Document generated on 10/12/2024 2:15 a.m.

Les Cahiers de droit

Un code à décoder : le futur code civil chinois

Hélène Piquet

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043832ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043832ar

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

Piquet, H. (2005). Un code à décoder : le futur code civil chinois. *Les Cahiers de droit*, *46*(1-2), 131–151. https://doi.org/10.7202/043832ar

Article abstract

Since China's new open-door policy to the West in 1978, the Chinese legislator has largely based law reform on legal transplants. It is within this context that one must situate, among other things, the tabling of a draft Chinese Civil Code on December 24, 2002 before the National People's Congress of China. While such a project obviously denotes the influence of codification from abroad, it raises several questions. What is the meaning within the specific Chinese context of this undertaking to codify ? What obstacles, if such be the case, are strewed along the path leading to future codification ? In the following paper, China's relationship with Romano-Germanic tradition is reviewed from the outset of the twentieth century and continues with a presentation of the debates surrounding the current codification process.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2005

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Un code à décoder : le futur code civil chinois

Hélène PIQUET*

Depuis la réouverture de la Chine à l'Occident en 1978, le législateur chinois fonde largement les réformes juridiques sur les transferts de droit. C'est dans ce contexte qu'il faut situer, entre autres, le dépôt d'un projet de code civil chinois le 24 décembre 2002 à l'Assemblée populaire nationale de Chine. Si un tel projet dénote sans conteste l'influence d'un code à l'étranger, il soulève plusieurs questions. Quel sens revêt, dans le contexte chinois, cette entreprise de codification ? Quels obstacles, le cas échéant, se dressent sur la route de la future codification ? Le texte qui suit retrace d'abord le rapport de la Chine avec la tradition romano-germanique au début du xxe siècle et se poursuit avec un exposé des débats entourant le processus de codification en cours.

Since China's new open-door policy to the West in 1978, the Chinese legislator has largely based law reform on legal transplants. It is within this context that one must situate, among other things, the tabling of a draft Chinese Civil Code on December 24, 2002 before the National People's Congress of China. While such a project obviously denotes the influence of codification from abroad, it raises several questions. What is the meaning within the specific Chinese context of this undertaking to codify ? What obstacles, if such be the case, are strewed along the path leading to future codification ? In the following paper, China's relationship with Romano-Germanic tradition is reviewed from the outset of the twentieth century and continues with a presentation of the debates surrounding the current codification process.

* Professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

***Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n°s 1-2, mars-juin 2005, p. 131-151**

Pages

1 La tradition romano-germanique en Chine de 1900 à 1976 133
1.1 Une réception volontaire 134
1.1.1 Les réformes proposées par Shen Jiaben 134
1.1.2 Les réformes républicaines (1911-1949) 136
1.2 Le sort houleux du droit civil dans la Chine maoïste 136
1.2.1 Les traumatismes liés à la période maoïste 137
1.2.2 Les mutations identitaires imposées au droit civil 138
2 Le renouveau romano-germanique en droit chinois des réformes 139
2.1 Les fondements de l'intérêt renouvelé envers la tradition romano-germanique 140
2.1.1 Les changements sociaux et économiques dans la Chine des réformes 141
2.1.2 Les éléments propres à la tradition romano-germanique 142
2.2 Le projet de code civil chinois 143
2.2.1 Les positions chinoises sur le futur code civil 144
2.2.1.1 Les enjeux politiques et sociaux du futur code 145
2.2.1.2 Un contenu incertain, aux influences multiples 147
2.2.2 Les obstacles à la codification chinoise 148
2.2.2.1 Des concepts mal définis et le poids du contexte 148
2.2.2.2 Un rapport ambigu au modèle romano-germanique : des questions en suspens 149
Conclusion 151

Le juriste Jean Gaudemet définit ainsi les transferts de droit : « l'entrée dans une société d'un droit ou de certaines règles juridiques qui ont été élaborés dans un milieu social différent et parfois à une époque déjà lointaine[1] ». Ces transferts suscitent des controverses passionnées, tant chez les juristes chinois qu'occidentaux[2]. De même, ils soulèvent plusieurs

1. J. Gaudemet, *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 91. Ce processus est aussi désigné par l'expression « circulation des modèles juridiques ».
2. À cet égard, il suffit de noter les différences irréductibles entre les positions de Pierre Legrand, pour qui les transferts de droit sont impossibles, et Esin Örücü, qui prône une attitude ouverte envers le droit transféré : P. Legrand, « What « Legal Transplants » ? », dans D. Nelken et J. Feest (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, p. 55, à la page 65 ; E. Örücü, « *Unde Venit, Quo Tendit* Comparative Law ? », dans A. Harding et E. Örücü (dir.), *Comparative Law in the 21rst Century*, Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 1, à la page 13.

enjeux importants pour la théorie et la pratique du droit, plus précisément en droit comparé. Tant la tradition de common law que la tradition de droit civil font l'objet de transferts partiels, avec le droit musulman, depuis plusieurs siècles.

Le législateur chinois s'est tourné à trois reprises, depuis le début du XXe siècle, vers la tradition de droit civil : la première fois, il l'a fait sous l'égide du grand juriste Shen Jiaben[3], puis sous le régime républicain (1911-1949). Après une période de fermeture presque totale envers les modèles juridiques étrangers, la Chine, depuis 1978, recourt abondamment aux transferts de droit. Le législateur y effectue à nouveau de substantiels emprunts à la tradition de droit civil. Le dernier en date, sans doute le plus spectaculaire, réside dans le projet de code civil déposé à l'Assemblée populaire nationale de Chine le 24 décembre 2002. Quels sont les facteurs à la source de cet intérêt renouvelé pour le modèle romano-germanique, encore décrié en Chine il n'y a pas si longtemps ? Quel sens revêt, pour les juristes chinois, l'institution du code civil ? Quels sont les obstacles, le cas échéant, à la codification ? La réponse à ces questions implique un retour sur le sort de la tradition de droit civil en Chine, avec une attention particulière portée aux éléments de contexte du droit chinois dans la Chine des réformes.

1 La tradition romano-germanique en Chine de 1900 à 1976

C'est sur une base volontaire, à l'initiative de Shen Jiaben, commissaire à la Commission de codification des lois fondée par l'empereur Guangxu, que la tradition de droit civil fait l'objet d'une première réception en Chine au début du XXe siècle. Si la République qui naît en 1911 met fin à plusieurs millénaires de règne dynastique, et marque à ce titre un changement important, c'est dans la continuité que se poursuit la réforme du droit, avec des emprunts renouvelés à la tradition de droit civil. Ce travail de réforme est toutefois interrompu par l'histoire mouvementée de la Chine à partir de 1937[4]. En 1949, la prise du pouvoir par le Parti communiste chinois (PCC) se veut une rupture par rapport à l'ère précédente. Elle est totale. La conception du droit se trouve modifiée de façon durable par l'influence socialiste et maoïste.

