

De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine

Jianhua Zhou

Volume 53, Number 2, June 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1009445ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1009445ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Zhou, J. (2012). De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine. *Les Cahiers de droit*, 53(2), 349–381. <https://doi.org/10.7202/1009445ar>

Article abstract

Equity, as it applies to the office of judge, is a moderating principle of objective law that allows judges to attenuate or make adjustments to the application of the law, in consideration of special circumstances, to ensure that each party receives fair, equal and reasonable treatment. In contemporary China, the fragile state of Chinese law and the active role played by judges provides many opportunities for equity. The Supreme Court has a « regulatory » power to enact many interpretative circulars ; recently, it has developed another way of introducing equity by establishing a system of directive rulings — “Chinese” jurisprudence. Judges often deal with conflicts between other authorities and individuals, and are gradually introducing equity into their moderative approach in order to take on the role of coordinator in the community.

De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine*

Jianhua ZHOU**

L'équité dans l'office du juge est un principe modérateur du droit objectif selon lequel le juge apporte des atténuations ou des modifications au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières, afin de donner à chacune des parties un traitement juste, égalitaire et raisonnable. En Chine contemporaine, la fragilité du droit chinois et l'activisme judiciaire permettent une grande liberté à cet égard. Ainsi, la Cour suprême populaire a un pouvoir « réglementaire » pour édicter de nombreuses circulaires interprétatives ; récemment, elle a conçu un autre moyen pour introduire l'équité par établissement d'un système d'arrêts directifs, système qui constitue pour ainsi dire la jurisprudence « chinoise ». Quant aux juges, fréquemment aux prises avec d'autres pouvoirs et les justiciables, ils introduisent délicatement l'équité dans leur pouvoir modérateur afin de bien jouer un rôle de coordonnateur dans la communauté.

Equity, as it applies to the office of judge, is a moderating principle of objective law that allows judges to attenuate or make adjustments to the application of the law, in consideration of special circumstances, to ensure that each party receives fair, equal and reasonable treatment. In

* Dans le manuscrit soumis pour publication, l'auteure présentait un grand nombre de citations en chinois, y compris les références (revues et ouvrages, etc.), la doctrine, les règles juridiques et les décisions judiciaires. Pour faciliter la lecture de son texte, l'auteure a traduit le tout en français. Les personnes désireuses de consulter la version originale de ces éléments pourront communiquer avec l'auteure.

** Maître de conférences, **Faculté de droit, Institut de technologie de Beijing (Beijing Institute of Technology, Beijing, People's Republic of China)**, Chine.

contemporary China, the fragile state of Chinese law and the active role played by judges provides many opportunities for equity. The Supreme Court has a « regulatory » power to enact many interpretative circulars ; recently, it has developed another way of introducing equity by establishing a system of directive rulings — Chinese jurisprudence. Judges often deal with conflicts between other authorities and individuals, and are gradually introducing equity into their moderative approach in order to take on the role of coordinator in the community.

	<i>Pages</i>
1 L'équité et le pouvoir « réglementaire » de la Cour suprême populaire : l'émergence de l'équité comme source du droit.....	354
2 L'équité et le pouvoir « modérateur » du juge : l'équité au cœur de l'équilibre des intérêts.....	363
2.1 L'équité en matière de jugement	366
2.1.1 L'arrêt <i>Chine c. Ting Xu</i>	366
2.1.2 L'arrêt <i>Yanwen Liu c. Université de Beijing et son Comité d'évaluation des diplômés</i>	369
2.1.3 L'arrêt <i>Xueying Zhang c. Lunfang Jiang</i>	373
2.2 L'équité en matière de conciliation.....	376
2.2.1 L'arrêt <i>Shoulan Xu c. Yu Peng</i>	377
Conclusion.....	380

L'équité est une notion évolutive¹ et son emploi contemporain renferme plusieurs sens selon le *Vocabulaire juridique* du doyen Gérard

1. Par exemple, en droit français, *aequitas romana*, *aequitas canonica*, « Dieu nous garde de l'équité des Parlements » : Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 93, p. 163. Surtout en droit canonique, l'*aequitas* a un rôle très important grâce à trois apports : 1) la tradition romaine de l'équité ; 2) la lecture faite par les premiers canonistes de l'esprit évangélique de miséricorde ; et 3) les réflexions d'Olivier ÉCHAPPÉ, « L'équité en droit canonique, justice et équité », *Justices* 1998.9.9 ; Bernard du PUY-MONTBRUN, « L'équité dans le procès pénal canonique », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2004.3.603.

Cornu². Concrètement, l'«équité dans l'office du juge» signifie qu'elle devient un principe modérateur du droit objectif selon lequel le juge apporte des atténuations ou des modifications au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières, afin de donner à chacune des parties un traitement juste, égalitaire et raisonnable. C'est le centre même de notre sujet : en Chine contemporaine (précisément depuis les années 80), comment les juges obtiennent-ils une solution «juste, égalitaire et raisonnable» par l'introduction de l'équité dans leur office ? La réponse est difficile en vertu de la situation corsée relativement à l'office du juge en Chine contemporaine.

Le juge chinois vit dans une situation complexe de droit en raison tantôt de l'absence de droit, tantôt de l'inflation du droit. Grâce à la recherche de M. Jean Escarra, il est désormais connu que l'ancienne Chine possédait un système de droit semblable à celui du droit romano-germanique³. Voilà une conclusion qui a modifié une idée de la doctrine occidentale propagée depuis longtemps, à savoir que l'ancienne Chine n'avait pas de droit. Cependant, l'ancien droit chinois est totalement différent du droit romano-germanique⁴. Depuis la fin du XIX^e siècle, le droit chinois est entré dans un processus de «modernisation», autrement dit d'«occidentalisation», dans lequel il copie d'abord les règles du droit occidental pour ensuite y introduire l'esprit du droit occidental. L'occidentalisation a été suspendue durant les années 40 en raison de l'échec subi par le Parti national (PN, *guo min dang*) pendant la guerre civile. Dès l'établissement de la République populaire de Chine (RPC), le Parti communiste chinois (PCC, *gong chan dang*) a instauré un système de droit socialiste en vertu d'une préférence à l'égard du droit de l'Union soviétique et il a supprimé totalement le système de droit du PN, premier résultat de l'occidentalisation du droit chinois.

Jusqu'à la fin des années 70, l'occidentalisation du droit est considérée comme une part de la grande réforme et de l'ouverture. Un nombre élevé de lois sont promulguées. En mars 2008, M. Bangguo Wu, président du Congrès national du peuple (CNP), lors de la deuxième session, souligne qu'un système légal socialiste aux caractéristiques chinoises est en pleine formation, la Constitution en étant le noyau et la loi lui servant d'épine dorsale. Ce système est composé de sept sections—droit constitutionnel, droit civil et commercial, droit administratif, droit économique, droit social, droit pénal, droit processuel ; il est divisé en trois niveaux—lois, règlements administratifs et règlements locaux ; il comprend 229 lois, environ

2. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007, s.v. «Équité», p. 367 et 368.

3. Jean ESCARRA, *Le droit chinois. Conception et évolution, institutions législatives et judiciaires. Science et enseignement*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1936.

4. Cela est aussi prouvé par l'ouvrage de J. ESCARRA, préc., note 3.

600 règlements administratifs et plus de 7 000 règlements locaux en vigueur⁵. Toutefois, il reste de grands travaux législatifs à faire. Par exemple, le Code civil vit une naissance difficile en raison des conflits entre la propriété particulière, collective et nationale ; il est nécessaire d'adopter des lois en matière économique en vertu de la transformation sociale et économique ; il faut aussi rédiger des projets de loi en matière d'assurance sociale et d'aide sociale ; il convient d'apporter de grandes modifications aux lois promulguées durant les années 80 et 90, par exemple, aux trois codes de procédure civile, pénale et administrative, qui ne sont pas adaptées pour autant à l'évolution de la société chinoise.

Tantôt, le juge ne sait comment agir en l'absence de droit ; tantôt, il ignore le règlement à alléguer en raison de l'inflation du droit, ce dernier cas résultant de la diversification des auteurs en matière législative. Au niveau national, le CNP et son comité permanent exercent le pouvoir législatif de l'État. Le CNP promulgue et modifie la Constitution et les lois fondamentales régissant les infractions pénales, les affaires civiles et les organes de l'État. Son comité permanent promulgue et modifie d'autres lois, et quand le CNP n'est pas en session, il enrichit et modifie les lois promulguées par ce dernier, à condition de ne pas être en contradiction avec les principes fondamentaux de ces lois. Pour sa part, le Conseil des affaires d'État élabore les règlements administratifs. Au niveau local, les assemblées populaires locales (APL) et leurs comités permanents chargent l'autorité d'assurer la réglementation selon la portée géographique, par exemple, dans les provinces, ou les chefs-lieux de provinces, les grandes villes, les zones économiques spéciales ou les régions de minorités nationales. Les régions administratives spéciales (Hong Kong et Macao) gardent le pouvoir législatif sur leur propre territoire. Un système législatif comportant autant d'aspects conduit inévitablement à des conflits sur l'application du droit. La *Loi sur la législation*⁶ adoptée en 2000 a tenté de résoudre les conflits en précisant une hiérarchie des forces entre la Constitution, la loi et les règlements.

M. Jean Escarra souligne que le processus de la codification en Chine passe par trois périodes : « l'une de traduction pure et simple de codes

5. Bangguo Wu, « Un système légal socialiste aux caractéristiques chinoises se forme », [En ligne], [www.news.xinhuanet.com/misc/2008-03/08/content_7746849.htm] (13 janvier 2012).

6. *Loi sur la législation de la République populaire de Chine (lifa fa)*, adoptée à la 3^e session du 9^e CNP le 15 mars 2000, promulguée par l'ordre n^o 31 du président de la République populaire de Chine le 15 mars 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000, [En ligne], [www.gov.cn/test/2005-08/13/content_22423.htm] (16 janvier 2012), (ci-après « *Loi sur la législation* »).

étrangers, la seconde d'adaptation partielle aux besoins du pays, la troisième d'élaboration d'une législation proprement chinoise⁷». Le droit chinois est actuellement dans la deuxième période : une part s'adapte aux besoins du pays ; une autre part ne s'y adapte pas, et les décisions rendues rencontrent l'opposition des parties. L'exécution civile est un grand objet de la réforme judiciaire en Chine.

En réalité, la prépondérance du pouvoir administratif rend plus ardu l'office du juge chinois. L'indépendance judiciaire n'est pas un problème résolu en Chine. Selon l'article 4 de la *Loi organique des tribunaux populaires*⁸, la juridiction populaire exerce « indépendamment et légalement » l'autorité judiciaire, en excluant l'intervention des forces extérieures, telles que les autorités administratives, les associations sociales ou les personnes. Toutefois, l'indépendance judiciaire ne se réalise pas parfaitement à cause de la « localisation » et du caractère « administratif » du pouvoir judiciaire⁹.

La « localisation » du pouvoir judiciaire signifie que les activités de la juridiction sont restreintes par les autorités locales, surtout le Comité du PCC et le gouvernement local. Bien que le président de la juridiction soit élu par l'assemblée populaire d'après l'article 35 de la *Loi organique des tribunaux populaires* et l'article 11 de la *Loi sur les juges*¹⁰, la nomination et l'évaluation sont sous la domination du Comité du PCC. La juridiction doit suivre les ordres de ce dernier. Les fonds étant alloués par le gouvernement local, la juridiction est considérée comme une branche du gouvernement : elle doit participer aux conférences du gouvernement et suivre les ordres qu'il lui donne.

