

## SOMMAIRE

<b>Présentation.....1</b>
编首语
<b>Actualités.....2</b>
时讯
<b>Comprendre le droit chinois.....5</b>
理解中国法制
<b>Les Institutions judiciaires chinoises : cours et parquets</b>
<b>Le droit chinois et nous.....8</b>
中国法律和我们
<b>L'Accès à la justice en Chine</b>
<b>Regards croisés.....12</b>
交流
<b>Le Rôle de l'avocat dans le système judiciaire</b>
<b>Le droit dessiné.....22</b>
从字到法
<b>La Justice – 司法</b>

## Présentation

Ce deuxième rendez-vous avec « La Chine et le Droit » est consacré au phénomène judiciaire chinois dans son ensemble. Une approche en trois étapes a été privilégiée : en premier lieu une introduction pour mieux comprendre le fonctionnement des institutions judiciaires ; en second lieu, une étude concernant l'accès à la justice en Chine du point de vue du justiciable et pour conclure, un regard croisé sur le rôle de l'avocat en France et en Chine.

Nous souhaitons que ces trois perspectives complémentaires vous permettent d'avoir une vision d'ensemble du système judiciaire chinois. Par ailleurs, en continuité avec notre numéro précédent, ce bulletin d'information s'ouvre par un retour sur l'actualité juridique de ces deux derniers mois et se termine par une double explication, à la fois sémantique et historique, du mot « Justice » en chinois (« sǐ fǎ »).

## Avis aux lecteurs

Le numéro 2 du bulletin d'information « La Chine et le Droit » est entre vos mains. Suite à vos commentaires et réactions, nous avons apporté quelques corrections à l'édition précédente (Janvier - Février 2008, initialement identifiée comme Numéro 0), qui devient donc notre Numéro 1.

## Ont contribué à ce numéro :

- M. Jean- Luc QUINIO, Conseiller juridique de l'Ambassade de France en Chine
- M. CHENG Chunming, professeur de droit à l'Université de science politique et de droit de Chine
- Me XIA Shansheng, Avocat, Associé du cabinet pékinois GuangSheng, Administrateur de la Chambre de commerce pour l'immobilier de la Fédération Nationale de l'Industrie et du Commerce de Chine
- Me Hubert BAZIN, Avocat associé, Gide Loyrette Nouel, Pékin
- M. LIU Yi, Post-doctorant à la faculté de droit de l'Université de Pékin
- Mme. ZHU Lin, docteur en droit, professeur de français à l'Université de Sciences Politiques et de Droit de Chine, traductrice
- M. Jacques DE SOYRES, coordinateur Chine de la Fondation pour le Droit Continental
- M. Alessandro MARIANI, chargé de mission au service juridique de l'Ambassade de France en Chine

*Ce document est destiné à un usage personnel. Tout autre usage requiert une autorisation préalable.  
juridique@ambafrance-cn.org*

Du 1<sup>er</sup> mars au 30 avril 2008

## Réforme légale

### **Le Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Populaire (ANP) a publié son agenda législatif pour l'année 2008**

Au cours de cette année le Comité Permanent va discuter l'amendement ou l'adoption de 18 lois, examiner 7 rapports de travail et mener des études sur l'application de 5 lois.

Il examinera également 11 projets d'amendement portant sur différents textes législatifs dont ceux sur la protection des handicapés, les assurances, les brevets, les compensations d'Etat ainsi que la loi électorale, et 7 projets de loi (dont ceux portant sur une économie respectueuse de l'environnement, l'encadrement des pouvoirs administratifs, la gestion des propriétés d'Etat, la sécurité alimentaire, l'assurance sociale).

### **Le Comité Permanent de l'ANP s'engage à rendre public tous les projets de loi afin de recueillir l'avis du public**

La publication de projets de loi sur le site internet de l'ANP ou dans les journaux avait déjà été pratiquée pour certaines lois intéressant directement la population mais c'est la première fois que l'ANP s'engage à systématiser la démarche.

## Droit pénal

### **Des permissions de deux jours pour voir leur famille accordées à certains détenus**

A partir de juillet 2008 et selon un nouveau règlement émis par le Ministère de la Sécurité Publique, les personnes condamnées à des peines de prison inférieures à 6 mois seront autorisées à effectuer une visite de deux jours pleins (hors temps de transport) par mois dans leurs familles. Les étrangers bénéficieront des mêmes avantages s'ils ont de la famille en Chine. Ils ne pourront en revanche pas quitter le territoire chinois.