3. Décédé en 1913, Shen Jiaben a été l'architecte des réformes juridiques commandées par l'impératrice Cixi, dans une ultime tentative de sauver la dynastie Qing (1644-1911).
4. L'invasion japonaise de la Chine a lieu en 1937, suivie par la Seconde Guerre mondiale. Si la paix revient en Occident en 1945, tel n'est pas le cas de la Chine, qui connaît une longue guerre civile entre communistes et nationalistes de 1945 à 1949.

1.1 Une réception volontaire

Sous les Qing, la réception partielle de la tradition romano-germanique se fait sur une base entièrement libre, à partir du souhait de Shen Jiaben, grand lettré et fin juriste. Plusieurs facteurs motivent ce transfert. Tout d'abord, notons le besoin de réformer les institutions juridiques et politiques des Qing, dynastie qui sait ses jours comptés et qui tente de prévenir le cours de l'histoire[5]. Puis, il y a l'influence du Japon Meiji, dont la réussite est associée à l'importation et à l'adaptation du modèle romano-germanique[6]. Il constitue donc pour Shen Jiaben un exemple à suivre, d'autant plus que la Chine est affaiblie. Mais encore, il faut compter avec le prestige dont est paré, aux yeux de Shen Jiaben, le modèle romano-germanique, notamment à cause du Code civil.

À ces éléments, il faut ajouter les affinités perçues par Shen Jiaben entre la tradition juridique chinoise et le modèle romano-germanique : deux traditions de droit écrit, au long et vénérable passé, qui consacrent toutes deux le pouvoir de l'État sur le sujet et celle du père de famille sur les siens[7].

1.1.1 Les réformes proposées par Shen Jiaben

Les réformes proposées par Shen Jiaben ont valeur exemplaire par les fondements qu'il formule pour les transferts de droit. Il est en effet animé par une quête de combinaison harmonieuse entre le droit chinois et les traditions juridiques occidentales[8]. Pour Shen Jiaben, non seulement cette « convergence » est possible, mais elle marque la seule voie qui permettra le succès de l'opération transfert de droit. Il axe la réforme du droit sur quatre principes : le transfert partiel du modèle romano-germanique, la prise en considération des caractéristiques chinoises comme point de départ du processus de la réforme du droit, l'exigence que le nouveau droit issu des transferts convienne aux besoins de la Chine et, enfin, un travail rigoureux

---

5. E.J. Epstein, « Codification of Civil Law in the People's Republic of China : Form and Substance in the Reception of Concepts and Elements of Western Private Law », (1998) 32 *U.B.C. L. Rev.* 153, 174.
6. L. Ding, *Zhongguo falü sixiang shi* [Une histoire de la pensée juridique chinoise], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe (Presses de l'Université Zhengfa), 1997, p. 240. Les Japonais ont importé le Code civil allemand.
7. J. Chen, *From Administrative Authorization to Private Law : A Comparative Perspective of the Developing Civil Law in the People's Republic of China*, Dordrecht/ Boston, Martinus Nijhoff, 1995, p. 13. La société chinoise d'alors était ouvertement patriarcale.
8. Q. Zhang et autres, *Zhongguo Fazhi shi* [Une histoire du système juridique chinois], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe (Presses de l'Université Zhengfa), 1999, p. 392.

de droit comparé et de théorie du droit pour fonder la réforme du droit[9]. Shen Jiaben adopte donc une attitude sélective envers le transfert des modèles juridiques étrangers[10].

Nombreux sont les domaines du droit touchés par les réformes de Shen Jiaben[11]. Retenons ici le *Projet de code civil de la dynastie des Qing*, en cinq parties, dont trois ont été imprimées. Ce code civil de 1 569 articles n'est jamais entré en vigueur, la Chine passant au régime républicain en 1911. Toutefois, un retour s'impose sur ce code civil, car, bien qu'il n'ait jamais été promulgué, il a néanmoins exercé une influence importante sur le droit chinois de la période républicaine. En effet, la Cour suprême de Chine (Da Li Yuan) s'appuie sur plusieurs de ces dispositions de 1912 à 1928[12].

Sont énoncés dans ce code civil les principes suivants : l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, le principe de responsabilité et celui de protection de la propriété privée[13]. Ce code est divisé en cinq parties : une partie générale, qui traduit l'influence pandectiste, une partie sur les obligations, une partie sur le droit des biens, une partie sur la famille et une dernière sur les successions. Il apporte plusieurs innovations eu égard au contexte chinois. Pour la première fois, le langage des droits et des obligations de l'individu est introduit, alors que régnait jusqu'alors une approche uniquement pénale et administrative du droit[14]. En outre, et non des moindres, en matière civile, ce code constitue l'autorité finale, et non plus la seule volonté de l'Empereur[15].

Ce code civil non promulgué illustre une certaine hybridation des logiques et des traditions juridiques. En effet, alors que le droit des obligations est régi par le code, les questions relatives au mariage et aux successions le sont par le droit chinois[16]. Quel bilan tirer des réformes de Shen Jiaben ?

---

9. L. DING, *op. cit.*, note 6, p. 233.
10. Ce constat est d'autant plus intéressant que Pitman Potter, en parlant de l'attitude du législateur chinois depuis 1978, relève exactement la même tendance au choix sélectif : P.B. POTTER, « Globalization and Economic Regulation in China : Selective Adaptation of Globalized Norms and Practices », (2003) 2 *Wash. U. Global. Stud. L. Rev* 119, 121.
11. Il faut signaler l'ampleur des réformes du droit pénal, qui ont suscité l'ire de la faction des lettrés conservateurs et sonné le glas des réformes de Shen Jiaben.
12. J. ESCARRA, *Le droit chinois, conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1936, p. 270.
13. Z. FAN, *Zhongyi fawenhua de anhe yu chayi* [Les points de convergence et de divergence entre les cultures juridiques chinoise et occidentale], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe (Presses de l'Université Zhengfa), 2001, p. 308.
14. Tout le droit chinois impérial revêt en effet ce double visage. L. VANDERMEERSCH, *La formation du légisme*, Paris, École française d'Extrême-Orient, 1965, p. 194.
15. P.C.C. HUANG, *Code, Custom and Legal Practice in China. The Qing and Republic Compared*, Stanford, Stanford University Press, 2001, p. 54.
16. *Id.*, p. 60.

Elles ne sont pas entièrement demeurées lettre morte. Surtout, il revient à Shen Jiaben d'avoir introduit la tradition romano-germanique en Chine, dans un esprit d'ouverture et de conciliation exemplaires.

1.1.2 Les réformes républicaines (1911-1949)

Le nouveau gouvernement du Guo Min Dang poursuit l'importation partielle du modèle romano-germanique, en tentant également une certaine combinaison de celui-ci avec le droit chinois. Un code civil voit le jour, qui régit plusieurs matières, mais le droit coutumier chinois joue un rôle complémentaire quant à ce droit légiféré[17]. En effet, le gouvernement d'alors accepte même qu'il aille à l'encontre des dispositions du code, sous réserve qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs[18]. Le Code civil du Guomindang reprend largement le Code civil de Shen Jiaben, en y ajoutant le principe de l'égalité des sexes et le principe des mariages décidés par les futurs époux[19].