La juridiction est organisée de la même manière que les institutions administratives. La nature « administrative » s'incarne dans les rapports entre les tribunaux supérieurs et inférieurs, à l'intérieur du tribunal, et

7. J. ESCARRA, préc., note 3, p. 445.

8. *Loi organique des tribunaux populaires de la République populaire de Chine (renmin fayuan zuzhi fa)*, adoptée à la 2^e session du 5^e CNP le 1^{er} juillet 1979, promulguée par l'ordre n° 3 du président du CNP le 5 juillet 1979 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980, [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2006-12/05/content_5354938.htm] (13 janvier 2012), (ci-après « *Loi organique des tribunaux populaires* »). Cette loi sera révisée plusieurs fois, soit en 1983, en 1986 et en 2006 dans les réunions du Comité permanent du CNP.

9. Cf. Jianhua ZHOU, *La conciliation judiciaire, contrat ou jugement ? Études comparatives en droit chinois et en droit français*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier 1, 2008.

10. *Loi relative aux juges de la République populaire de Chine (faguan fa)*, adoptée à la 12^e session du 8^e CNP le 28 février 1995, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1995 et modifiée le 30 juin 2001, [En ligne], [www.gov.cn/banshi/2005-05/26/content_1026.htm] (16 janvier 2012).

dans la hiérarchie des juges. Comme une affaire renvoyée ou cassée a de mauvaises influences sur l'évaluation professionnelle du tribunal ou du juge, l'un ou l'autre demande souvent un avis préalable à la cour supérieure. La promotion du juge dépend de l'appréciation des chefs de la chambre, du tribunal et de la juridiction supérieure.

Le juge chinois doit réaliser dans son office la coordination des intérêts, tels que l'intérêt de la majorité protégé par la loi, l'intérêt administratif et l'intérêt des parties. La clé de la coordination est l'équité, notion controversée dans la doctrine occidentale. L'équité dans l'office du juge signifie que celui-ci se réfère à une idée en dehors de la loi et qu'il réalise une application plus souple des règles de droit afin de rendre une décision équitable. Le contenu du terme « idée » est changeable et peut correspondre à la raison, à l'utilité, à l'amour de la paix, à l'humanité, etc. En vertu de la culture juridique « différente » en Chine, le contenu de l'idée introduite et l'opération spécifique sont certainement différents de ce qui se passe en pratique dans les pays occidentaux. L'équité se réalise alors de façon « chinoise » dans l'office du juge¹¹ : inscrite dans le pouvoir « réglementaire » de la Cour suprême populaire (CSP), l'équité émerge graduellement comme une source du droit (1) ; intégrée dans le pouvoir « modérateur » du juge, elle se trouve au cœur de l'équilibre des intérêts (2).

1 L'équité et le pouvoir « réglementaire » de la Cour suprême populaire : l'émergence de l'équité comme source du droit

En Chine, la CSP, qui se situe au sommet de la hiérarchie des juridictions, charge l'autorité de juger les « grandes » affaires de façon nationale en premier ressort et le recours des affaires par voie ordinaire ou extraordinaire¹². Outre la fonction qui consiste à juger, la CSP a un pouvoir spécial,

11. En Chine, le système législatif se présente comme « un pays, deux systèmes, trois systèmes juridiques, quatre domaines » : « un pays », soit la Chine ; « deux systèmes », c'est-à-dire le socialisme et le capitalisme ; « trois systèmes juridiques », soit le système légal socialiste sur le continent, le système de *common law* à Hong Kong ainsi que le système de droit civil à Macao et à Taiwan ; « quatre domaines », soit le continent, Hong Kong, Macao et Taiwan. Ici, nous ne parlons que du droit socialiste en Chine continentale, à l'exclusion d'autres domaines et aussi des régions autonomes spéciales de la minorité nationale.

12. La juridiction chinoise se divise en quatre niveaux : la Cour suprême populaire, les cours supérieures populaires, les cours intermédiaires populaires et les tribunaux de base populaires. Les quatre catégories de juridiction ont toutes l'autorité de juger une affaire en premier ressort, bien qu'en pratique les deux premières soient rarement saisies par les justiciables en premier ressort.

probablement jaloux par les juges occidentaux : c'est un « pouvoir réglementaire », selon lequel la CSP peut « [édicter] régulièrement, en dehors de tout litige, des circulaires interprétatives souvent trois fois plus longues et dotées en pratique d'une autorité beaucoup plus grande que les lois qu'elles interprètent¹³ ». Ces « circulaires interprétatives » sont nommées en chinois « interprétations judiciaires » (*sifa jieshi*).

À l'origine, « pour l'interprétation uniforme des lois et des mesures politiques, la résolution de la crise de légitimité du fondement des décisions judiciaires, la gestion du système judiciaire national¹⁴ », la CSP avait une fonction d'interprétation. Durant la période initiale de la RPC, une grande rupture de droit s'est produite sur le territoire national à la suite de l'abolition de « Six lois du PN » (*liu fa quan shu*)¹⁵. À noter que le travail législatif du PCC en est alors à ses débuts : sauf un petit nombre de lois en matière de mariage ou de réforme territoriale, aucune autre loi n'est promulguée. Comment le juge doit-il procéder, à défaut de règles de droit ? Selon une annonce du PCC, le juge doit se conformer aux mesures politiques :

Avant que les nouvelles lois du peuple soient promulguées systématiquement, il faut s'appuyer sur des mesures politiques du PCC et sur une variété de programmes, de lois, de règlements et de résolutions publiés par le gouvernement populaire et l'Armée populaire de libération. Au cas où les lois du peuple seraient incomplètes, les institutions judiciaires se conformeront d'abord aux programmes, aux lois, aux règlements et aux résolutions ; à défaut, on se conformera aux mesures politiques de la Nouvelle Démocratie¹⁶.

Cependant, les mesures politiques ne doivent pas devenir une base juridique, car leurs dispositions sont trop abstraites et générales. La naissance de l'interprétation judiciaire permettra d'assurer un fondement plus praticable de la décision judiciaire.

Un autre objet de l'interprétation judiciaire est de renforcer le pouvoir de la CSP quant à l'orientation des opérations de toutes les juridictions

-
13. Guy CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », (2006) 50 (9) *Arch. phil. droit* 14.
 14. Cheng Ji, *Études sur les interprétations judiciaires de CSP. Une réflexion sur leur légitimité*, thèse de doctorat, Beijing, Université de science politique et de droit de Chine, 2006, p. 31.
 15. L'expression « Six lois du PN » (*liufa quanshu*) désigne en fait les six lois promulguées par le PN : *Code constitutionnel*, *Code pénal*, *Code civil*, *Code commercial*, *Code de procédure pénale*, *Code de procédure civile*.
 16. *Directive relative à l'abolition de Six lois du PN et l'instauration des principes judiciaires aux régions libérées*, février 1949, [En ligne], [www.dffy.com/sifashijian/jj/200809/20080921204129.htm] (13 janvier 2012).

nationales. Selon la *Loi d'organisation de la juridiction populaire*¹⁷ promulguée en 1954, la juridiction est responsable au congrès du même niveau et la première est obligée de rendre des comptes au second ; les activités judiciaires des juridictions aux échelons inférieurs sont sous la « surveillance » de leurs juridictions supérieures. Si le moyen de « surveillance » s'arrête à un contrôle des affaires jugées par la juridiction inférieure, il est difficile pour la CSP d'unifier l'application de la loi sur le territoire national, notamment parce que la gestion du personnel de la juridiction est entre les mains de l'autorité locale. Bien que cette dernière ait l'obligation de veiller à la mise en œuvre de la loi et du règlement, la tradition nous laisse voir que l'autorité locale n'est jamais fidèle à la mise en œuvre des politiques centrales. La juridiction locale est aussi susceptible de préférer la politique locale à la politique centrale, en vertu de sa subordination à l'autorité locale. Cela n'est pas toléré par l'autorité centrale de l'État. Donc, celle-ci attribue une fonction interprétative à la CSP en vue d'assurer la mise en œuvre des politiques centrales. Une résolution du CNP sur l'interprétation de la loi en 1955 annonce ceci : « Dans les cas où les lois et les décrets auront besoin d'une précision de délimitation ou de dispositions complémentaires, le Comité permanent du CNP se chargera d'interpréter ou de prévoir par un nouveau décret. Quant à l'application de la loi ou du décret en matière de jugement, c'est la CSP qui se chargera de l'interprétation¹⁸. »

L'évolution des interprétations judiciaires a connu quatre étapes¹⁹. La première débute avec l'établissement de la RPC et s'étend jusqu'avant la Révolution culturelle (1949-1965) ; la deuxième est la période de recul, pendant la Révolution culturelle (1966-1976) ; la troisième est une période de développement (1976-1996) ; la quatrième (de 1997 à nos jours) correspond à une poursuite et à un approfondissement de la troisième étape, en assurant la normalisation des interprétations judiciaires. Notre recherche se concentre sur l'évolution qui s'est produite dès le début de la troisième étape jusqu'à aujourd'hui.

Depuis 1976, les interprétations judiciaires connaissent une grande réforme tant dans la forme que dans le fond. Pour ce qui est de la forme

17. *Loi d'organisation de la juridiction populaire (renmin fayuan zuzhi fa)*, adoptée à la 1^{re} session du 1^{er} CNP le 21 septembre 1954, promulguée par l'ordre du président de la République populaire de Chine le 28 septembre 1954 et entrée en vigueur le 28 septembre 1954. Elle a été remplacée en 1980 par une nouvelle loi : *Loi organique des tribunaux populaires de la République populaire de Chine*, préc., note 8.

18. *Résolution du CNP sur l'interprétation de la loi en 1981*, adoptée à la 19^e réunion du Comité permanent du CNP le 10 juin 1981, [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5004401.htm] (13 janvier 2012).

19. C. Ji, préc., note 14, p. 13 et suiv.

même, la réforme se caractérise par une augmentation significative du nombre d'interprétations judiciaires : de 1950 à 1966, le nombre annuel moyen est de 50 ; de 1977 à 2004, il atteint 59²⁰. Quant au fond, le volume des interprétations judiciaires présente une grande expansion : de 1977 à 2004, il y a 24 circulaires ayant plus de 50 articles, dont 8 comptant plus de 100 articles, 2 ayant plus de 200 articles et 2 regroupant plus de 300 articles. L'expansion du volume apporte une transformation de la nature des interprétations judiciaires, de l'« interprétation » de la loi à la « correction » des effets de la loi dans un cas concret, même à la « re-création » de la loi.

Au début, selon la théorie de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, la création de la loi revient au CNP ; la CSP, qui exerce une fonction de juge, interprète la loi, mais sans jamais la créer. Il faut que la CSP trouve la source de règles dans la loi pendant la rédaction d'interprétation judiciaire. La fonction interprétative de la CSP se borne d'abord à une interprétation *technique, littérale et fragmentaire* des lois.

Cependant, la situation est changée depuis 1984 : la CSP édicte alors, avec le Parquet suprême²¹, une circulaire nommée la *Résolution des questions de l'application des lois dans les affaires criminelles économiques*²², dans laquelle un long texte de cinq pages est consacré à six articles du *Code pénal* de 1979²³, concernant la malversation, la concussion, la spéculation et l'escroquerie. La réforme sociale en cours depuis 1979 est venue compliquer les affaires économiques pendant une transformation de l'économie planifiée à l'économie de marché. De nombreux actes « illégaux » sont commis, dont il est difficile de juger la « légalité » selon les règles du *Code pénal* de 1979. La circulaire est alors édictée pour réaliser davantage des interprétations « créatives » en réaction à l'obscurité de la loi. Par exemple, en raison du silence de l'article 155 du *Code pénal* de 1979 sur les actes de malversation, la circulaire annonce ceci : la malversation est le fait que les

20. *Id.*, p. 17.