Selon la loi pénale chinoise, les personnes condamnées à une peine de prison inférieure à un an sont détenues dans des maisons de détention gérées par la Sécurité Publique et non par le Ministère de la Justice qui a en charge les établissements de peines supérieures à un an.

Le règlement prévoit aussi que les détenus des maisons de détention ont le droit de recevoir des visites de leurs proches une ou deux fois par mois et de les appeler par téléphone.

La loi pénale prévoyait depuis 1979 la réunion familiale des condamnés à une peine inférieure à 6 mois mais n'avait jusqu'à aujourd'hui pas été correctement appliquée faute d'instructions détaillées.

### **Le nombre de peines de mort a diminué de 30% en 2007**

Le nombre de sentences de mort prononcées par les cours chinoises a diminué de 30% en 2007 par rapport à 2006. Certains experts estiment que cette diminution est une conséquence directe de la reprise par la Cour Suprême, depuis

le 1<sup>er</sup> janvier 2007, de l'examen de toutes les condamnations à mort prononcées en Chine<sup>1</sup>.

## Droit civil et commercial

**Appels à renforcer la médiation** – La Ministre de la Justice a appelé à renforcer la médiation populaire et les avocats à y participer.

La Cour Populaire Suprême a publié un avis incitant les juges à recourir à la médiation et leur conseillant d'étendre l'usage de la médiation à de nombreux types d'affaires civiles.

**La Chine envisage la réforme du système d'enregistrement de résidence (Hukou)** – Le système du « hukou » a été instauré en 1958 afin de contrôler les mouvements de population à l'intérieur de la Chine. Il distingue foyers ruraux et urbains en y liant des droits sociaux différents.

Le Ministère de la Sécurité Publique a annoncé que sous la conduite du Conseil des Affaires d'Etat, les consultations se poursuivaient au sein de 14 ministères pour unifier le système d'enregistrement de résidence, diminuer les restrictions aux migrations et arriver à une circulation plus rationnelle et fluide de la population. Les différents ministères ont déjà pu faire part de leurs recommandations dans un projet de circulaire et des expériences pilotes ont été menées dans certaines régions.

Le Hukou a déjà été l'objet de modifications et d'assouplissements à l'initiative de certaines autorités provinciales aux cours des dernières années. Le Ministère de la Sécurité Publique s'est néanmoins refusé à donner un calendrier de réformes et a insisté sur l'impossibilité de simplement supprimer le système actuel.

### **La Chine a signé son premier traité de libre-échange total avec un pays développé**

– Le traité signé avec la Nouvelle-Zélande est la conclusion de trois ans de négociations.

## Droit administratif

### **Le premier règlement local (provincial) sur la procédure administrative de Chine a été adopté dans la province du Hunan**

– “Le règlement sur la procédure administrative de la province du Hunan” a été adopté le 9 avril et va entrer en vigueur à partir du 1er octobre. L'intention du règlement est de renforcer la position du plaignant face à l'administration au cours de la procédure.

### **Prise en compte du traumatisme psychologique dans les compensations d'Etat**

– L'amendement de la loi sur les compensations d'Etat, prévu pour la fin de l'année 2008 ou le début de l'année 2009, devrait prendre en compte le traumatisme psychologique subi par les victimes d'actions administratives indues. La loi sur les compensations d'Etat a été promulguée en 1994 et l'opportunité de sa révision est

<sup>1</sup> Voir à ce sujet la rubrique « Comprendre le droit chinois » du présent numéro.

discutée depuis plusieurs années en raison de la faiblesse des montants compensatoires qu'elle prévoit.

**Nouvelle réglementation sur la gestion des loteries prévue pour la fin de l'année.** – Les loteries ont été autorisées dès 1987 et sont aujourd'hui une source importante de revenu pour l'action sociale de l'Etat. La valeur totale des tickets de loterie vendus en 2007 a ainsi atteint 101,6 milliards de yuans (environ 10 milliards d'euros), permettant de dégager plus de 30 milliards de yuans (environ 3 milliards d'euros) pour le financement de l'action sociale publique.

