne renvoie pas, à l'inverse de notre Cour de Cassation.)

Le droit peut également s'exercer selon les lieux : les campagnes et les villes... Mais les mentalités varient selon les villes : à Beijing, on a des idées et on les défend ; à Shanghai seul l'argent compte « *le client a toujours raison* » (air connu chez nous) une expression le traduit bien « *c'est l'argent qui excite le gigolo !* »

La corruption : c'est un phénomène récurrent dont il est malaisé de délimiter les contours précis, et qui peut aller du « *cadeau de facilitation* » à la corruption avérée en passant par le cadeau rituel... Il s'exerce de façon hybride : juges/médiateurs, notaires prenant part à des loteries... Il n'est pas toujours bon de faire valoir ses droits par le droit (ce qui peut créer des ennemis.)

Les mentalités restent imprégnées d'idées différentes des nôtres et ne sont pas choquées par l'expression : « *qui a le pouvoir a l'argent et qui a l'argent a le droit* »

Ceci dit, en matière juridique, la Chine n'a pas tout à apprendre des Occidentaux. Dans le domaine de la propriété intellectuelle par exemple, les Chinois n'oublient pas qu'au 19^e siècle les Jésuites ont fait ce que l'on appelle aujourd'hui du renseignement économique (à propos de la fabrication de la porcelaine), tandis que des Britanniques faisaient sortir illégalement de l'empire chinois des plants de thé...

Concernant les droits de l'homme (les Chinois n'ont pas oublié non plus les Guerres de l'opium) ou le non-respect de la protection du patrimoine (le sac du Palais d'été.) Pour donner des leçons à la Chine (dans le cadre de l'OMC, du GATT ou encore des relations sino-américaines), il vaudrait mieux être soi-même irréprochable. De même, il serait bon d'avoir à l'esprit que ce pays a appris à tout « digérer » rapidement ! Il devrait en être de même du droit qui sera « rechargé » des pratiques millénaires chinoises.

Les Occidentaux ne doivent pas oublier non plus que la contrefaçon n'est pas une affaire chinoise mais mondiale, y compris entre pays développés et à l'intérieur même de nos pays. Sans compter divers problèmes : capitaux mafieux « blanchis », marges rétrocedées, marchés africains, aides détournées...

Le droit bouleverse ainsi l'âme chinoise, autant que le Coca, l'enfant unique...

La société chinoise avance, le droit avancera donc également et ils se corrigeront mutuellement.

Il convient également de permettre aux Chinois de devenir usagers des règles qui nous importent, que nous avons mis du temps à mettre en oeuvre et que nous souhaiterions qu'ils respectent... mieux !

Ne gagnerions-nous pas à tenter d'échapper à l'ethnocentrisme et à nos visions peut-être excessivement basées sur des notions comme « *le Bien* » « *le Bon...* » et leurs contraires ?