Les attentes du nouveau gouvernement relativement à ce transfert sont identiques à celles de Shen Jiaben quelques années plus tôt. En premier lieu, il s'agit de montrer que la Chine, bien qu'elle soit affaiblie, fait partie de la grande famille des nations. En second lieu, conséquence logique du premier élément, il faut récupérer la souveraineté sur les territoires alors sous régime d'extraterritorialité[20]. Outre le Code civil, le Guo Min Dang fait un important travail législatif, légiférant en droit du travail, en droit commercial, en droit pénal, de même que pour l'organisation du système judiciaire. Toutefois, l'histoire heurtée de la Chine porte atteinte à la mise en œuvre de ces réformes. Cela n'entame pas cependant leur intérêt pour l'histoire du droit chinois.

1.2 Le sort houleux du droit civil dans la Chine maoïste

Lorsque le PCC prend le pouvoir en 1949, une nouvelle ère, troublée, s'ouvre pour la Chine. La volonté de réforme du PCC s'étend à tout. Eu égard au droit, il y a la même volonté obstinée de faire table rase du passé, car le PCC procède à l'abrogation de tout le droit existant, impérial et

17. *Id.*, p. 4.
18. *Id.*, p. 177.
19. La pratique courante alors, dans toute l'Asie orientale, est celle des mariages dits arrangés, au sens où ce sont les parents qui choisissent les époux de leurs enfants. Le mariage est conçu comme une affaire entre clans, où les principaux intéressés, soit les futurs époux, n'ont souvent d'autre choix que de s'incliner devant les décisions des parents.
20. P.C.C. Huang, *op. cit.*, note 15, p. 210.

républicain. Il y substitue une conception marxiste du droit. Un important travail législatif se déroule de 1949 à 1957, après quoi, les nombreuses et meurtrières campagnes politiques y mettent un terme presque complet jusqu'en 1978.

1.2.1 Les traumatismes liés à la période maoïste

Il importe de saisir la profondeur des traumatismes laissés par la période maoïste en Chine, notamment en raison du degré maximal d'envahissement de l'État dans la sphère privée[21] et des violences politiques contre les intellectuels et les savants[22]. La Révolution culturelle (1966-1976) est l'archétype du chaos, associée au règne de l'arbitraire le plus extrême. Durant cette période, pour les Chinois, il n'y a « ni Ciel ni Loi ».

C'est à une véritable refonte de la société chinoise dans son entier que veut se livrer le PCC. Une des cibles de l'ordre ancien vouée à la destruction pour les nouveaux dirigeants réside dans la famille et la loyauté traditionnelle à celle-ci[23]. Des pans entiers de la population chinoise, regroupés sous des « étiquettes de classe », ont fait l'objet de persécutions[24]. Tantôt il s'agit des industriels ou des propriétaires terriens, dont les biens sont nationalisés, tantôt le PCC s'en prend à ceux qui sont qualifiés de « réactionnaires ». Ces années sont vécues sous le signe de la méfiance, du chaos et de la destruction. Les intellectuels chinois ont particulièrement été ciblés par le PCC, envoyés en camp de rééducation ou exécutés, à la suite de simulacres de procès lors desquels était détruite leur réputation. Si, après la mort de Mao Zedong en 1976, plusieurs intellectuels chinois ont été réhabilités, le souvenir des humiliations et des souffrances qu'ils ont subies demeure très vif. Parmi les juristes chinois d'aujourd'hui, au moins deux générations ont vécu directement la Révolution culturelle, certains adultes, d'autres enfants. Cette période est aussi associée à l'éclipse totale du droit par les Chinois. Ce fait n'est pas indifférent pour la suite de l'histoire du droit civil chinois.

---

21. J. Chen, *op. cit.*, note 7, p. 152.
22. Chen Yan affirme que, dans l'histoire de la Chine communiste, cette période demeure celle où « la domination idéologique de l'État est la plus totale » : C. Yan, *L'éveil de la Chine : les bouleversements intellectuels après Mao, 1976-2002*, Paris, Éditions de l'Aube, 2002, p. 250.
23. L.W. Pye, « The State and the Individual : An Overview Interpretation », dans B. Hook (dir.), *The Individual and the State in China,* Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 16, à la page 30.
24. Sur les « campagnes de masse », voir W. Meissner, « La voie orthodoxe », dans M.-C. Bergère, L. Bianco et J. Domes (dir.), *La Chine au xxe siècle. De 1949 à aujourd'hui*, t. 2, Paris, Fayard, 1990, p. 9, à la page 32.

1.2.2 Les mutations identitaires imposées au droit civil

Le paradigme du droit public domine le nouveau droit chinois « socialiste ». Le droit privé est récusé, pour des raisons idéologiques[25]. Il revêt une connotation négative dans la nouvelle société chinoise[26]. Pour des raisons liées au contexte d'alors, le seul modèle juridique auquel sont autorisés à puiser les juristes chinois est le droit en provenance de l'URSS. Cela comporte certaines conséquences pour le sort du droit civil en Chine. Pour le nouveau régime chinois, il existe un conflit entre le droit civil, qui défend les intérêts individuels, et l'orientation collectiviste des régimes se réclamant du communisme.

Le premier objet de réforme, conformément à la trajectoire des pays dits socialistes, est le droit de propriété. La Chine développe ses propres catégories, mais elle rejoint le camp socialiste avec la domination de la propriété publique. La matière « droit des biens » est rejetée au motif de ses origines « bourgeoises »[27]. Le droit civil devient du droit public, avec l'abolition de la *summa divisio* jusqu'à un passé récent. Dans la nouvelle conception qui s'installe, le droit civil devient une branche du droit socialiste, régissant les relations de propriété et les droits personnels. Néanmoins, selon Epstein, plusieurs catégories du droit civil auraient survécu alors, avec pour principale caractéristique un caractère hautement abstrait, reste de l'influence pandectiste sur le droit chinois[28]. Il n'en reste pas moins que le droit civil est alors amputé de concepts et de catégories civilistes importants. La disparition de la *summa divisio* et la nature de « droit public » attribuée au droit civil posent des problèmes conceptuels, encore non complètement résolus, aux juristes chinois d'aujourd'hui. Ces deux éléments ont donc suscité maints débats doctrinaux dans le long processus de réhabilitation du droit civil en tant que droit privé.

---

25. Selon Jianfu Chen, le rejet de la *summa divisio* tire sa source de la notion même de droit » dans les pays dits socialistes : J. CHEN, *op. cit.*, note 7, p. 149. À la page 50, il rappelle que la séparation du droit public et du droit civil a été un problème commun à tous les pays du bloc socialiste.
26. Ce rejet est à mettre en relation avec la disparition quasi totale de la sphère privée en Chine maoïste, de même qu'avec les positions de Mao Ze Dong sur l'économie, dont il récuse la nature marchande.
27. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 239.
28. E.J. EPSTEIN, *loc. cit.*, note 5, 176.