21. Le Parquet suprême chinois a aussi une délégation officielle du CNP pour une fonction d'interprétation. Le Parquet a édicté des circulaires principalement en matière pénale, qui sont aussi nommées « interprétations judiciaires ». Comme leur influence se borne aux affaires criminelles, les circulaires du Parquet ont moins d'influence que celles qui sont édictées par la CSP.

22. *Résolution des questions de l'application des lois dans les affaires criminelles économiques*, publiée conjointement par la CSP et le Parquet suprême le 18 juillet 1985, [En ligne], [www.spp.gov.cn/site2006/2006-02-22/00024-20.html] (13 janvier 2012).

23. *Code pénal de la République de Chine (xingfa)*, adopté à la 2^e session du 5^e CNP le 1^{er} juillet 1979 et entré en vigueur par l'ordre n° 44 du président de la République populaire de Chine le 1^{er} janvier 1980, [En ligne], [law.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=chl&Gid=556] (16 janvier 2012), (ci-après « *Code pénal* de 1979 »), art. 117, 118, 151, 152, 155 et 185.

fonctionnaires, en profitant des facilités de leur fonction, pratiquent une appropriation illégale des ressources publiques, par le détournement, le vol ou l'escroquerie, etc. Et puis la circulaire confirme un guide à suivre pour le jugement des affaires relatives à un crime commis conjointement par les fonctionnaires et les non-fonctionnaires qui se sont approprié illégalement des ressources publiques.

Ensuite, le *Code de procédure civile*²⁴ est promulgué en 1991, et la CSP édicte une nouvelle circulaire, soit l'*Avis de l'application du Code de procédure civile*²⁵, dans laquelle on consacre 320 articles à l'interprétation du Code qui ne compte lui-même que 270 articles. Un usage est alors établi : la CSP édicte habituellement des circulaires interprétatives relativement à l'application de nouvelles lois selon la compétence de la juridiction. Par exemple, la CSP publiera en 1998 l'*Interprétation de l'application du Code de procédure pénale*²⁶ qui consacre 367 articles au *Code de procédure pénale*²⁷ modifié en 1996, qui n'a en tout que 225 articles. La nature de la fonction d'interprétation de la CSP change ainsi : elle ne s'arrête pas à une simple « interprétation » de la loi, mais elle tend plutôt vers une « création » de la loi.

En 1997, la CSP fait paraître une circulaire : le *Règlement relatif au travail de l'interprétation judiciaire*²⁸. Cette circulaire est considérée

-
24. *Code de procédure civile de la République populaire de Chine (minshi susong fa)*, adopté à la 4^e session du 7^e CNP le 9 avril 1991, promulgué et entré en vigueur par l'ordre n^o 44 du président de la République populaire de Chine le 9 avril 1991, révisé à la 30^e réunion du Comité permanent du CNP le 28 octobre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2008, [En ligne], [www.china.com.cn/policy/txt/2007-10/29/content_9139262.htm] (16 janvier 2012), (ci-après « *Code de procédure civile* »).
 25. *Avis de la Cour populaire suprême sur certains sujets concernant l'application de la Loi sur la procédure civile de la République populaire de Chine*, discuté et adopté à la 528^e réunion du Comité judiciaire de la CSP et promulgué par l'interprétation judiciaire n^o 22 de la CSP le 14 juillet 1992.
 26. *Interprétation de l'application du Code de procédure pénale*, adoptée par la 989^e réunion du Comité judiciaire de la CSP le 29 juin 1998, publiée le 2 septembre 1998, entrée en vigueur le 8 septembre 1998, [En ligne], [www.court.gov.cn/bsfw/sszn/xgft/201004/t20100426_4527.htm] (16 janvier 2012).
 27. *Code de procédure pénale de la République populaire de Chine*, adopté à la 2^e session du 5^e CNP le 1^{er} juillet 1979, révisé et adopté à la 4^e session du 8^e CNP le 17 mars 1996, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997, [En ligne], [www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_887.htm] (16 janvier 2012), (ci-après « *Code de procédure pénale* »).
 28. *Règlement relatif au travail de l'interprétation judiciaire*, publié le 23 juin 1997 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1997, [En ligne], [www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=337] (16 janvier 2012). Il est remplacé par un autre règlement, portant le même titre, adopté à la 1408^e réunion du Comité judiciaire de la CSP le 11 décembre 2006, publié le 9 mars 2007 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2007, [En ligne], [rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=106985] (16 janvier 2012).

comme la «loi de législation» pour les interprétations judiciaires, car elle sert de point de départ en vue de la normalisation des interprétations judiciaires. Selon cette circulaire, les interprétations judiciaires se divisent en quatre catégories : l'interprétation (*jie shi*), le règlement (*gui ding*), l'avis (*pi fu*) et la décision (*jue ding*). L'«interprétation» consiste à donner des précisions pour éclairer la loi afin que les juges l'appliquent en matière de jugement. Le «règlement» parle de la régularisation des questions procédurales en matière de jugement. À noter que l'«interprétation» et le «règlement», selon leur forme, ont habituellement un long texte, qui dépasse parfois le texte de la loi, et doivent permettre de réaliser une interprétation *globale* de la loi. L'«avis» est une interprétation *fragmentaire* de la loi que la CSP donne à la demande des juridictions (les cours supérieures et les cours militaires) sur des questions de droit nouvelles et complexes. Enfin, la «décision» sert à modifier ou à annuler les circulaires interprétatives.

La naissance de la circulaire interprétative respecte une procédure rigide : l'élaboration du projet, la rédaction, le contrôle et l'adoption par le Comité judiciaire²⁹ de la CSP ainsi que la publication. Le projet est proposé par les chambres de la CSP, ou ordonné parfois par le Comité judiciaire, ensuite préparé par un laboratoire spécial et approuvé par un vice-président responsable. Puis, le projet se rend au Comité judiciaire pour adoption. Une fois adoptée, la circulaire est publiée au journal officiel de la CSP (*Journal de la juridiction populaire (renmin fayuan bao)*) et mise en vigueur à la date de publication. La procédure se caractérise par des aspects législatifs. Par exemple, au moment d'établir un projet, sauf dans le cas de la proposition venant de la juridiction interne, les députés du CPN et du Comité national de la Conférence politique consultative du peuple chinois (CPCPC), les organes de l'État, des organisations sociales et les citoyens ont la possibilité de soumettre une proposition. Dans la rédaction d'une circulaire, il convient parfois de chercher des avis au sein du public. La CSP envoie parfois le projet au CPN et à son comité permanent, ou aux autres comités, pour avoir leurs commentaires. Le projet déposé doit inclure la planification du projet, les rapports de recherche, les commentaires, l'avis du vice-président, les principales questions litigieuses et les fondements législatifs pertinents. Enfin, la circulaire paraît sous la forme

29. Un comité judiciaire existe dans toutes les juridictions. Il se compose normalement des présidents de chambre, du président et des vice-présidents du tribunal et du chef du comité du PCC délégué au tribunal. La mission de chaque comité judiciaire est de résumer les expériences judiciaires, de discuter la disposition des affaires importantes ou difficiles et aussi les autres problèmes en matière de jugement. La nomination des membres de chaque comité judiciaire est présentée par le premier président du tribunal au comité permanent de l'assemblée populaire du même niveau.

annoncée par la CSP, publiée dans le bulletin de cette dernière et le *Journal de la juridiction populaire*. Sauf disposition contraire, la circulaire est en vigueur dès sa publication.

La CSP annonce que ses circulaires interprétatives «ont force de loi»³⁰, ce qui les place dans la hiérarchie des sources du droit. Les juges ont la faculté d'alléguer un texte de la loi ou de la circulaire interprétative, la loi occupant la première place et la circulaire, la seconde. Dans une circulaire parue en mars 2000, intitulée *Interprétations relatives au Code de procédure administrative*³¹, la CSP a décrété la supériorité de ses circulaires interprétatives par rapport à celles qui sont édictées par le Parquet suprême. Comme un auteur chinois l'a relevé, par de nombreuses circulaires interprétatives³², la CSP outrepassa la loi et fait elle-même la loi; elle devient la «troisième institution législative», après le CNP et le Conseil des affaires d'État³³.

La «légalisation» des circulaires interprétatives confirme l'arrivée de l'équité au rang des sources du droit. Par exemple, dans une circulaire relative à la preuve civile publiée en 2002, 83 articles sont consacrés à 12 articles du *Code de procédure civile*, et la CSP crée de nouveaux règlements relatifs à la procédure de *discovery*, la production des preuves ainsi que la charge des preuves. L'équité est de ce fait devenue une source du droit en raison de la nature évolutive des circulaires interprétatives dans lesquelles les juges de la CSP créent des règles à valeur réglementaire.

De son côté, la doctrine chinoise met en doute la «légitimité» des circulaires interprétatives: elle critique une extension arbitraire du pouvoir judiciaire qui se dirige vers la compétence réglementaire, ce qui constitue un obstacle dans la voie de la politique constitutionnelle³⁴. Selon plusieurs auteurs, la fonction d'interprétation devrait apparaître dans l'office de tous les juges plutôt que dans l'office exclusif des juges de la CSP. En pratique,

30. *Règlement relatif au travail de l'interprétation judiciaire*, préc., note 28, art. 5.

31. *Interprétations relatives au Code de procédure administrative*, adoptée à la 1088^e réunion du Comité judiciaire de la CSP le 24 novembre 1999, publiée le 8 mars 2000 et entrée en vigueur le 10 mars 2000, art. 98:

La publication de la circulaire abroge d'une circulaire antérieure de la Cour suprême, *Avis expérimentaux relatifs au Code de procédure administrative*. La circulaire s'applique prioritairement en cas de discordance avec les circulaires antérieures édictées par la CSP, et aussi avec celles qui sont édictées conjointement par la CSP et les autres institutions.

32. Jusqu'en 2004, la CSP a édicté plus de 7 600 circulaires interprétatives.

33. Mingsheng YUAN, «La "légalisation" des interprétations judiciaires», (2003) 2 *Recherches juridiques et commerciale (fashang yanjiu)* 3.

34. Rikai HE, «La remise du pouvoir d'interprétation judiciaire et la pratique du droit constitutionnel», (2004) 3 *Droit chinois (zhongguo faxue)* 5.

le monopole de la CSP concernant la fonction d'interprétation la sépare artificiellement de la faculté de juger et prive le pouvoir naturel des autres juges ; enfin, il constitue une menace à l'indépendance judiciaire.

Opposé à la doctrine, le CNP donne son soutien à la compétence réglementaire de la CSP. Selon la *Loi sur la législation*, le CNP promulgue la loi et l'interprète. Comme la réforme juridique est très fréquente pendant toute transformation sociale, la première mission du CNP est d'achever une construction systématique des lois, comprenant leur promulgation, leur modification et leur suppression. En pratique, le CNP utilise rarement la fonction d'interprétation : de 1979 à 2008, il a édicté seulement 14 documents relatifs à l'interprétation des lois³⁵. Il a plutôt confié cette fonction à la CSP. En dépit de l'opposition venant de la doctrine³⁶, le CNP n'a pas l'intention de récupérer la fonction d'interprétation : il encourage davantage à l'heure actuelle une extension de la compétence réglementaire de la CSP. Par exemple, il a donné à cette dernière la mission de rédiger le projet du Code de procédure civile de 2007.

Les citoyens chinois sont aussi enclins à faire confiance au pouvoir réglementaire de la CSP en vertu de sa composition « professionnelle en droit ». Ils pensent que les circulaires édictées par la CSP sont plus crédibles et opérationnelles que les autres règlements, même la loi. Durant une session, les députés du CPN relèvent parfois le besoin de mise en place du projet des circulaires de la CSP. Donc, celle-ci conservera sans doute ce pouvoir réglementaire durant une longue période.