**L'enterrement en question** – Le Conseil des Affaires d'Etat a publié sur son site internet le projet de « règlement d'administration des enterrements ». Plus de 110 000 experts et citoyens y ont réagi en postant des commentaires.

La rareté du sol et l'importance de la population ont conduit les prix des enterrements à fortement augmenter au cours des dernières années. Cette rareté de sol disponible pour l'enterrement des cendres des défunts est renforcée en Chine par le concept « en paix une fois en terre » (入土为安, *rù tǔ wéi ān*) qui veut qu'on ne touche plus aux restes des défunts une fois ceux-ci inhumés.

Selon le Ministère des Affaires Civiles, la Chine enterre actuellement environ 80 millions de morts chaque année. Dans les villes de Nankin et Shanghai on estime que les ressources foncières pour les enterrements expireront dans 10 ans. Et certains de craindre que cette situation entraîne l'apparition d'un « conflit pour la terre entre vivants et défunts ». Le Ministère des Affaires Civiles a ainsi jugé utile de rappeler l'interdiction de procéder à des transactions et de spéculer sur des terrains destinés aux enterrements.

Pour faire face à cette situation certains préconisent la limitation de la durée d'attribution des emplacements afin de pouvoir enterrer les cendres de plusieurs défunts en un même endroit. D'autres vont plus loin et estiment qu'après la première réforme des coutumes funéraires dans les années 50 qui a vu l'inhumation des cendres remplacer l'inhumation des corps, il est désormais temps de procéder à une seconde réforme qui abolirait toute forme d'inhumation.

Afin de faciliter l'acceptation de cette évolution, un cimetière de Nankin a tout récemment proposé aux familles d'inhumer au pied d'un arbre les cendres de leur défunt dans une jarre biodégradable en trois mois. 20 jours après le lancement de cette offre, près de 800 personnes y avaient déjà souscrit.

Ces nouvelles formes d'inhumation ne sont cependant pas encore acceptées par tous. Selon les membres de l'administration des funérailles partisans de la réforme, les efforts de toutes les composantes de la société seront nécessaires pour faire évoluer les mentalités.

## Droits civiques et politiques

**Les habitants ruraux bientôt mieux représentés** – Avec l'amendement de la loi électorale prévu pour décembre 2008, le taux de représentation des habitants ruraux dans les assemblées locales devrait être multiplié par quatre et devenir ainsi égal à celui des habitants urbains. L'objet de ce projet de réforme est d'améliorer la prise en compte des préoccupations

des populations rurales qui représentent encore plus de 60% de la population totale chinoise.

## Droit social

**Le premier ministre Wen JiaBao a annoncé que la réforme du système de santé se concentrera sur le renforcement du service public** – La réforme devrait garantir la nature non lucrative du service médical public, accélérer la mise en place d'un réseau d'assurance santé dans les zones rurales et urbaines et instaurer un catalogue de production et de distribution de médicaments de base.

**Création d'un Ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale** – Ce nouveau ministère fusionne les compétences du Ministère du personnel et du Ministère du travail et de la sécurité sociale qui cessent tous deux d'exister.

**Une loi plus protectrice pour les personnes handicapées** – L'amendement à la loi sur la protection des handicapés actuellement en discussion ajoutera des dispositions concernant le soutien financier, la qualité des soins médicaux, la réinsertion ainsi que des politiques d'emploi et fiscale favorables aux personnes handicapées.

## Organisation judiciaire

**Elections des présidents de la Cour Populaire Suprême et du Parquet Populaire Suprême.**

M. WANG ShengJun, né en 1946, diplômé en 1968 du département d'Histoire de l'Université Normale de HeFei est entré au PCC en 1972 où il a fait l'essentiel de sa carrière. Il occupe le poste de secrétaire général du Comité central des affaires politico-légales du PCC depuis 1998. Il a été élu président de la Cour Populaire Suprême en mars 2008 pour un mandat de 5 ans.