2 Le renouveau romano-germanique en droit chinois des réformes

Deng Xiaoping lance en 1978 la politique dite de réforme et d'ouverture. Cette dernière se traduit, entre autres, par des réformes juridiques de grande ampleur. Pour diverses raisons, le législateur chinois fait des transferts de droit le moyen privilégié d'élaboration du nouveau droit chinois. Les juristes chinois connaissent alors une première révolution intellectuelle avec la liberté qui leur est expressément donnée de puiser aux modèles juridiques étrangers autrefois bannis pour alimenter la réforme du droit.

Un des traits saillants dans le développement du droit chinois depuis 1978 réside sans conteste dans la résurgence du modèle romano-germanique. Cet intérêt renouvelé est d'abord illustré, en 1986, par la promulgation des *Principes généraux du droit civil de République populaire de Chine*[29]. Il avait bien été question d'édicter un code civil, mais le législateur estime alors que son élaboration nécessiterait trop de temps eu égard aux besoins pressants de la Chine en matière de législation. Les Principes comportent neuf chapitres[30]. Epstein voit dans leur division même le signe de l'influence continue des Pandectistes sur le droit chinois[31], en ce que le premier chapitre est consacré aux principes fondamentaux[32]. Dans le même temps, ils reflètent également plusieurs éléments de la conception socialiste du droit, avec le caractère d'ordre public conféré au système de l'économie planifiée[33], le rôle supplétif des politiques de l'État en cas de silence du droit[34] et l'idée d'une corrélation entre les droits et les devoirs des citoyens. Le droit des obligations est coupé en deux, avec un chapitre sur les contrats et un autre sur la responsabilité civile.

Une appréciation juste des Principes exige de se reporter au contexte de l'époque. D'une part, ils revêtent un caractère résolument incomplet, du

---

29. *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*, adoptés et promulgués par la quatrième session de la sixième Assemblée populaire nationale le 12 avril 1986 et entrés en vigueur le 1er janvier 1987, Beijing, China Legal System Publishing House, 2000, (ci-après cités : « Principes »).
30. Le chapitre deux porte sur ce qui relève de la citoyenneté et des personnes physiques, tandis que le chapitre trois traite des personnes morales, et le chapitre quatre, des actes juridiques civils. Le chapitre cinq est consacré au régime applicable aux droits de propriété alors reconnus en Chine, le chapitre six concerne la responsabilité civile, le chapitre sept est axé sur la prescription, le chapitre huit traite du droit international privé et, enfin, le chapitre neuf constitue une annexe.
31. E.J. Epstein, *loc. cit.*, note 5, 189.
32. Notons parmi les Principes, précités, note 29, le principe d'égalité des parties (art. 3), qui marque une rupture par rapport à l'ère maoïste, la bonne foi (art. 4) et l'équité (art. 4).
33. *Id.*, art. 7.
34. *Id.*, art. 6.

moins lorsqu'ils sont comparés à un code civil. Toutefois, ils n'en constituent pas moins la plus importante compilation des droits personnels et des droits de propriété reconnus à ce moment-là en Chine. Alors, la question de la nature du droit civil n'est toujours pas tranchée, et la *summa divisio* demeure absente. Avec le temps, les Principes sont toutefois perçus comme dépassés, parce qu'ils sont en décalage croissant avec les nouvelles réalités de la vie sociale et économique en Chine. Aussi le projet de code civil du 24 décembre 2002 est-il perçu comme allant de pair avec les nouveaux développements. Toutefois, outre le travail d'élaboration de ce code civil, la question de la nature du droit civil et de la *summa divisio* ont été au cœur des débats doctrinaux chinois. Le nouveau regard des juristes chinois sur ces questions et l'actuel projet de code civil se comprennent surtout par référence à plusieurs éléments qui ont favorisé le renouveau romano-germanique en droit chinois.

2.1 Les fondements de l'intérêt renouvelé envers la tradition romano-germanique

De prime abord, les fondements individualistes du droit privé se concilient mal avec une socitété qui a toujours fait primer la dimension collective sur les droits de l'individu[35]. Et pourtant, la *summa divisio* a de nouveau droit de cité en Chine et le droit civil est de nouveau catégorisé comme «droit privé». Enfin, le législateur chinois travaille à l'élaboration d'un code civil. Comment ces revirements ont-ils pu voir le jour? Essentiellement, ils trouvent leurs racines dans les mutations de l'économie, où le secteur privé occupe une place croissante, de même que dans la légitimité nouvelle accordée aux droits de l'individu[36]. Ce dernier développement, à son tour, a pour fondement une réaction profonde à la période maoïste en Chine. Bien qu'elle soit diffuse dans ses manifestations, cette réaction tisse toute la toile de fond des développements récents de la tradition romano-germanique en Chine.

35. L. VANDERMEERSCH, «Pouvoir d'État et société civile dans la tradition confucianiste», dans L. VANDERMEERSCH (dir.), *Études sinologiques*, Paris, PUF, 1994, p. 331, à la page 341.

36. C. YAN, *op. cit.*, note 22, p. 177. Il affirme: «En réalité, les années quatre-vingt-dix sont profondément marquées non seulement par la défaite du collectivisme, mais aussi par une ascension de l'individualisme.»

2.1.1 Les changements sociaux et économiques dans la Chine des réformes

La période maoïste a été caractérisée par le primat absolu de la dimension collective sur la dimension individuelle. L'économie planifiée et collectivisée domine. Les réformes instaurées en 1978 remodèlent en profondeur ces deux éléments. Le secteur privé, peu à peu, émerge dans un environnement juridique et économique encore dominé par le paradigme du droit public. Toutefois, il constitue une réalité incontournable, à laquelle il a fallu trouver une légitimation idéologique[37]. Celle-ci figure dans la théorie dite des « trois représentativités » élaborée par Jiang Zemin en 2001, expliquée par Frédéric Bobin[38]. Cette innovation idéologique est suivie par l'ouverture du PCC à l'égard des entrepreneurs chinois. Dans le même temps, la réhabilitation relative du secteur privé se comprend aussi comme une véritable cooptation des entrepreneurs chinois par le PCC[39].

En outre, surtout depuis le début de la décennie 90, l'État desserre son emprise sur la vie familiale[40]. La période maoïste a marqué le déchaînement de l'État contre l'individu, avec son cortège de campagnes politiques et de purges incessantes. La politique de l'enfant unique, combinée à un certain relâchement de l'emprise de l'État dans la sphère familiale, entre autres,