Au cours des dernières années, la CSP a tenté d'utiliser un autre moyen afin d'atteindre l'équité : la jurisprudence « chinoise » (arrêts directifs³⁷,

35. Lin LI, « La législation en Chine pendant soixante ans », [En ligne], [www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=2563] (16 janvier 2012).

36. « La CSP, ne s'en tenant plus à l'interprétation simple de la loi, crée des règles dans les interprétations judiciaires qui sont parfois contradictoires à la loi ; cela est simplement une négligence du pouvoir législatif et une extension illimitée du pouvoir judiciaire [...] [Le CNP] ne demande jamais [la CSP] : Quel genre de circulaire édictez-vous ? Avec qui ? Quel moyen de publication prenez-vous ? Comment peut-on régler les conflits entre la circulaire et la loi ? » : Rong ZHANG, « La réalisation de l'activisme judiciaire. Une analyse basée sur les interprétations judiciaires de la CSP », (2007) 5 *Science juridique (falü kexue)* 42.

37. Le choix de l'expression « arrêt directif » démontre une prudence de la CSP dans la concurrence avec le pouvoir législatif. Puisque la « jurisprudence » est une source de droit dans les pays *anglo-saxons*, le terme « jurisprudence » provoque certainement des conflits dans la doctrine sur la nature de ses arrêts publiés. Pour sa part, la CSP a adopté une stratégie : d'une part, elle choisit l'appellation « arrêt directif » et une force

anli zhidaoyi)³⁸. Depuis 1953, la CSP a fait des compilations d'arrêts relatifs au crime que constitue le viol des filles mineures ; désormais, ces arrêts compilés pourront être allégués dans une motivation de décision. Dès que le journal officiel de la CSP a été créé en 1985, elle y a publié régulièrement les arrêts sélectifs³⁹ pour que les juges et les justiciables y fassent « référence ». Depuis 2004, les arrêts publiés doivent comprendre une « conclusion décisive » dans laquelle des « règles directives » sont résumées sur l'application des lois en matière de jugement. En novembre 2010, la CSP a édicté une circulaire relative aux arrêts directifs, selon laquelle la CSP crée un bureau spécial qui se charge de la collection, du contrôle et de la sélection des arrêts « typiques » envoyés par toutes les juridictions. Les arrêts sélectionnés sont ceux qui se trouvent au centre de l'opinion publique, soit les affaires typiques qui représentent un genre de conflits, les affaires compliquées ou les nouvelles affaires, qui se trouvent en retrait de la loi. Quant à la force des arrêts sélectionnés, la CSP annonce dans sa circulaire que la juridiction « doit » faire « référence » aux arrêts directifs publiés par la CSP lorsque les affaires sont similaires⁴⁰. Dans le projet, la CSP écrit que les arrêts directifs ont une nature de « référence facultative » : le juge a la faculté de les citer dans la motivation de son jugement et de refuser une citation inappropriée avec motivation justifiée⁴¹. Toutefois, dans la circulaire publiée, la CSP donne une force de référence « obligatoire » aux arrêts sélectionnés. Cela démontre son ambition en vue de former un système « chinois » de jurisprudence et de donner plus de force à sa parole lorsque les pouvoirs sont en concurrence. Si le pouvoir réglementaire devait être récupéré ultérieurement par le CNP, la CSP aurait une autre issue : la jurisprudence. Tantôt par les circulaires interprétatives, tantôt par la jurispru-

de « référence » afin d'échapper à une confrontation avec le pouvoir législatif ; d'autre part, ses arrêts directifs auraient une force de loi en pratique en raison de son autorité suprême en matière de jugement.

38. Wei ZHOU, « La réalisation de l'interprétation de droit par les arrêts, contribution au développement des arrêts directifs de la CSP », (2009) 2 *Droit contemporain (dangdai faxue)* 139.
39. Les juridictions ont la faculté de recommander les arrêts typiques en matière pénale, civile ou économique au Comité de rédaction du journal officiel de la CSP. Seul le Comité judiciaire de la CSP procède à la sélection définitive. Daoying ZHOU, « Développer la fonction du comité judiciaire de la CSP », (2006) 7 *Jugement chinois (zhongguo shenpan)* 22.
40. *Règlement relatif aux arrêts directifs*, publié et entré en vigueur le 26 novembre 2010, art. 7, [En ligne], [www.dffy.com/faguixiazai/ssf/201101/20110111194457.htm] (16 janvier 2012).
41. Shichun LI, « Une autre idée des arrêts directifs : l'application limitée de l'activisme judiciaire en Chine », (2009) 6 *Droit (faxue)* 59.

dence, l'équité est toujours incluse dans la source du droit. En même temps, la CSP contrôle l'équité dans la fonction de juge par les arrêts directifs.

2 L'équité et le pouvoir «modérateur» du juge : l'équité au cœur de l'équilibre des intérêts

En Chine, l'autorité judiciaire ne veut pas se résigner à un rôle de simple «serviteur» d'autres pouvoirs et elle intensifie désormais sa lutte pour l'expansion du pouvoir judiciaire. Par exemple, elle sépare une part du pouvoir législatif du CPN dans les circulaires interprétatives ; elle veut établir un système d'arrêts directifs afin de réaliser l'application uniforme des normes juridiques ; elle encourage les juges à étendre leur pouvoir «modérateur» sous le slogan de l'«activisme judiciaire» (*sifa nengdong*). Le pouvoir modérateur «a pour objet d'atténuer la rigueur d'une règle de droit, dans son application à un cas particulier⁴²» : c'est «une intervention éclair dans le jeu normal de la règle de droit⁴³», ayant pour objet de «faire fléchir la rigueur d'un principe dans les cas où l'application pure et simple du principe aurait des conséquences excessives⁴⁴».

L'«activisme judiciaire», énoncé par M. Shengjun Wang, premier président de la CSP en 2009, est la nouvelle direction de la réforme judiciaire. La définition initiale de cette expression est autant simple que politique : par le développement de son activisme, «la justice sert de sa propre initiative à l'intérêt général et au développement économique et social⁴⁵». Cette définition laisse voir des préoccupations : 1) elle dit que la justice «sert de sa propre initiative», ce qui signifie une violation de la nature «passive» du pouvoir judiciaire puisque son intervention au litige doit être basé sur un recours des justiciables ; 2) elle dit que la justice sert au «développement économique et social», ce qui marque le lien trop intime entre la justice et la politique. Des inquiétudes sont nées quant à l'avenir de la réforme judiciaire : ainsi, la justice pourrait revenir à l'état pré-réforme, dans lequel la juridiction prend l'initiative, comme les institutions administratives, d'accomplir les tâches d'ordre politique, économique ou social et où le pouvoir judiciaire redevient une part intégrante du gouvernement.

42. Gérard CORNU, *Cours de droit civil. L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Cours de droit, 1971, p. 232.

43. *Id.*, p. 235.

44. *Id.*, p. 236.

45. Chunying SUN et Bing ZHOU, «Un discours du premier président de la CSP relatif à l'activisme judiciaire», [En ligne], [www.legaldaily.com.cn/leader/content/2010-05/06/content_2134078.htm?node=20950] (26 juillet 2010).

La doctrine chinoise a redéfini la notion d'«activisme judiciaire⁴⁶» par des études comparatives concernant les notions de *Judicial activism* et de *Judicial restraint* en droit américain. Le *Judicial activism*, selon le *Black Law Dictionary*, est «une philosophie de prise de décision judiciaire par laquelle les juges se permettent leurs vues personnelles sur la politique publique pour, entre autres facteurs, guider leurs décisions⁴⁷». Le *Judicial restraint* impose que le juge écarte la loi, à condition que celle-ci soit manifestement contraire à la Constitution. Pour sa part, la doctrine chinoise admet une certaine extension du pouvoir judiciaire, à condition de ne pas déroger aux principes du droit. En considérant la valeur de la justice et les principes juridiques, le juge traite raisonnablement les questions de fait et de droit du litige pour rendre une décision «équitable» au fondement de l'équilibre des intérêts.

En réponse aux réflexions de la doctrine, la CSP a conçu une définition officielle de l'activisme judiciaire et l'a diffusée dans une lettre du premier président au Forum sur l'activisme judiciaire de la juridiction populaire en 2010⁴⁸. La justice «chinoise» est considérée comme un service qui sert l'intérêt général, le peuple et la communauté; elle doit tenir compte des mesures politiques, équilibrer les intérêts, chercher la justice d'harmonie⁴⁹; elle peut prendre l'initiative de faire des études, développer les prospectives d'activités, détecter les problèmes de développement économique et social dans les activités judiciaires, proposer les recommandations judiciaires et, enfin, améliorer la politique judiciaire.

Il faut souligner les trois traits de la justice («politique», «populaire» et «juridique»), ce qui met la fonction de juge au cœur de l'équilibre des intérêts «politique, populaire et juridique». Pendant le traitement des affaires, le juge doit chercher une unité des effets juridique et social: en menant une vaste enquête sur l'état de l'affaire, il doit promouvoir l'idée

46. Sur les notions d'activisme judiciaire en Chine, cf. Jianjun YANG, «L'activisme judiciaire en Chine», (2010) 1 *Science juridique (falü kexue)* 54.

47. Bryan A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 3^e éd., St. Paul, Thomson/West, 2006, s.v. «Judicial activism», p. 391, cité par J. YANG, préc., note 46, p. 54.

48. Shengjun WANG, «Contrôler la règle judiciaire, insister sur l'activisme judiciaire, développer les travaux de la juridiction populaire», lettre adressée au Forum sur l'activisme judiciaire de la juridiction populaire en 2010, [En ligne], [www.court.gov.cn/xwzx/fyxw/zgrmfyxw/201005/t20100507_4865.htm] (16 janvier 2012).

49. L'harmonie au cœur du confucianisme est redevenue un état idéal de la société socialiste. Le PCC a proposé un slogan sur la «société d'harmonie»; ensuite, la CSP a suggéré un slogan sur la «justice d'harmonie». En matière de procédure civile, il y aurait un nouveau mode, soit le mode d'harmonie. Songyou HUANG, «Le mode d'harmonie de la procédure civile: fondement théorique et construction systématique, la transformation du mode de procédure civile», (2007) 4 *Études juridiques (faxue yanjiu)* 23.

de la justice, la valeur morale, les principes juridiques, la politique et la loi. Le juge est apte à choisir la conciliation ou la médiation pour une résolution complète du litige. Il peut aussi mobiliser l'enthousiasme des acteurs de la communauté et améliorer les modes judiciaire et extrajudiciaire de résolution des conflits, afin d'obtenir une solution harmonieuse. Enfin, il doit se conformer strictement à l'objectif législatif et à l'esprit de la loi, de même qu'au droit substantiel et processuel.

Le professeur Loïc Cadiet souligne que l'équité dans l'office du juge civil français se divise en équité « déguisée » et en équité « ostensible »⁵⁰. La première se réalise au moyen « d'une opportune interprétation du droit » ou « d'une analyse et d'une qualification sélectives des faits de l'espèce »⁵¹. La seconde est un « moyen direct », lorsque le pouvoir de statuer selon l'équité résulte des dispositions de la règle, ou un « moyen indirect », lorsque les parties en procès sont autorisées à confier au juge la mission de statuer en « amiable compositeur ». Ces moyens, à part l'amiable composition, sont appliqués largement dans l'office du juge chinois. Par exemple, dans l'article 7 d'une circulaire relative à la preuve civile en 2002, la CSP souligne que, « à défaut de dispositions spécifiques dans la loi et les circulaires interprétatives, le juge détermine la charge de la preuve selon l'équité, la bonne foi et la capacité des parties »⁵². Il est indéniable que le juge chinois introduit l'équité dans son office. Cependant, comment procède-t-il ? C'est la question au cœur de notre recherche.