M. CAO JianMing, né en 1955, est titulaire d'un master en droit de l'Université de Sciences Politiques et de Droit de Chine de l'Est obtenu en 1986. Il est entré au PCC en 1975 et est actuellement membre de son Comité central. Il a par ailleurs occupé les fonctions de président de l'Université de Sciences Politiques et de Droit de Chine de l'Est de 1997 à 1999, avant d'accéder au poste de vice-président de la Cour Populaire Suprême, poste qu'il a occupé jusqu'à son élection comme Procureur Général du Parquet Populaire Suprême en mars 2008 pour un mandat de 5 ans.

**Initiative locale : les parties au procès peuvent choisir l'heure de l'audience** - Le tribunal du district de XiCheng à Pékin offre cette possibilité dans les affaires que les parties ont choisi de voir traitées selon la procédure simplifiée. Cette initiative inédite s'accompagne de la systématisation de la présentation et de l'explication de la procédure simplifiée aux justiciables s'adressant à la cour.

**Les résidents de Taïwan autorisés à concourir à l'examen national judiciaire de Chine continentale** – Les conditions d'accès seront les mêmes pour les candidats taïwanais que pour les autres candidats. La réussite à ce concours ouvre l'accès aux professions de juge, procureur, avocat et notaire en Chine continentale.

**La Chine compte plus de 143 000 avocats** – Le nombre de cabinets s'élève à plus de 13 000.

## Entraide judiciaire

**Facilitation des échanges judiciaires entre la Chine continentale et Taïwan** – La Cour Populaire Suprême a publié une instruction concernant l'envoi et la réception de documents liés à des contentieux en matière civile entre la Chine continentale et Taïwan, alors que la difficulté d'échanger ce type de documents est devenue un problème récurrent pour les cours des deux côtés du détroit.

## Droit de l'environnement

**Création d'un Ministère de l'environnement** – L'Agence d'Etat de Protection Environnementale a été transformée en Ministère de la Protection Environnementale avec des pouvoirs renforcés. Le ministre de l'environnement a déclaré que la création de son ministère allait permettre de renforcer le contrôle du respect des normes environnementales et de sanctionner plus efficacement les infractions. Il a également annoncé qu'il établira le plus tôt possible un système d'inspection sur l'exécution de la loi de protection de l'environnement.

**Le projet de loi sur l'énergie va être rapporté au Conseil des Affaires d'Etat** – La rédaction de ce projet a commencé en 2006. Le 1er décembre 2007, le groupe de rédaction a publié le projet pour recueillir l'avis du public. Le projet comporte 15 chapitres et 140 articles portant notamment sur la stratégie et la planification énergétiques, la gestion générale, l'exploitation, le traitement, la transformation, l'approvisionnement et la distribution de l'énergie ainsi que sur les réserves énergétiques.

Le projet entend rapprocher le système des prix de l'énergie de la régulation par le marché et exige des compagnies pétrolières qu'elles établissent des inventaires pour compléter les réserves stratégiques de pétrole de l'Etat.

C'est la seconde fois que la Chine lance un processus législatif pour cette loi.

**La Chine va dépenser 78% de plus sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre et sur l'efficacité énergétique** – Le montant total des dépenses pour 2008 va s'élever à 41,8 milliards de yuans contre 23,5 milliards en 2007 a annoncé le Ministère des Finances. Cela afin de réaliser les objectifs environnementaux fixés pour 2010.

La Chine, bien que non contrainte par le protocole de Kyoto, s'est engagée à réduire de 20% l'énergie consommée pour chaque 10 000 rmb de PIB de 2006 à 2010 et de réduire les émissions de polluants majeurs de 10% sur la même période.

**Une usine chimique sera déplacée suite aux protestations de la population** – L'usine était en projet dans la ville côtière touristique de Xiamen, mais devant les protestations persistantes de la population de la ville, le maire a décidé que

l'usine de paraxylène devra être construite ailleurs. Il s'agit d'un projet de plus de 10 milliards de yuans. La décision du maire, saluée par le chef du Parti de la province du Fujian, marque un nouvel exemple de pression populaire conduisant à la modification d'une décision administrative. Le projet était suspendu depuis juin 2007.

**La distribution gratuite de sacs plastiques interdite à partir du 1er juin 2008** – Cette interdiction s'accompagne de l'interdiction de vendre les sacs plastiques à un prix inférieur au coût de production.