---

37. L'Académie chinoise des sciences sociales a produit un rapport en 2001 sur la stratification sociale en cours en Chine dans le contexte de sa marche vers une économie de marché. L'effet direct de cette étude a été de mettre en échec la grille d'analyse marxiste et de faire travailler les idéologues du Parti pour trouver une porte de sortie à cet embarrassant constat. Une fois de plus, une nouvelle théorie a vu le jour, celle dite des « trois représentativités ». F. BOBIN, « Avec la « pensée Jiang Zemin », le congrès du PC chinois a achevé la liquidation de l'orthodoxie marxiste », *Le Monde*, [En ligne], 13 novembre 2002, par. 6, [www.lemonde.fr] (13 novembre 2002). Le XVIe Congrès du PCC s'était déroulé la semaine précédente ; à noter que ces congrès se tiennent tous les cinq ans. Sur la place du secteur privé en Chine : G. GUIHEUX, « La cristallisation inachevée du secteur privé », *Perspectives chinoises*, n° 71, mai-juin 2002, p. 24. À la page 27, l'auteur souligne le traitement inégal des entreprises privées par rapport aux entreprises d'État.
38. La nouvelle « théorie Jiang » signifie que le Parti doit désormais être représentatif des « forces productives les plus avancées », de « la culture la plus avancée » et des « intérêts des larges masses ». Derrière ce galimatias, il y a en effet une inflexion idéologique majeure, qui use encore de l'euphémisme pour ne pas offenser les forces orthodoxes résiduelles. Les « forces les plus productives » englobent les groupes sociaux dynamiques ayant fleuri en vingt ans de réformes économiques : la nouvelle classe moyenne et surtout les patrons du secteur privé, qui sont désormais habilités à entrer au Parti. F. BOBIN, « Le congrès du PC chinois va installer une nouvelle génération dirigeante », *Le Monde*, [En ligne], 7 novembre 2002, par. 6, [www.lemonde.fr] (7 novembre 2002).
39. S.V. LAWRENCE, « The Life of the Party », *Far Eastern Economic Review*, vol. 164, n° 41, 18 octobre 2001, p. 36-40, 38.
40. C. YAN, *op. cit.*, note 22, p. 177.

concourt à donner droit de cité, sinon à l'individualisme, du moins, à l'individu compris comme possédant des intérêts qui peuvent être distincts de ceux de la collectivité[41]. Une aspiration montante au respect de certains droits se fait jour en Chine, dont le droit à la vie privée[42].

Tous ces développements ont pour trame de fond une réaction profonde à la période maoïste, surtout à la Révolution culturelle. La critique sur cette période demeure un sujet délicat en Chine, sur lequel il est difficile de s'exprimer directement[43]. Toutefois, cette époque troublée, associée au summum de l'arbitraire et à l'absence de toute sphère privée, demeure « omniprésente dans la mémoire[44] ». C'est contre ces abus, entre autres, que s'insurgent les juristes civilistes, en redonnant droit de cité à la *summa divisio*.

2.1.2 Les éléments propres à la tradition romano-germanique

Le regard des juristes chinois éclaire sur les raisons du renouveau romano-germanique depuis quelques années en Chine. Il ressort de leurs propos une insistance marquée sur la nécessité de réhabiliter la *summa divisio* et sur celle de rendre au droit civil sa nature de droit privé[45]. En outre, d'autres éléments du modèle romano-germanique jouent en sa faveur : la théorie des sources et le rôle discret du juge.

L'attirance des juristes chinois pour la *summa divisio* s'explique à la lecture de leurs textes. Il existe en Chine une aspiration profonde à la reconnaissance explicite d'une sphère privée, dans laquelle l'État intervient

---

41. Ce point de vue est corroboré par Junquan Chen et Youyun Zhang, qui font état d'une conscience accrue, dans la décennie 90, de la subjectivité, de l'autonomie et de la possibilité pour les individus de décider eux-mêmes de leur vie. J. CHEN et Y. ZHANG, « Values and their Transformation in Contemporary China », dans K.-H. POHL et A.W. MÜLLER (dir.), *Chinese Ethics in a Global Context : Moral Bases of Contemporary Societies*, Leiden/Boston, Brill, 2002, p. 95, à la page 110.
42. L. WANG, « Lun Zhongguo Minfadian de tixi », dans G. XU (dir.), *Zhongguo Minfadian qi cao silu zhengzhang* [Les premières controverses théoriques autour du projet de code civil chinois], Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe (Presses de l'Université Zhengfa), 2001, p. 105, à la page 120.
43. C. YAN, *op. cit.*, note 22, p. 245. La condamnation ne peut être faite explicitement, car le PCC s'est arrogé le monopole de la lecture du passé communiste chinois.
44. *Id.*, p., 265.
45. Le plus vibrant plaidoyer en ce sens est l'article de deux professeurs de droit chinois, texte dans lequel ils retracent toutes les difficultés idéologiques qu'ils ont dû surmonter : J. PING et Z. CHU, « Minfa de benzhi tezheng shi sifa » [La caractéristique essentielle du droit civil est le droit privé], (1998) 6 *Zhongguo Faxue* 30, 31.

le moins possible, et uniquement encadrée par le droit[46]. La référence au passé maoïste est claire, quoiqu'elle soit implicite. Dans ce contexte, la *summa divisio*, qui consacre une séparation nette entre le droit public et le droit privé, comble cette aspiration. Le droit privé devient en quelque sorte un refuge contre les abus du passé, du moins pour les partisans de la *summa divisio*.

Pour sa part, le rôle du juge dans le modèle romano-germanique fait l'objet d'une imagerie abondamment commentée, notamment, par Gérard Timsit, à savoir : le juge est la bouche de la Loi[47]. Cette imagerie, si discutable soit-elle sur le fond, opère néanmoins puissamment en Chine[48]. Le modèle romano-germanique, sur ce point, sied parfaitement au contexte chinois, dans la mesure où le statut des juges y est moins exalté que dans la tradition de common law, où ils constituent sans nul doute un véritable pouvoir judiciaire[49]. Or, le PCC récuse la théorie de la séparation des pouvoirs et ne veut donc pas d'un véritable pouvoir judiciaire en Chine. En outre, le législateur chinois met en avant une théorie moniste des sources, en plaçant le droit légiféré au premier rang. Tel est du moins le discours majoritaire sur le sujet[50].

2.2 Le projet de code civil chinois

« L'imaginaire d'un code », si bien circonscrit par Denis de Béchillon, trouve application dans ce transfert de droit précis[51]. Un projet de code civil a été déposé à l'Assemblée populaire nationale le 24 décembre 2002[52]. En

---

46. P. JIANG, *Minfaxue* [Études de droit civil], Beijing, Zhengfa Daxue Chubanshe (Presses de l'Université Zhengfa), 1999, p. 46-47.
47. G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, p. 20, coll. « Les Voies du droit » ; G. TIMSIT, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p. 4, coll. « Les Voies du droit ».
48. La Chine adhère déjà à cette vision, comme le rappelle M.W. DOWDLE, « The Constitutional Development and Operations of the National People's Congress », (1997) 11 *Colum. J. Asian L.* 1, 55 : « As in most civilian jurisdictions, the judiciary does not have the inherent authority to issue binding interpretations of law (which in civil law jurisdictions is regarded as a form of legislation). The role of the courts, therefore, is much more focused on applying the law, rather than developing it. »
49. H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, New York, Oxfrod University Press, 2000, p. 225.
50. Des développements récents sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit en Chine nuancent quelque peu cette image, mais le discours reste.
51. D. DE BÉCHILLON, « L'imaginaire d'un code », (1998) 27 *Droits* 173.
52. QUAN GUO RENDA CHANG WEIYUANHUI FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI [Commission des lois du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale], *Zhonghua Renmin Gongheguo Min fa (caoan)* [Projet de loi sur le code civil de République populaire de

droit chinois, il a le statut de « loi fondamentale » ou « essentielle », requérant le vote de la session entière de l'Assemblée, qui se réunit une fois l'an. Son processus d'élaboration en fait un « code de juristes », car six experts, tous issus de la sphère universitaire, à l'exception de l'ex-juge en chef de la Cour populaire suprême, sont chargés de sa rédaction.