À notre avis, il est difficile d'explorer systématiquement l'état de l'équité dans l'office du juge chinois, car la formation de la jurisprudence en est à ses débuts. Nous avons donc choisi d'analyser quatre causes « typiques », publiées dans les médias et connues du public, qui mettent en lumière une introduction de l'équité dans l'office du juge. Grâce à l'opinion publique, ces arrêts serviront probablement de référence importante pour des affaires similaires à venir. Après avoir exposé le rôle « délicat » de l'équité en matière de jugement (2.1) et en matière de conciliation (2.2), nous tenterons de donner des références ou des orientations au juge chinois pour faciliter sa tâche quand il introduit l'équité dans une affaire.

50. Loïc CADJET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 1998.9.87, 90-98.

51. *Id.*

52. *Règlements relatifs aux preuves civiles*, adoptés à la 1201^e réunion du Comité judiciaire de la CSP le 6 décembre 2001, publiés le 21 décembre 2001 et entrés en vigueur le 1^{er} avril 2002, [En ligne], [www.china.com.cn/chinese/PI-c/92700.htm] (16 janvier 2012).

2.1 L'équité en matière de jugement

Nous avons retenu, après une sélection prudente, trois causes typiques en matière pénale, administrative et civile pour dévoiler le rôle de l'équité dans la fonction de juge. Deux raisons ont motivé notre choix. La première est une considération procédurale. Les causes sélectionnées se rapportent à trois catégories de procédure (pénale, procédure administrative et civile) et peuvent illustrer les différentes manières procédurales privilégiées en matière de jugement. La seconde raison est une considération substantielle. Les causes en question concernent une application de droit substantiel différent concernant la fonction de juge, soit le droit pénal, le droit administratif et le droit civil. Chacune de ces branches présente son propre esprit et comporte des principes spécifiques. Nous souhaitons que l'analyse de ces trois causes puisse donner aux lecteurs une impression initiale sur l'usage de l'équité dans divers domaines du droit chinois⁵³.

2.1.1 L'arrêt *Chine c. Ting Xu*⁵⁴

Le 21 avril 2006, quand M. Ting Xu, a retiré de l'argent d'un distributeur automatique de billets, il a constaté une erreur technique : chaque fois qu'il retirait 1 000 renminbi (RMB), le distributeur ne faisait un décompte qu'à 1 RMB. M. Xu en a profité pour retirer 175 000 RMB. Il en a glissé un mot à un ami, M. Guo, qui a lui-même retiré 18 000 RMB. Deux jours après, ils n'ont pas attendu l'arrivée de l'agent bancaire pour rectifier la situation et ils ont décidé de retourner dans leur pays natal avec l'argent. Le 25 avril 2006, la banque a communiqué avec M. Xu : son geste avait été dénoncé à la police puisqu'il constituait un crime en manière pénale ; la seule restitution de l'argent n'était pas un moyen suffisant. Effarouché, M. Xu a choisi de s'enfuir. Le 22 mai 2007, il a été arrêté par la police. Le 20 novembre 2007, la Cour intermédiaire de Guangzhou a rendu sa décision : selon l'article 264 du *Code pénal*, M. Xu, qui avait commis un vol, était condamné à une peine à perpétuité⁵⁵. Un grand débat public s'est alors

53. Le thème de « l'usage de l'équité dans divers domaines du droit » n'est pas un sujet simple que l'on peut expliquer en quelques pages. Spécialement en Chine, en vertu d'un état confus du droit, d'une justice non indépendante et d'une grande disparité des magistrats, il est plus difficile d'explorer l'usage de l'équité dans divers domaines du droit. Ce sera une vaste tâche à long terme.

54. *Chine c. Ting Xu*, Cour intermédiaire de Guangzhou, 2^e Chambre pénale, n^o 196, arrêt pénal en premier ressort, 20 novembre 2007.

55. Un autre criminel, M. Guo, qui s'est dénoncé à la police et a restitué de l'argent volé, a été condamné à un an d'emprisonnement.

ouvert sur la « légitimité » de la décision : l'accusé avait-il commis un crime ou seulement un enrichissement sans cause en matière civile⁵⁶ ?

L'accusé a fait appel du jugement à la Cour supérieure de Guangdong ; celle-ci a annulé la décision et a renvoyé l'affaire. En mars 2008, la Cour intermédiaire de Guangzhou a rendu une nouvelle décision : elle reconfirme que l'accusé avait commis un crime de vol, mais lui imposait seulement cinq ans d'emprisonnement⁵⁷. C'est aussi le fond de la décision rendue en dernier ressort. Ainsi, la même cour et le même acte ont valu à M. Xu des pénalités très différentes : une peine de cinq ans d'emprisonnement contre une peine à perpétuité.

Selon l'article 264 du *Code pénal*, le vol contre l'établissement financier impliquant un montant « énorme » est puni d'une peine à perpétuité ou d'une peine capitale. Le circulaire, *Règlement relatif à la détermination du montant du crime de vol*⁵⁸, édicté conjointement par la CSP, le Parquet suprême et le ministère de la Police en 1998, a déterminé qu'un montant variant de 30 000 à 100 000 RMB était un point de départ du montant « énorme ». De ce fait, le montant de 170 000 RMB « volé » est un montant « énorme » ; donc, M. Xu est puni d'une peine à perpétuité selon la loi. Toutefois, la pénalité n'est pas une sanction *équitable* parce que le montant fixé dans la circulaire ne suit pas l'évolution de la société. En 1997, le salaire

56. Xiaohong YANG, « Les juristes critiquent l'abus de la banque sur le pouvoir public », *Journal Nanfang dushi*, [En ligne], [news.sina.com.cn/o/2007-12-24/031013131266s.shtml] (16 janvier 2012). Songlin Xu, professeur de droit, dit ceci :

Le crime de vol est un acte « secret » commis par une partie ; dans cette affaire, la partie utilise sa carte bancaire de salaire et sa propre identité et obtient l'argent dans un lieu public ; l'acte de la partie n'est pas un acte « secret » qui est un attribut du crime de vol. Personnellement, je crois que l'acte de la partie est ici un enrichissement sans cause en matière civile.

Zhang Gu, professeur de droit, énonce ce qui suit :

Le distributeur peut distinguer l'identité de l'accusé, mais la banque ne sait pas tous les actes de retrait en même temps. Le distributeur est une machine, pas une personne. Quand l'accusé retire de l'argent du distributeur, seul le distributeur « sait » son acte, et l'acte de l'accusé a ainsi un attribut « secret » du crime de vol. La première fois que l'accusé a retiré de l'argent indûment à cause d'une erreur technique du distributeur, c'est un enrichissement sans cause en matière civile. Ensuite, l'accusé a su l'erreur du distributeur et il en a profité pour retirer alors un grand montant d'argent : ses actes ne se limitent pas à la matière civile et ils constituent un crime de vol.

57. *Chine c. Ting Xu*, Cour intermédiaire de Guangzhou, 2^e Chambre pénale, n^o 2, arrêt pénal sur l'affaire renvoyée, 31 mars 2008, [En ligne], [www.dffy.com/sifashijian/ws/200804/20080402082917.htm] (16 janvier 2012).

58. *Règlement relatif à la détermination du montant du crime de vol*, adopté à la 942^e réunion du Comité judiciaire de la CSP le 4 novembre 1997, publié le 10 mars 1998 et entré en vigueur le 17 mars 1998, [En ligne], [www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=374] (16 janvier 2012).

annuel moyen en Chine était de 6 470 RMB ; en 2006, il avait augmenté à 21 001 RMB, soit trois fois plus. Durant les années 90, 100 000 RMB étaient un montant énorme, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui. La peine à perpétuité est donc une grande injustice pour un vol de 170 000 RMB.

Les juges ont introduit l'équité dans la décision subséquente en alléguant l'article 63 (2) du *Code pénal* : « En considérant l'état spécial de l'affaire, le juge a la faculté de punir le criminel d'une peine commuable à défaut d'incidents légaux, un accord de la CSP étant obligatoire⁵⁹. » Ils ont relevé des éléments relatifs à la peine commuable dans la motivation de jugement : l'intention de M. Xu dans le cas considéré est manifestement moins mauvaise que l'intention dans le cas d'un vol prémédité et préparatoire ; l'acte commis par M. Xu, soit un retrait d'un distributeur, est moins mauvais que les autres actes de vol qui ont habituellement un attribut destructif. L'article 63 du *Code pénal* a donné un fondement légal à la réalisation de l'équité dans la décision judiciaire, laquelle a obtenu un soutien de la juridiction supérieure. Quoique des justiciables aient été déçus⁶⁰, la décision irrévocable qui a donné lieu à une grande réduction de la peine n'a pas provoqué de controverse majeure. Cela atteste le succès de l'introduction de l'équité dans la fonction de juge.

À vrai dire, l'affaire relève du défaut des circulaires interprétatives qui sont parfois maladroites devant l'évolution sociale en vertu de leur nature quasi législative. Le législateur ne précise pas le montant « énorme » de l'article 264 du *Code pénal* et il en laisse la détermination au juge. C'est ce dernier qui précise quel montant est énorme en considérant l'état de l'affaire. Toutefois, une telle liberté donnée au juge est mise en doute par les justiciables qui craignent qu'une grande injustice ne se produise dans différentes décisions sur le même genre d'affaires. La CSP précise alors le montant énorme dans la circulaire. Cependant, l'évolution sociale est si rapide que le montant fixé doit être modifié fréquemment. Bien que la circulaire soit changée plus souvent que la loi, elle ne rattrape pas la vitesse de l'évolution à tout coup. La situation crée donc un dilemme. Et,

59. *Code pénal de la République de Chine (xingfa)*, préc., note 23, révisé à la 5^e session du 8^e CNP le 14 mars 1997, promulgué par l'ordre n° 83 du président de la République populaire de Chine le 14 mars 1997 et entré en vigueur le 1^{er} octobre 1997, art. 63 (2), [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/17/content_5004680.htm] (16 janvier 2012), (ci-après « *Code pénal* »).

60. Au total, 10 559 personnes ont participé à l'enquête du site Web de Sina : « Acceptez-vous la décision de l'affaire *Xu Ting* ? » Ainsi, 82,6 p. 100 disent non ; ces personnes pensent que M. Xu serait innocent ou qu'il devrait être puni d'une peine de moins de 5 ans d'emprisonnement, 16,6 p. 100 disent oui : une peine de 5 ans d'emprisonnement leur semble un traitement avec clémence. Les autres estiment que cela ne les regarde pas. SINA, [En ligne], [survey.news.sina.com.cn/voterresult.php?pid=22917] (26 juillet 2010).

le meilleur moyen de le régler est de régulariser l'introduction de l'équité dans la liberté d'agir du juge par la « jurisprudence ».