## Propriété Intellectuelle

**Moins de 10% des sociétés chinoises déposent des demandes de brevets** – Seules 26 000 grandes sociétés, soit 8,8% du nombre total de grandes sociétés chinoises, ont demandé des brevets de 2004 à 2006. Sur les quelques 300 000 grandes sociétés chinoises seulement 73 000 ont enregistré leur nom commercial.

**L'Etat entend assurer une protection totale de la propriété intellectuelle** – Le mécanisme de protection des Droits de Propriété Intellectuelle (DPI) adopté en juillet 2005 sera instauré dans tout le pays cette année a annoncé un membre du SIPO (Bureau d'Etat de la Propriété Intellectuelle). Ce mécanisme consiste principalement en l'établissement de 40 centres qui fourniront des conseils et une assistance aux personnes n'ayant pas les moyens de demander une protection de leur DPI.

**Nouvelle approche du paiement des compensations dans les affaires de propriété intellectuelle** – La Cour Populaire Suprême a demandé aux cours de différents niveaux d'adhérer au principe de « compensation complète » quand elles traitent des affaires de propriété intellectuelle, autrement dit de ne pas se contenter d'imposer le versement des compensations minimales légales mais de calculer le montant des compensations en fonction des pertes et gains liés à la violation de la propriété intellectuelle.

Le vice-président de la Cour Populaire Suprême CAO Jianming (élu par la suite Procureur Général du Parquet Populaire Suprême) a encouragé les cours à recourir à des experts et auditeurs afin de mettre en place un système d'évaluation des compensations à verser dans ces affaires de propriété intellectuelle.

---

### *En chiffres cela fait...*

Le nombre de lois et règlements publiés par la Chine au cours des périodes 1979-1983, 1996-2000 et 2001-2004, a été de 4119, 37 775 et 94 288 respectivement.

## Les institutions judiciaires chinoises : cours et parquets.

Démantelé sous la Révolution culturelle (1966-1976), l'appareil judiciaire chinois connaît depuis 1978 une évolution importante qui continue aujourd'hui. La situation décrite ci-dessous en reflète l'état actuel.

### Organisation générale

Les cours et parquets chinois sont responsables devant l'Assemblée nationale populaire et les assemblées provinciales ou locales. Ils ne relèvent pas du Ministère de la Justice qui est, pour l'essentiel, en charge de la gestion des prisons et des centres de rééducation par le travail, de l'aide juridictionnelle ainsi que de la supervision des professions d'avocats et de notaires.

### Nomination et rémunération des juges et procureurs

La nomination et la rémunération des juges et des procureurs dépendent de l'Assemblée Nationale Populaire pour la Cour Suprême et le Parquet Suprême, des assemblées populaires locales pour les tribunaux et parquets locaux.

Ces liens organiques entre autorités politiques et judiciaires, sources de difficultés, sont de plus en plus remis en question et la Cour Populaire Suprême a récemment publié une « interprétation » permettant le transfert d'affaires d'une cour à une autre afin de les soustraire, si nécessaire, aux influences et interventions institutionnelles locales.

Depuis 2002, un concours commun aux professions de juge, procureur, avocat et notaire permet d'établir la liste des personnes habilitées à exercer des fonctions « judiciaires ». L'instauration de ce concours constitue une avancée majeure dans l'amélioration du niveau de qualification des magistrats<sup>2</sup> qui constitue encore un des points faibles du système judiciaire chinois.

Les salaires des juges comme ceux des procureurs sont déterminés par la grille de salaire de la fonction publique chinoise. Le salaire de base des magistrats de même rang est donc le même dans toute la Chine. Les rémunérations sont cependant ajustées en fonction du niveau de vie local. Il peut donc exister des différences de revenu significatives d'une province à une autre<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Aux concours de 2006 et 2007, le nombre d'inscrits était respectivement de 280 560 et 294 000 et le taux d'admission de 14,4% et 22,39%. Source : [www.gov.cn](http://www.gov.cn)

<sup>3</sup> Selon les chiffres de Mei Ying Gechlik (*Judicial reform in China : lessons from Shanghai*, Columbia Journal of Asian Law, 2005), en 2004, à l'exception de Shanghai, où le salaire annuel d'un juge après

quelques années d'expérience était compris entre 70.000 Renminbi et 110.000 RMB (7000 à 11000 euros), le salaire moyen des juges chinois s'élevait, tout au plus, à 20.000 RMB (2000 euros) par an.