Dans son état actuel, le projet de code civil comporte neuf livres, reflétant partiellement l'influence pandectiste. Le premier livre contient les principes généraux, le deuxième porte sur le droit des biens, le troisième s'intitule « Contrats », le quatrième concerne la dignité et les droits civils, le cinquième a pour objet le mariage, le livre sixième est consacré à l'adoption, le septième traite des successions, le huitième a pour titre « La responsabilité civile » et le neuvième comprend des dispositions de droit international privé[53]. Ce code contient 1 209 articles répartis sur 216 pages.

Sur le chapitre des particularités, chaque livre comporte un numéro de série, dans le but d'en faciliter les amendements. Le droit des obligations demeure coupé en deux, dans les livres séparés sur les contrats et la responsabilité civile. L'innovation la plus frappante réside dans l'ajout d'un livre sur la dignité et les droits civils. Plusieurs lois existantes sont directement incorporées au code civil. Le droit du travail est exclu du code civil, en accord avec la situation qui existe depuis 1949.

2.2.1 Les positions chinoises sur le futur code civil

Le futur code civil chinois alimente à l'heure actuelle maints débats doctrinaux, desquels il ressort des positions fort contrastées quant à sa forme, à son contenu et au sens qu'il revêt pour la Chine. Ses partisans lui assignent des missions bien précises, qui se comprennent surtout en relation avec le contexte de la Chine des réformes. La doctrine chinoise ne fait état d'aucune opposition à l'idée même d'un code civil.

Chine]. Ce code civil n'a pas été adopté, et il est sujet à plusieurs modifications d'ici à sa promulgation. Précisons que le texte complet du projet de loi n'est pas consultable en Occident et qu'il demeure d'accès très restreint en Chine même. À noter que les projets de loi ne sont pas rendus publics en Chine. Si la diffusion des lois connaît des progrès importants, la plupart de celles-ci étant affichées en texte intégral sur divers sites Internet chinois, le sort des projets de loi ne suit pas la même voie, et cela constitue une limite pour les chercheurs. Ces projets sont parfois, mais pas toujours, publiés dans quelques quotidiens chinois, mais cette pratique n'est pas systématique, tant s'en faut.

53. A. Gu, *Guanyu « Zhonghua Renmin Gongheguo Min fa (caoan) » de shuoming* [Une explication du projet de loi portant sur le droit civil de République populaire de Chine], [En ligne], 23 décembre 2002, [www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp ?id=11101] (27 décembre 2002). Le terme chinois *minfa* désigne ici le code civil. Gu Angran est directeur de la Commission des lois du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale.

L'éclairage des juristes chinois est, en Occident, à la fois précieux et indispensable pour comprendre ce développement spectaculaire du droit chinois. Le cas chinois met en lumière une appropriation du code civil pour servir des fins qui présentent des points communs, mais aussi des différences, avec celles des codifications ailleurs dans le monde.

La question se pose de savoir si les juristes chinois s'attachent aux caractéristiques du modèle romano-germanique ou à la représentation qu'ils en ont. Dans l'affirmative, eu égard à la théorie des transferts de droit, il faut ajouter le critère de l'« imaginaire d'une tradition » comme élément influant sur les emprunts. De façon certaine, le facteur « prestige » recensé par Ajani, entre autres, dans les facteurs à la source des transferts de droit trouve ici application[54]. Les juristes chinois sont en effet très sensibles au prestige du code civil en tant qu'institution[55]. Enfin, le référent de la modernité est aussi associé au code civil par les juristes chinois[56]. Ce sujet dépasse les limites de notre article, mais il importe de souligner que la quête sans fin de modernité qui anime les dirigeants chinois a aussi atteint les cercles juridiques.

Les juristes chinois sont aussi sensibles aux attributs d'un code civil[57]. Ceux qui les séduisent le plus se rattachent au caractère complet du code, qui devient alors un remède perçu contre la dispersion des sources du droit[58].

2.2.1.1 Les enjeux politiques et sociaux du futur code

Le futur code marque d'abord un instrument de rupture par rapport à la période précédente et l'inauguration d'une ère nouvelle, un ordre fondé sur la règle de droit plutôt que sur le pouvoir discrétionnaire et administratif[59]. Il se situe donc dans la tradition réformatrice des codifications

54. G. AJANI, « By Chance and Prestige : Legal Transplants in Russia and Eastern Europe », (1995) 43 *Am. J. Comp. L.* 93, 115 ; A. WATSON, « Legal Change : Sources of Law and Legal Culture », (1983) 131 *U. Pa. L. Rev.* 1121, 1147.
55. L. WANG, « Lun wo guo Minfadian de zhiding » [Propos sur l'élaboration du code civil chinois dans mon pays], (1998) 5 *Zhengfa Luntan* 44, 45.
56. *Id.*, 47. Rémy Cabrillac souligne que la référence à la modernité accompagne le phénomène de codification : R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 176.
57. Ces attributs sont recensés par J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du xiiie aux xixe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1967.
58. L. WANG, *Minfa yinan anli yanjiu* [Recherches sur des cas difficiles en droit civil], Beijing, Zhongguo Fazhi chubanshe (Presses du système juridique chinois), 2002, p. 13.
59. L. WANG, *loc. cit.*, note 55, 47.

mentionnée par Bruno Oppetit et Jacques Vanderlinden[60]. Ce futur code est aussi présenté comme correspondant aux nouvelles réalités de la société chinoise, pour lesquelles les Principes sont dépassés : nouvelles classes sociales, aspirations à de nouveaux droits comme la vie privée, nouveau régime économique, celui de l'« économie socialiste de marché[61] ».

Le juriste Jiang Ping voit comme enjeu du futur code un équilibre à établir entre la volonté individuelle et celle de l'État[62]. Dans cette perspective, la question se pose de savoir si, pour certains, le code n'est pas d'abord un instrument de protection de « droits fondamentaux ». Il est en effet parfois présenté comme un instrument de protection des droits de la personne, une déclaration des droits[63]. Les droits fondamentaux les plus importants pour les juristes chinois sont la dignité, le droit à la vie privée qui en découle et le droit de propriété. Or, il n'est pas anodin de rappeler que ces trois droits ont subi l'assaut violent du maoïsme. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'ajout du livre sur la dignité et les droits civils, rédigé par le professeur Wang Liming[64].