2.1.2 L'arrêt *Yanwen Liu c. Université de Beijing et son Comité d'évaluation des diplômés*⁶¹

En décembre 1995, M. Yanwen Liu, qui était alors doctorant en électronique à l'Université de Beijing, a déposé sa thèse pour obtenir son diplôme. Le 10 janvier 1996, M. Liu a réussi la soutenance avec l'accord unanime des sept membres du jury. Le 19 janvier 1996, le Comité d'évaluation des diplômés de la Faculté a décidé de délivrer le diplôme de docteur à M. Liu (13 votes, soit 12 pour et 1 contre). Le 24 janvier 1996, le Comité d'évaluation des diplômés de l'Université a refusé de lui délivrer le diplôme de docteur. Au total, 16 membres sur 21 ont voté : 6 pour, 7 contre, 3 abstentions. La lettre que M. Liu a reçue indiquait toutefois 6 pour et 10 contre. M. Liu a employé tous les moyens de recours à sa disposition, mais sans résultat. En septembre 1999, il a intenté un procès administratif contre l'Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômés. Les débats contradictoires ont eu lieu entre les parties sur la qualification du défendeur, la prescription, les conditions et la procédure de délivrance du diplôme ainsi que le bien-fondé de la décision de refus. En décembre 1999, une décision favorable à la prestation de M. Liu est rendue en premier ressort : elle annule la décision du défendeur et ordonne à celui-ci de démarrer une nouvelle procédure afin de délivrer le diplôme de docteur au demandeur.

L'équité se réalise dans cette affaire d'une manière assez large. D'abord, sur l'acceptation de la demande, le juge reconnaît la qualification du défendeur et confirme son acte comme un objet du procès administratif. M. Liu dit qu'il a eu recours à la justice en 1997 et que sa demande n'a pas été reçue par le tribunal qui considérait que l'affaire était en dehors de sa compétence. Ce tribunal est le même qui a reçu sa demande deux ans après, soit le Tribunal de Haidian. De 1997 à 1999, aucun fondement légal n'a

61. *Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômés*, Tribunal de Haidian (Beijing), chambre administrative, n° 103, jugement administratif en premier ressort, 27 décembre 1999, [En ligne], [www.law-walker.net/detail.asp?id=4099] (16 janvier 2012).

changé, tel le *Code de procédure administrative*⁶², la *Loi sur l'éducation*⁶³ ou le *Décret relatif au diplôme*⁶⁴. Pourquoi la même juridiction a-t-elle alors rendu deux décisions différentes ? C'est le juge qui fait justement une interprétation différente de la même loi en s'appuyant sur l'idée de l'équité. À noter que la procédure administrative se développe lentement en Chine en vertu de la prépondérance du pouvoir administratif. En pratique, l'organisation administrative est complexe ; certaines organisations n'ont pas le titre d'institution administrative, mais elles ont une fonction administrative. La juridiction se dirige doucement vers l'extension de sa compétence en matière administrative. Quant au procès administratif introduit par les étudiants contre l'Université, la juridiction l'a inclus dans sa compétence à la fin du xx^e siècle. Dans l'affaire *Yong Tian c. Université de science et technologie de Beijing*, les juges du Tribunal de Haidian expliquent ainsi leur décision :

Bien que des organisations et des associations n'aient pas une qualification manifeste de l'institution administrative, la loi les autorise à exécuter des pouvoirs administratifs. Entre elles et les parties, c'est plus une relation spéciale en matière administrative qu'une relation égale en matière civile. Les litiges nés de la procédure administrative ne sont pas les litiges civils, mais les litiges administratifs⁶⁵.

De plus, sur la prescription de la demande, le juge fait aussi une interprétation souple en s'appuyant sur l'idée de l'équité. Le défendeur a relevé un moyen de droit — la prescription : le litige étant né en 1996, l'action commise trois ans après est donc en dehors de la prescription. En pratique, la prescription est une question fréquente dans l'introduction du procès administratif en raison d'une bureaucratisation excessive. Les institutions ou les organisations ne donnent pas une réponse écrite ou claire au demandeur ; sans l'attestation de refus, l'administré ne peut faire la preuve de l'interruption de la prescription. En considérant l'injustice découlant de l'inégalité entre l'administration et l'administré, les juges appliquent l'équité dans l'affaire : « Le demandeur a fait un appel au défendeur après

62. *Code de procédure administrative de la République populaire de Chine*, adopté à la 2^e session du 7^e CNP le 4 avril 1989, promulgué par l'ordre n^o 16 du président de la République populaire de Chine le 4 avril 1989 et entré en vigueur le 1^{er} octobre 1990 (ci-après « *Code de procédure administrative* »).

63. *Loi sur l'éducation de la République populaire de Chine*, adoptée à la 3^e session du 8^e CNP le 18 mars 1995, promulguée par l'ordre n^o 16 du président de la République populaire de Chine le 18 mars 1995 et entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995.

64. *Décret relatif au diplôme*, adopté par le Conseil des affaires d'État le 20 mai 1981 et entré en vigueur le 20 mai 1981, [En ligne], [www.moe.edu.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/moe_620/200409/3133.html] (16 janvier 2012).

65. *Yong Tian c. Université de science et technologie de Beijing*, Journal officiel de la CSP, 1999, n^o 4, p. 141, [En ligne], [www.chinacourt.org/public/detail.php?id=92862] (16 janvier 2012).

la décision de refus ; le défendeur lui a dit d'attendre la réponse. Cependant, le défendeur n'a pas donné une réponse claire jusqu'à que le demandeur introduise un procès. L'action du demandeur n'est pas donc en dehors de la prescription⁶⁶. »

Enfin, le juge crée une règle de « procédure équitable » pour la délivrance des diplômes en s'attribuant manifestement un rôle de législateur⁶⁷. Dans la décision, on écrit : « Quand le Comité d'évaluation des diplômes de l'Université (le défendeur) rend une décision de refus relative au droit du demandeur, le Comité a l'obligation d'informer expressément le demandeur du droit de défense et le Comité doit considérer les avis de défense avant de rendre sa décision. Une fois que la décision est rendue, le Comité doit la signer ou l'annoncer directement au demandeur⁶⁸. » Lorsque le défendeur ne respecte pas la règle de procédure équitable, sa décision est jugée illégale et donc annulée.

Si le fond du jugement précité devient définitif, ce sera un grand succès de l'équité dans la fonction de juge. Toutefois, si le jugement est annulé par la Cour d'appel, l'affaire sera renvoyée au motif que la prescription n'a pas été identifiée⁶⁹. Pour sa part, le Tribunal de Haidian a rejugé l'affaire et le point clé se concentre sur la question de la prescription⁷⁰.

En l'espèce, le demandeur allègue une nouvelle circulaire de la CSP relative à l'application du *Code de procédure administrative* parue en 2000 afin de favoriser sa demande :

Quand les citoyens, les personnes morales ou d'autres organisations ne savent pas le fond des actes administratifs, la prescription est comptée à partir du jour où ils savent ou ils auraient dû savoir les actes. Pour les actes liés à l'immobilier, la prescription s'étend sur 20 ans à partir de la naissance de l'acte administratif. Pour les autres, la prescription s'étend sur 5 ans à partir de la naissance de l'acte⁷¹.

M. Liu, de son côté, doit profiter de la prescription de 5 ans. En outre, le défendeur n'a pas informé le demandeur que « la soutenance de sa thèse

66. Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômes, préc., note 61.

67. Kui SHEN, « L'évolution du système et le choix du juge en matière réglementaire », (2000) 3 *Commentaire juridique de l'Université de Beijing (beida falü pinglun)* 159, 190.

68. Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômes, préc., note 61.

69. Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômes, 1^{re} Cour intermédiaire de Beijing, chambre administrative, n° 43, arrêt administratif, 30 avril 2000.

70. Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômes, Tribunal de Haidian (Beijing), chambre administrative, n° 157, arrêt administratif, 15 décembre 2000.

71. *Interprétations relatives au Code de procédure administrative*, préc., note 31, art. 42.

n'était pas réussie », il n'a fourni aucun mot sur la raison de son refus et le résultat du vote : ainsi, il n'est pas réputé avoir divulgué le contenu intégral d'un acte administratif. De surcroît, l'annonce du défendeur est fautive. Le résultat du vote du Comité est de 6 voix pour, 7 voix contre et 3 abstentions. Après avoir appris le refus, le demandeur a fait appel auprès de la partie défenderesse, la réponse obtenue étant qu'il faudrait des discussions, mais il n'y a eu aucune suite. En janvier 1997, le demandeur a saisi le tribunal, mais sa demande a été refusée en raison d'une connaissance différente de la juridiction en vertu du *Code de procédure administrative* à ce moment-là : la perte de la prescription n'est donc pas une faute du demandeur dans ce cas précis. Selon l'article 40 du *Code de procédure administrative*, les citoyens, les personnes morales ou d'autres organisations ont la faculté de demander une prolongation dans un délai de 10 jours à partir de la disparition des obstacles ; le délai légal de la prescription peut être dépassé en cas de force majeure et dans d'autres circonstances particulières. Dans cette affaire, la prescription est perdue par la suite à cause de raisons qui ne relèvent pas du demandeur : il est donc tout à fait raisonnable et légitime que le tribunal lui accorde un recours judiciaire.

La partie défenderesse a donné ses réfutations à l'encontre des prétentions du demandeur. D'abord, selon son article 98, la circulaire parue en 2000 et relevée par le demandeur « est en effet à la date de la publication⁷² » et n'est pas rétroactive dans le cas d'un litige né en 1996. De plus, dans le certificat de conclusion remis au demandeur, on a écrit clairement que, « comme la thèse ne réussit pas l'étape de la soutenance et ne répond pas aux exigences d'obtention du diplôme », l'Université ne délivrera pas un diplôme mais un certificat de conclusion au demandeur. La prescription est comptée à partir du jour où le demandeur apprend le refus de délivrance du diplôme, au plus tard le 1^{er} avril 1996 ; ainsi, la prescription de trois mois est expirée. Enfin, le demandeur dit qu'il a négocié plusieurs fois avec le défendeur et qu'il a introduit un recours judiciaire en 1997, mais il ne présente aucun élément de preuve. Il n'y a pas de causes légitimes sur la suspension de la prescription. Comme le demandeur ne soumet pas un recours judiciaire dans le temps de la prescription, il perd son droit de demande et le tribunal doit refuser sa demande. Les avis du défendeur sont donc entendus par les juges et la demande de M. Liu est rejetée au motif que la prescription est passée ; c'est également le fond de l'arrêt en dernier ressort⁷³.

72. *Id.*

73. *Yanwen Liu c. Université de Beijing et son comité d'évaluation des diplômes*, 1^{re} Cour intermédiaire de Beijing, chambre administrative, n° 50, arrêt administratif, 30 mars 2001.

La prescription est ainsi mise au centre de l'attention dans l'évolution du modèle de procédure et l'intégration de l'équité procédurale. Le tribunal préfère rejeter la demande en alléguant la prescription. Cela est parfois contraire à la réalité voulant que les justiciables sont habitués à chercher des moyens extrajudiciaires de résolution des conflits, surtout en matière administrative, en raison du fait que le pouvoir judiciaire est subordonné au pouvoir administratif. Ces organisations souvent ne donnent aucune réponse et laissent le recours en suspens. Le temps s'écoule durant l'attente. Jusqu'à ce que le demandeur dépose un recours judiciaire et, à ce moment-là, la prescription est déjà passée. Dans l'affaire de M. Liu, nous pensons que le juge peut introduire l'équité dans le calcul de la prescription, parce qu'en réalité l'Université devient le défendeur du procès administratif, ce qui est une chose récente. Les juges du Tribunal de Haidian ont aussi réalisé l'équité sur ce point. Toutefois, à défaut du soutien de la juridiction supérieure, ces juges ont suspendu l'introduction de l'équité. Alors, nous pouvons dire ici que l'équité échoue concernant la question de la prescription.