Les remarques de Wang Liming sur le rapport aux modèles juridiques étrangers et le livre sur la dignité sont intéressantes et révélatrices. D'abord, la Chine n'est pas tenue de faire des copies intégrales des règles et institutions juridiques étrangères lors des transferts de droit, et cela vaut pour son futur code civil[65]. Ensuite, les codes civils existants sont trop axés sur

---

60. B. Oppetit, « L'avenir de la codification », (1996) 24 *Droits* 73, 74 ; J. Vanderlinden, *op. cit.*, note 57, 222.
61. Les juristes civilistes chinois jouent habilement des changements attribués à la nature du régime économique par les dirigeants chinois pour justifier du droit nouveau, en particulier un code civil. L'expression « économie socialiste de marché », lancée en 1992 par Deng Xiaoping, a un effet libérateur pour la doctrine juridique chinoise. De nouvelles avenues peuvent alors être explorées.
62. P. Jiang, « Zhiding Minfadian de jidian hongguan sikao » [Quelques réflexions à l'occasion de l'élaboration du code civil], (1997) 3 *Zhengfa Luntan* 26, 31.
63. J. Wang, *Minfa caoan you wuda tedian* [Le projet de code civil comporte cinq grandes caractéristiques], [En ligne], 26 décembre 2002, par. 4, [www.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp?id=132017] (24 janvier 2003).
64. Quan guo ren da chang weiyuanhui fazhi gongzuo weiyuanhui [Comité de législation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale], *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa (caoan)* [Projet de code civil de République populaire de Chine], *Di si pian, Rengequanfa* [Livre IV : Le droit à la dignité], [En ligne], 26 décembre 2002, [www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11205] (27 décembre 2002). Le professeur Wang Liming étant le rédacteur du livre IV, il a aimablement mis ce livre sur le site qu'il gère.
65. L. Wang, *loc. cit.*, note 42, 121.

la protection des biens et pas assez sur la protection des personnes[66]. Or, Wang signale que de nouveaux droits et intérêts liés à la dignité ont vu le jour en Chine : droit à la santé, droit à la protection de la vie, droit à la réputation, droit à l'image et droit à la vie privée[67]. Il faut en tenir compte dans l'élaboration du droit. Dans ce contexte, le droit civil est d'abord et avant tout un droit des personnes. Un livre distinct consacré à la protection de la dignité se justifie donc entièrement, car les droits qui y sont rattachés sont d'égale importance au droit de propriété qui, lui, fait l'objet d'un livre distinct. Autrement dit, le livre sur la dignité traduit une insistance sur la protection des droits extrapatrimoniaux.

2.2.1.2 Un contenu incertain, aux influences multiples

Le contenu du futur code, loin d'être établi, ne fait cependant pas l'unanimité. Au premier chef, l'inclusion du livre sur le droit à la dignité traduit une lutte de conceptions quant à savoir ce qu'est le droit civil : un droit des personnes ou un droit des biens ? Un autre sujet déchaîne les passions : faut-il ou non réunir la matière des obligations dans un seul et même livre sur les obligations ? Les juristes purement civilistes en Chine voient dans les obligations une notion propre au modèle romano-germanique, qui contribue à lui donner son caractère de « système » pour lequel elle est tant vantée. La dispersion de cette matière en deux livres, dans l'actuel projet, déroge au modèle même de la codification[68].

---

66. L. WANG, *Minfadian : jianshe shehuizhuyi fazhi guojia de jichu* [Le code civil : fondement de la construction d'un État de droit socialiste], [En ligne], 31 janvier 2003, par. 5, [www.civillaw.com.cn/lweizhang/default.asp ?id=11205] (4 février 2003). Ce site est celui de la Faculté de droit de l'Université Renmin à Beijing, l'une des plus prestigieuses de Chine. Il est intéressant de relever que, pour Jiang Ping, la protection accordée aux biens dans l'actuel projet de code civil demeure très insuffisante : P. JIANG, *Zai Guojia gongquan xiazhu qi siquan baohuqiang – Jiang Ping tan Minfadian* [Ériger un mur de protection du droit privé dans le droit public de l'État – Jiang Ping parle du code civil], [En ligne], 24 janvier 2003, par. 16, [www.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp ?id=137234] (5 février 2003). Seule l'adresse universelle de ce site apparaît sur la page d'accueil. Le nom complet est *Jiancha Ribao*, soit *Journal du Parquet*, très prestigieux en Chine.
67. L. WANG, *loc. cit.*, note 42, 118. Cette liste n'est pas exhaustive et diffère quelque peu de celles qui sont énoncées au livre IV du projet de code civil. Ainsi, sont énoncés à l'article premier du projet de loi : le droit à la santé, le droit au nom, le droit à l'honneur, le droit au crédit et le droit à la vie privée.
68. H. LIANG, « Songsanshi, huibianshi de minfadian bu fuhe Zhongguo guoqing » [La compilation distendue du code civil ne correspond pas aux caractéristiques chinoises], (2003) 1 *Zhengfa Luntan* 9, 11.

Le droit de la responsabilité civile alimente également de solides débats. Certains juristes estiment qu'il faut retirer cette matière du droit des obligations pour en faire un livre distinct dans le futur code civil, position critiquée par les juristes civilistes chinois[69]. L'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans le projet de code civil suscite aussi de vives controverses[70].

2.2.2 Les obstacles à la codification chinoise

Si passionnante que soit l'entreprise actuelle de codification en Chine, elle ne va pas sans heurts et plusieurs obstacles se dressent sur sa route. Certains touchent des questions de contenu, alors que d'autres sont d'ordre contextuel. Enfin, la position du modèle romano-germanique comme source d'inspiration des réformes du droit n'est pas aussi solide qu'il n'y paraît de prime abord.

2.2.2.1 Des concepts mal définis et le poids du contexte

Dans l'état actuel des choses, il existe des problèmes de clarification de notions fondamentales en droit civil chinois, eu égard aux personnes et aux biens[71]. Tout d'abord, il y a confusion entre la notion de personne physique et celle de citoyen. De même, la notion de personne morale n'est pas au point en droit des sociétés. Enfin, la notion de patrimoine demeure ambiguë. La clarification de ces questions revêt en Chine un caractère d'autant plus délicat en raison des dimensions idéologiques attachées à chacune.

À ce premier registre d'obstacles, il faut ajouter celui des points de contentieux profonds entre les juristes chinois eu égard au contenu de ce code et à ses fonctions. Pourrront-ils surmonter leurs désaccords ou le projet restera-t-il lettre morte, notamment parce que le besoin de droit légiféré peut tout simplement être comblé par de nouvelles lois ? L'avenir du code civil chinois est ici directement tributaire de la patience du législateur chinois.

---

69. L. WANG, « Lun qinquan xingwei fa de duli chengpian » [Propos sur un livre distinct pour le droit de la responsabilité civile], (2003) 4 *Xiandai Faxue* 3, 4.
70. H. WU, « Zhishichanquan lifa benli yu minfadian bianzuan » [Le mode législatif des droits de propriété intellectuelle et la codification du droit civil], (2003) 1 *Zhongguo Faxue* 48.
71. X.-Y. LI-KOTOVTCHIKINE, « La réforme du droit chinois par la codification », (2000) 3 *R.I.D.C.* 529, 549.

Le futur code civil fait l'objet d'appréciations divergentes eu égard à une autre question touchant aux codifications[72]. Certains juristes chinois voient dans le futur code une « compilation distendue » plutôt qu'une véritable codification[73].

En outre, l'étroite association du futur code à l'émergence d'une nouvelle classe, les entrepreneurs privés, constitue une source de fragilisation pour son avenir. Les entrepreneurs privés, comme classe, connaissent un sort précaire et volatile, qui risque de nuire au développement du futur code, très tributaire, comme tout le droit chinois, du vent politique qui souffle à Beijing. Le contexte politique à géométrie variable qui règne en Chine influe donc sur le processus de codification en cours, comme, du reste, sur tout le droit chinois.

Le paradigme du droit public demeure bien présent en Chine, en particulier chez la nouvelle gauche et plusieurs juristes. Au camp des juristes civilistes chinois s'oppose le camp des juristes publicistes[74]. L'issue de cette lutte demeure imprévisible.

Il faut aussi compter avec le statut, toujours fragile, de la règle de droit générale et impersonnelle, caractéristique du droit civil[75], dans une société encore largement régie par une conception casuistique et particulariste de la justice[76].

2.2.2.2 Un rapport ambigu au modèle romano-germanique : des questions en suspens

En Chine, la matière du droit des obligations a été partagée en deux livres, et cela nuit, certes, à sa cohérence interne. Cette division pose la question du rapport à l'original et du degré de conformité perçu comme requis ou non pour parler d'un code civil. Les obligations constituent une catégorie propre à la tradition romano-germanique. Est-il possible ou même

---

72. R. CABRILLAC, *op. cit.*, note 56, 189. Il s'agit par ailleurs d'un débat classique dans le contexte des codifications.
73. H. LIANG, *loc. cit.*, note 68, 9. Cet auteur reproche au futur code civil son absence de logique dans la structure et le contenu. Ce point de vue sévère n'est pas dénué de fondement compte tenu du fait que plusieurs lois ont été incorporées telles quelles dans le projet de code civil, sans grand souci d'en harmoniser le contenu avec les divisions du code.
74. X. ZHU, « Gongfa zhi lun » [Propos sur le droit public et l'État de droit], (2002) 5 *Zhongguo Faxue* 49. Dans cet article, l'auteur s'en prend vivement à ceux qui affirment que le paradigme du droit public est dépassé et doit être remplacé par celui du droit privé. À la page 56, il affirme que seul le droit public garantit les droits de la personne.
75. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 27, p. 72.
76. M.Y.K.WOO, « Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts », (1999) 8 *Pac. Rim L. & Pol'y* 581, 588.

obligatoire d'envisager un code civil avec le contenu des obligations repris ça ou là de façon éparse ? Cette question délicate ne sera pas tranchée ici, mais elle revêt un caractère exemplaire pour l'appréciation du droit transféré en Chine. En effet, les juristes chinois, à l'exception des civilistes ardents déclarés, abordent le modèle romano-germanique avec un regard extérieur, forcément différent de celui du juriste issu de la tradition de droit civil. Aussi, certaines valeurs privilégiées par les juristes civilistes occidentaux, telle la cohérence du droit, ne se voient pas accorder le même poids en Chine. Cette donne constitue le point de départ dans l'approche du droit chinois issu des réformes.

Dans la même veine, la question de l'influence de la common law en Chine par rapport à celle du modèle romano-germanique fait aussi partie des éléments ayant un effet sur le sort du futur code. Il s'agit d'une question d'actualité puisque cette tradition circule aussi beaucoup en Chine. Certains juristes chinois penchent pour la thèse de la convergence entre les deux modèles, et, par conséquent, ne voient aucun problème à l'inclusion de règles de common law dans le futur code[77]. Pour d'autres juristes chinois, un tel choix est inacceptable, et il faut tout faire pour préserver l'intégrité du modèle romano-germanique en Chine[78].

Par ailleurs, certains juristes chinois estiment que le futur code compte trop de contenu étranger et n'est pas suffisament axé sur les réalités et le besoins de la Chine[79]. Cette prise de position se situe dans le débat plus large sur la place des paradigmes locaux dans la réforme du droit par rapport à celle qui est dévolue aux modèles juridiques étrangers[80]. Ce débat demeure d'actualité dans la doctrine chinoise.

---

77. L. Wang, *loc. cit.*, note 55, 50; P. Jiang, *loc. cit.*, note 62, 27.
78. H. Liang, *loc. cit.*, note 68, 10.
79. Z. Yang, «Minfadian zhiding de jige zhongda wenti» [Des problèmes sérieux dans l'élaboration du code civil], (2003) 1 *Zhengfa Luntan* 15, 16.
80. Le chef de file dans ce débat est le professeur Zhu Suli, de l'Université de Beijing. Le courant en faveur des pradigmes locaux, dit *bentuhua*, comporte un camp ouvert aux modèles juridiques étrangers, mais partisan de leur adaptation au contexte chinois, et un camp, minoritaire, qui rejette les emprunts aux traditions juridiques étrangères. Voir : P. Gong, «Guojihua yu bentuhua : fazhi xiandaihua de shidai taozhan» [Internationalisation et *bentuhua* : les défis actuels de la modernisation du système juridique], (1997) 1 *Faxue Yanjiu* 87 ; Q. He, «Fa de yizhi yu fa de bentuhua» [Les transferts de droit et le droit comme ressource locale], (2002) 3 *Zhongguo Faxue* 3.

La tendance qui émerge dans les transferts de droit en Chine est celle d'emprunts concomitants aux deux traditions[81], sur fond de droit chinois. Le modèle romano-germanique ne peut donc prétendre à l'exclusivité comme source d'inspiration des réformes en cours. Le cas du Québec témoigne de la possibilité d'avoir un code civil dans un environnement par ailleurs imprégné de common law, dont certaines règles se trouvent même dans le *Code civil du Québec*. Il reste à voir quelle voie choisira le législateur dans cette Chine aux croisements de multiples traditions juridiques.

Conclusion

Le droit civil en Chine a subi, avec les Chinois, les soubresauts de l'histoire heurtée de ce pays. Le futur code civil chinois, et les luttes auxquelles il donne lieu, témoigne au moins d'une chose : le droit civil connaît une renaissance certaine en Chine, et son évolution reflète des préoccupations très contextuelles. Les rédacteurs du futur code civil et le législateur chinois ont un modèle puissant dont ils devraient s'inspirer, le grand Shen Jiaben. Les principes que ce dernier a formulés pour présider aux transferts de droit peuvent sembler utopiques, mais ils sont aussi plein de sagesse. Et surtout, le message de Shen Jiaben était un message d'ouverture et de conciliation des traditions juridiques. À ce titre, il est plus que jamais d'actualité.

81. Ce phénomène n'est pas propre à la Chine, ainsi que le souligne Gianmaria Ajani. Il comporte une conséquence certaine, celle de l'éclatement de la notion de « famille » ou « système juridique » qui a longtemps régi le droit comparé : G. ADJANI, « La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste », (1994) 4 *R.I.D.C.* 1087, 1097.