2.1.3 L'arrêt *Xueying Zhang c. Lunfang Jiang*⁷⁴

Dans un autre cas que nous examinerons ci-dessous, le litige est né d'un testament authentique établi par M. Yongbing Huang, mari de la défenderesse. La demanderesse, M^{lle} Zhang, est la compagne de M. Huang. Celui-ci a épousé M^{me} Jiang en 1963 puis il l'a quittée en 1996 pour cohabiter avec M^{lle} Zhang. Au début de 2001, M. Huang est hospitalisé à cause d'un cancer. Le 18 avril 2001, il rédige son testament dans lequel il donne son héritage à M^{lle} Zhang. Le 20 avril 2001, le testament est enregistré devant le notaire en vue d'assurer son authenticité. Le 22 avril 2001, M. Huang décède. Par la suite, un procès est introduit par M^{lle} Zhang contre M^{me} Jiang qui a refusé de diviser l'héritage selon le testament. Il faut noter que le couple Huang n'a pas divorcé.

74. *Xueying Zhang c. Lunfang Jiang*, Tribunal de Nanxi (Luzhou, Sichuan), chambre civile, n° 561, jugement civil, 11 octobre 2001, [En ligne], [www.hi.baidu.com/jurisprudence_nju/blog/item/6ced8fe9b59daa3cb90e2dfa.html] (16 janvier 2012); Cour intermédiaire de Luzhou (Sichuan), chambre civile, n° 621, jugement civil en dernier ressort, 28 décembre 2001, [En ligne], [www.bdwm.net/g/956/8160/%D5%C5%D1%A7%D3%A2%CB%DF%BD%AF%C2%D7%B7%BC%D2%C5%D4%F9%BE%C0%B7%D7%B0%B8%B6%FE%C9%F3%C5%D0%BE%F6%CA%E9.pdf] (16 janvier 2012).

Si l'affaire n'est pas exposée au public, les juges rendent simplement leur décision : le testament est en exécution d'après la *Loi sur la succession*⁷⁵ puisqu'il est établi volontairement par son auteur ; il faut diviser les biens indiqués au testament selon la *Loi sur le mariage*⁷⁶, puisque l'auteur n'a que le droit de disposer de sa part dans les biens communs du mariage. La situation devient plus complexe lorsque l'affaire est exposée au public. L'opinion publique donne son total soutien à M^{me} Jiang (la défenderesse) parce qu'elle est l'épouse légale, tandis que M^{lle} Zhang (la demanderesse) est considérée comme une femme méchante qui a détruit le mariage d'autres personnes. Pour leur part, les juges n'adoptent pas une position antagoniste en face de l'opinion publique. Ils introduisent plutôt l'équité en alléguant la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs afin d'avoir une coordination entre la loi et l'opinion publique. Dans la décision en premier ressort, le motif est ainsi écrit :

Le legs est un acte juridique selon lequel les parties ont la volonté autonome de réaliser les droits civils et de disposer des intérêts. Une fois la volonté des parties née, l'acte est mis en place. Toutefois, le disposant ne peut pas violer la loi quand il exerce le droit de léguer. Selon l'article 7 des Principes généraux de droit civil, « [les] actes civils ne dérogent pas à l'ordre public et à la morale générale ; à défaut, ils sont nuls ». Dans cette affaire, le disposant, M. Huang, et la défenderesse, M^{me} Jiang, sont un couple marié depuis longtemps. Tant du point de vue moral que de la *Loi sur le mariage*, le couple doit s'aider et se respecter réciproquement, il doit être fidèle mutuellement. Le disposant a cohabité illégalement avec la demanderesse, M^{lle} Zhang, depuis 1996, et ce, à long terme ; cela déroge à la *Loi sur le mariage*, qui comprend l'article 2 sur le mariage monogamique, l'article 3 selon lequel « la personne mariée est interdite de cohabitation avec une autre personne » et l'article 4 sur les obligations mutuelles de loyauté et de respect entre les conjoints. Au fondement de cette cohabitation illégale, l'acte de M. Huang, qui a décidé de donner son héritage et les biens de la défenderesse à M^{lle} Zhang, est un acte qui déroge à l'ordre public, à la morale sociale et à la loi. La défenderesse, M^{me} Jiang, est fidèle à la relation conjugale : elle prend soin du disposant pendant qu'il se trouve à l'hôpital jusqu'à sa mort ; elle remplit bien les obligations de l'épouse. Mais M. Huang ignore tout ce que sa femme fait, viole la loi et la morale sociale, prive M^{me} Jiang de ses intérêts et lui cause une douleur mentale. Il devait donner des dommages-intérêts à sa femme dans la segmentation

75. *Loi sur la succession de la République populaire de Chine (jicheng fa)*, adoptée à la 3^e session du 6^e CNP le 10 avril 1985, promulguée par l'ordre n^o 24 du président de la République populaire de Chine le 10 avril 1985 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5004457.htm] (16 janvier 2012), (ci-après «*Loi sur la succession*»).

76. *Loi sur le mariage de la République populaire de Chine (hunyin fa)*, adoptée à la 3^e session du 5^e CNP et promulguée par l'ordre n^o 9 du président du CNP le 10 septembre 1980, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981 ; elle est révisée à la 21^e réunion du Comité permanent du 9^e CNP le 28 avril 2001, [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-05/30/content_5136774.htm] (16 janvier 2012), (ci-après «*Loi sur le mariage*»).

de la copropriété ; toutefois, il a donné les biens à M^{lle} Zhang avec qui il cohabite illégalement : son acte entraîne donc un préjudice notable au droit de sa femme d'hériter des biens, et il viole l'ordre public et les bonnes mœurs. La demanderesse sait bien que M. Huang est marié, mais elle cohabite avec lui : son acte est interdit par la loi et il n'est pas permis par la morale sociale et l'éthique, il viole aussi le droit de la défenderesse, ses prétentions sont donc rejetées par la Cour⁷⁷.

M^{lle} Zhang a fait appel et cette demande aussi a été rejetée par la juridiction supérieure. La décision judiciaire a reçu l'assentiment généralisé de la population, parce que, dans la guerre qui consiste à « protéger le mariage », la femme mariée a obtenu une victoire. Opposée à l'opinion publique, la doctrine chinoise adresse majoritairement des critiques à cette décision : elle estime que les juges trompent la délimitation entre le droit et la morale. « Si une personne reçoit des sanctions venant de la loi, il faut lui donner une raison de droit, pas au titre de la morale⁷⁸. » La *Loi sur la succession* prévoit la forme, le contenu, les conditions de l'héritage et le legs ; la *Loi sur le mariage* prévoit le traitement de la cohabitation hors mariage et la punition des auteurs ; les *Principes généraux du Code civil*⁷⁹ prévoient la nullité de l'acte civil. Ces trois lois ne disent aucun mot sur l'interdiction de léguer les biens à la personne avec qui l'on cohabite. Donc, l'acte du disposant n'est pas une omission de la loi. Le juge doit respecter la priorité de la *lex specialis* et la règle selon laquelle un acte est illégal seulement lorsqu'il est interdit par une loi. On doit respecter la volonté du disposant : on ne peut pas demander sa motivation et sa fin. La liberté de tester ne se limite que dans une portée prévue par la loi. Au-delà de cet aspect, l'acte de léguer est permis même s'il est contraire à des principes fondamentaux de droit : par exemple, lorsque le testament ne donne les biens qu'aux fils, pas aux filles, on ne peut pas nier son effet selon le principe de l'égalité entre hommes et femmes.

Bien entendu, les juges connaissent aussi les positions de la doctrine ; toutefois, ils savent qu'une fois la décision favorable à la demanderesse rendue, ils jettent de l'huile sur le feu aux yeux de la population qui subit aussi l'influence des médias. Les juges cherchent donc des facteurs équitables, telle la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs, afin de faire un compromis entre la loi et la morale. De la part de la doctrine, il est

77. Xueying Zhang c. Lunfang Jiang, préc., note 74.

78. Jiang LIU, « Ce ne sont pas les affaires de la morale », *Weekends de la South (nanfang zhoumo)*, 15 novembre 2001 ; Zibing DENG, « Droits de la personne malhonnête », *Weekends de la South (nanfang zhoumo)*, 15 novembre 2001.

79. *Principes généraux du droit civil (minfa tongze)*, adoptés à la 4^e session du 6^e CNP le 12 avril 1986, promulgués par l'ordre n° 37 du président de la République populaire de Chine le 12 avril 1986 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1987, [En ligne], [www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5004470.htm] (16 janvier 2012).

difficile de prétendre au succès de l'équité dans cette affaire ; mais du côté de l'opinion publique, l'équité a obtenu une victoire ici. D'un point de vue de femme mariée, nous applaudissons aussi la décision rendue, mais, d'un point de vue de juriste, nous hésitons à nous réjouir.

Rappelons les faits : le disposant M. Huang, a quitté sa femme en 1996 ; il y a donc plus de 5 ans qu'il cohabite avec M^{lle} Zhang. La femme de M. Huang, M^{me} Jiang, devait être au courant de la cohabitation. Malgré que les deux ne divorcent pas selon la procédure légale, leur mariage est déjà mort en réalité. Dans la décision judiciaire, on écrit que M. Huang a été hospitalisé à cause d'un cancer et que sa femme a pris soin de lui. On pourrait imaginer que, si M. Huang aimait encore sa femme, il serait ému par les actes de sa femme et qu'il ne ferait pas un testament la déshéritant devant le notaire. La population pense que, en raison de sa décision, M. Huang se montre ingrat. Par ailleurs, on pourrait plutôt déduire que M. Huang a trouvé son amour avant la mort, soit M^{lle} Zhang. Il a voulu lui laisser des biens. Cependant, le juge a dit non au désir de M. Huang. Si ce dernier apprenait ce résultat, il serait déçu, même au-delà de sa mort. Ensuite, M^{lle} Zhang a introduit un autre procès au titre de son fils : elle prétendait que, M. Huang étant le père de son fils, il faudrait donc diviser une part nécessaire d'héritage pour son fils mineur. Cette demande a aussi été rejetée par la juridiction à défaut d'avoir obtenu l'acte de naissance dudit fils et la preuve d'ADN⁸⁰.

2.2 L'équité en matière de conciliation

Le professeur Cadiet relève l'importance de trouver un « vêtement juridique » pour la réalisation sécurisée de l'équité dans la fonction de juge :

Au lieu de descendre de la règle générale vers la décision particulière, ce qui correspond au syllogisme classique qu'exprime la structure du jugement, le juge commence par arrêter la solution qui lui paraît conforme à l'équité, celle qui lui paraît « humainement désirable » selon la belle expression du doyen Carbonnier, puis il s'efforce de remonter jusqu'à une règle de droit afin de déguiser l'équité sous un vêtement juridique qui donne au jugement l'apparence d'une décision de justice rendue selon les règles de droit⁸¹.

Si ce « vêtement juridique » n'est pas trouvé, c'est mieux que l'équité se réalise d'une autre manière, soit par la conciliation judiciaire.

80. M. Huang est mort et il n'a aucun enfant issu de son mariage, donc on ne peut faire un test d'ADN pour l'expertise.

81. L. CADJET, préc., note 50, 91 et 92.

Quand on parle de l'office du juge chinois, il faut noter la mission de conciliation ou de médiation⁸². La conciliation et la fonction qui consiste à juger sont deux missions du juge chinois, la première étant plus importante, autant par le passé que dans l'avenir ; le juge chinois laisse voir une prédilection à la conciliation⁸³. Rappelons que la conciliation judiciaire est un mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits par lequel des parties, avec ou sans l'aide du juge ou d'un autre tiers qui a leur confiance, dans le contexte de toute instance judiciaire, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de parvenir à une solution amiable du différend qui les oppose. En matière de conciliation, l'équité est « moins arbitraire qu'arbitrale⁸⁴ » parce qu'elle est atteinte selon le consentement des parties dans la résolution des litiges. L'accord de conciliation est donc « une solution d'équilibre, proportionnée aux intérêts en cause que le juge a vocation à peser et soupeser⁸⁵ ».

Aujourd'hui, la doctrine occidentale a abandonné certaines idées sur la seconde justice apportée par la conciliation en vertu des avantages de cette dernière. Un jugement *noir ou blanc* est parfois moins bien qu'un accord *gris* ; un bon arrangement étant mieux qu'un mauvais jugement. Cette fonction de la conciliation est toujours connue du juge chinois. Toutefois, la conciliation en Chine a une autre fonction en vertu de la situation particulière de la justice : aider le juge à trouver un meilleur moyen de sortir du dilemme, comme l'illustre l'exemple suivant.

2.2.1 L'arrêt *Shoulun Xu c. Yu Peng*⁸⁶

Le litige est né d'un accident à une station d'autobus. Le 20 novembre 2006, M^{me} Xu (60 ans) tombe par terre dans une station d'autobus. Ses parents et M. Peng l'accompagnent à l'hôpital. Le docteur diagnostique qu'il faut changer la tête artificielle rompue du fémur de M^{me} Xu. L'opération coûte cher, soit environ 100 000 RMB. Un litige est introduit par M^{me} Xu contre M. Peng. M^{me} Xu prétend que c'est M. Peng qui l'a heurtée et que ce dernier doit payer le coût de l'opération. M. Peng se défend : il ne l'a pas heurtée, il est seulement un passager qui a vu M^{me} Xu tomber par

82. Quant aux différentes nuances entre la conciliation et la médiation, cf. J. ZHOU, préc., note 9, p. 159-162.

83. *Id.*, p. 41-128.

84. L. CADIET, préc., note 50, 102.

85. *Id.*

86. *Shoulun Xu c. Yu Peng*, Tribunal de Gulou (Nanjing), chambre civile, n° 212, jugement civil, 3 septembre 2007, [En ligne], [www.dffy.com/sifashijian/ws/200709/20070910142637.htm] (16 janvier 2012).

terre ; cela lui a fait plaisir de l'aider en attendant l'arrivée de ses parents et pour se rendre à l'hôpital, il a même payé d'avance une somme de 200 RMB.

Le noeud du litige est le suivant : M. Peng a-t-il heurté M^{me} Xu ? Les preuves produites à l'instance ne distinguent pas clairement les responsabilités des parties dans l'accident. M. Peng s'appuie sur le témoignage de M. Chen, un autre passager, qui témoigne que M^{me} Xu s'est relevée avec l'aide de M. Peng. Toutefois, M. Chen n'a pas vu l'accident se produire et il ne peut identifier son auteur. À défaut de la preuve directe, le juge a fait une présomption audacieuse selon l'article 9 de la circulaire de la CSP relative à la preuve civile en 2002 : « sauf que la partie adverse produit la preuve contraire, la partie ne prend pas la charge de prouver des faits déduits de la règle de droit, ou des faits connus, et des règles générales de la vie quotidienne⁸⁷ ».

Par des analyses sur la règle générale de la vie quotidienne, le juge présume un fait vraisemblable, à savoir que les parties se soient heurtées :

Il est habituel de discerner la source de la force et l'auteur de l'accident quand nous sommes heurtés par une force extérieure. Si l'auteur s'enfuit, la première action de la victime est d'appeler au secours et de recourir à l'aide d'autres personnes. Si cet accident se produit rapidement dans une place publique, soit la station d'autobus où la population est immobile, et au matin où la vue est bonne, l'auteur ne peut pas s'enfuir facilement. Le défendeur, M. Peng, est le premier qui descend du bus, selon son témoignage : il est vraisemblablement l'auteur de l'accident, soit celui qui a heurté M^{me} Xu. Si M. Peng s'était fait courageusement un plaisir d'aider, le moyen le plus pratique aurait été d'attraper l'auteur de l'accident et non seulement d'aider la victime à se remettre debout. Habituellement, il les aurait quittés après l'arrivée des parents de la victime⁸⁸.

Donc, les actes de M. Peng sont contraires aux actes habituels de la personne qui se fait un plaisir d'aider selon la règle générale de la vie quotidienne ; il est ainsi vraisemblable que les parties se soient heurtées.

Le juge distingue les responsabilités entre les parties dans l'accident selon le principe de l'équité :

Les parties sont entrées en collision au moment où elles prenaient l'autobus. La demanderesse est incapable de prévoir la collision avec le défendeur quand elle court après le bus ; en même temps, le défendeur, descendu du bus, est aussi incapable de connaître exactement la situation autour de la porte en raison d'une vision limitée. Donc, les parties ne sont pas entièrement fautives dans l'accident. La séparation des responsabilités doit être basée sur le principe de l'équité, selon lequel une répartition raisonnable des responsabilités est née entre les parties en vertu de l'idée d'équité, en tenant compte des dommages de la victime, de l'état de propriété des parties et d'autres circonstances pertinentes, dans le cas où les

87. *Règlements relatifs aux preuves civiles*, préc., note 52.

88. *Shoulan Xu c. Yu Peng*, préc., note 86.

parties n'auraient pas commis de faute pour les dommages, et l'affaire n'est pas un cas de « sans faute » selon les règles de droit⁸⁹.

Donc, M. Peng devra payer 40 p. 100 des frais liés à l'opération.

La décision est contestée fortement par la population qui prévoit qu'elle donnera un mauvais exemple du point de vue de la morale : il vaut mieux ne pas aider les personnes âgées afin d'éviter des responsabilités imposées⁹⁰. La logique entre la faute de l'accident et la responsabilité du défendeur justifiée dans la motivation du jugement apparaît « inhumaine » aux yeux des justiciables⁹¹. L'affaire est portée en appel et les juges d'appel choisissent la conciliation : « C'est dans la conciliation au sens juridique du terme que s'expriment le mieux la pondération des intérêts et, partant, l'équité⁹². » L'accord de conciliation n'est pas divulgué au public. Il sera déduit que, selon l'accord, les parties doivent se faire des concessions mutuelles et que le défendeur doit assumer moins de responsabilités.

Certaines personnes pourront douter de la pratique de l'équité par l'entremise d'un moyen de conciliation, car cela n'est pas une solution rigide en conformité avec le droit, mais un compromis. Un grand nombre de juges occidentaux n'acceptent pas un résultat gris né de l'accord de la conciliation, parce qu'ils ne sont pas d'accord avec la valeur de la conciliation. Ils insistent sur le fait qu'un jugement *noir ou blanc* est un résultat plus juste. Toutefois, les États sont vulnérables dans la crise concernant le syllogisme judiciaire traditionnel : les résultats *noir ou blanc* obtenus par une longue procédure sont mis en cause par les parties en raison de la perte de temps et du coût qui y sont associés. Il faut une longue durée pour la mise en œuvre d'une décision *noire ou blanche*, du dépôt de la demande à la production de la décision et, enfin, à l'exécution. En Chine, la décision est rendue dans une durée moins longue ; toutefois, il y a de grandes difficultés pour faire exécuter la décision. Si celle-ci n'est pas mise à l'exécution, les intérêts souhaités par les parties ne sont pas réalisés et la justice invoquée dans la décision n'est qu'une fausseté, ou une justice sur papier, pas une

89. *Id.*

90. Selon une enquête du site Web de Tengxun, environ 130 000 personnes ont répondu à la question suivante : **Aideriez-vous une vieille personne tombée ? Selon les résultats compilés**, 62,54 p. 100 disent non parce qu'elles craignent d'avoir des ennuis ; 33,45 p. 100 assurent qu'elles y réfléchiront bien avant de se décider ; enfin, 4,01 p. 100 affirment qu'elles apporteront leur aide. « Pourquoi on n'aide pas un vieil homme de 80 ans à se remettre debout », TENGXUN, [En ligne], [zqb.cyol.com/content/2010-01/16/content_3042751.htm] (9 juillet 2010).

91. Xiangjun FU, « La justice ne supporte pas le jugement des médias », [En ligne], [www.dffy.com/fayanguancha/sd/200709/20070915205502.htm] (9 juillet 2010).

92. L. CADIET, préc., note 50, 101.

justice en réalité. La justice doit être «réalisée». La mise en œuvre d'un accord de conciliation est plus certaine que celle de la décision judiciaire.

Certainement, notre enthousiasme sur la conciliation ou la médiation peut paraître trop grand. Au cours des dernières années, sous le slogan d'une société harmonieuse, la CSP a préconisé d'anciens moyens pour évaluer la performance de la juridiction, tels que la proportion des accords résultant de la conciliation ou de la médiation. Cela aurait mis le consentement des parties en cause. Rappelons que la nature de la conciliation est un contrat ; les parties règlent le conflit de leur plein consentement. La justice naît de l'accord, à condition que les parties soient libres d'arriver à cet accord. Si le consentement est forcé, la justice ne naît pas de l'accord et ce dernier ne représente qu'une injustice. Donc, la «contractualisation» de la conciliation est une condition nécessaire en vue de l'introduction de l'équité en Chine⁹³.

Conclusion

L'équité est une notion ambiguë, évolutive, changeable, controversée, que la doctrine occidentale n'arrête jamais d'explorer. Cela entraîne une complexité du thème de «l'équité dans l'office du juge». Le juge doit-il se conformer rigide­ment à la loi ou doit-il faire des atténuations aux règles de droit en tenant compte d'autres idées dans la réalisation de la justice ? Une fois l'équité reconnue dans l'office du juge, le problème surgit : comment l'équité fonctionne-t-elle dans l'office du juge ? C'est toujours une question sans réponse parfaite.

La question devient plus difficile en Chine en vertu de la situation particulière de la justice. Grâce à la formule connue de la «bouche de la loi», le rôle du juge occidental (surtout dans les pays de droit civil) au moment de l'instance est simple : le juge est un arbitre impartial qui rend une décision conforme à la loi. Son rôle devient plus complexe actuellement : il est qualifié de «juge d'humanité» ou de «juge artiste» plutôt que de simple «diseur de droit». Son rôle demeure cependant plus simple par rapport à celui du juge chinois. Ce dernier a un «rôle triple⁹⁴» : pour le législateur, le juge est un arbitre impartial et neutre qui rend une décision selon la loi ; de la part du gouvernement, le juge reçoit ses ordres et rend une décision favorable à son administration ; pour les justiciables, le juge est un

93. Jianhua ZHOU, préc., note 9, n° 352 ; Jianhua ZHOU, «La contractualisation de la conciliation judiciaire», (2008) 6 *Droit de Qinghua (qinghua faxue)* 147.

94. Yingzi WU, «Le conflit des rôles du juge dans la société transformée. Une image du juge dans les tribunaux locaux», dans Yaxin WANG et autres, *Analyses positives de la procédure juridique*, Beijing, Éditions de Droit, 2005, p. 426, à la page 461.

arbitre impartial quand il rend une décision favorable à leurs prestations. Nous employons ici une comparaison pour bien illustrer notre propos : l'instance judiciaire est un « théâtre », dont la « pièce » est la loi, l'« acteur » est le juge, et les « spectateurs » sont les justiciables et le gouvernement. Dans le théâtre occidental, la meilleure performance du juge est qu'il joue loyalement dans la pièce de la loi ; son résultat, la décision de justice, est accepté habituellement par les spectateurs. Dans le théâtre chinois, le cas est plus complexe en vertu de la rupture entre la pièce (loi) et le désir des spectateurs. La meilleure performance est que le juge chinois devienne un coordonnateur principal qui réduise au minimum les conflits entre la loi, le gouvernement et les justiciables. Le juge chinois, qui est un acrobate marchant sur un câble métallique, doit trouver un bon équilibre dans la haute voltige afin d'éviter toute chute. L'équité est tant un objet qu'un moyen pour ce juge. Sans doute que celui-ci explore l'équité dans son office durant toute la vie professionnelle.