### Le fonctionnement des tribunaux populaires

Le système des tribunaux populaires est composé de la Cour Populaire Suprême, des tribunaux populaires locaux et des tribunaux populaires spéciaux.

Chaque tribunal est dirigé par un président assisté d'un vice président et organisé en chambres pénales, civiles, économiques et administratives, chacune également dirigée par un président et un vice-président.



### Hiérarchie des cours

Les tribunaux populaires locaux sont organisés pour une circonscription territoriale spécifique et s'occupent de l'ensemble des contentieux (civil, commercial, administratif et pénal).

Ils comportent trois degrés qui correspondent à des niveaux administratifs différents: tribunaux populaires de base (au niveau du comté ou du district), tribunaux populaires intermédiaires (au niveau de la préfecture) et tribunaux populaires supérieurs (au niveau de la province).

quelques années d'expérience était compris entre 70.000 Renminbi et 110.000 RMB (7000 à 11000 euros), le salaire moyen des juges chinois s'élevait, tout au plus, à 20.000 RMB (2000 euros) par an.

<sup>4</sup> Celui-ci, même s'il s'accompagne comme pour tous les fonctionnaires de prestations sociales avantageuses, n'est guère plus élevé que le salaire moyen chinois qui est d'environ 15 000 RMB par an et qui inclut les faibles revenus des populations rurales.

Les décisions rendues peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la juridiction immédiatement supérieure.

La Chine compte aujourd'hui 3 558 tribunaux populaires de toutes catégories<sup>5</sup> et près de 200 000 juges.

### Compétences

Les tribunaux populaires de base jugent en première instance les affaires civiles ordinaires et les affaires pénales mineures, guident le travail des comités populaires de médiation, sensibilisent l'opinion publique à la législation, répondent aux plaintes de citoyens et les reçoivent le cas échéant<sup>6</sup>.

Ils peuvent se déclarer incompétents et transmettre les affaires dont ils sont saisis aux tribunaux des échelons supérieurs.

L'affaire parviendra alors au tribunal intermédiaire qui peut en outre être saisi en première instance pour les affaires plus graves susceptibles d'entraîner les peines les plus lourdes (emprisonnement à perpétuité et peine capitale), ayant trait à la sécurité nationale ou bien encore impliquant des étrangers. Les tribunaux intermédiaires peuvent se déclarer incompétents et transmettre les affaires de droit pénal, civil et administratif dont ils sont saisis aux tribunaux supérieurs.

Ceux-ci jugent en première instance les affaires de droit pénal, civil et administratif « importantes ou complexes » qui relèvent de leur juridiction. Les critères d'importance et de complexité ne font pas l'objet d'une définition rigoureuse.

### Les tribunaux populaires spéciaux

Les tribunaux populaires spéciaux regroupent les tribunaux militaires, les tribunaux maritimes et les tribunaux ferroviaires. Il existe également des chambres spécialisées, qui traitent des litiges forestiers, agricoles et pétroliers.

Il est à noter que le président d'un tribunal militaire n'est pas élu par l'Assemblée nationale populaire mais nommé conjointement par la Cour Populaire Suprême et par la Commission militaire centrale.

### Les Comités de jugement

Spécificité chinoise, les comités de jugement existent dans toutes les cours populaires, à tous les échelons, y compris au sein de la Cour Populaire Suprême. Ils ont pour fonction de fixer la jurisprudence et de traiter les affaires « importantes ou complexes ».

Les comités de jugement sont composés de magistrats expérimentés : les président et vice-présidents du tribunal, les présidents de chambre et d'autres membres éminents du PCC au sein du tribunal.

Ces magistrats sont nommés et destitués par le Comité permanent de l'Assemblée populaire de l'échelon correspondant, sur la recommandation du président du tribunal qui préside toutes les audiences du comité de jugement. Le procureur du parquet populaire de l'échelon correspondant peut assister aux audiences, sans droit de vote.

<sup>5</sup> 3120 tribunaux de base, 406 tribunaux intermédiaires et 32 tribunaux supérieurs.

<sup>6</sup> Pour plus d'informations sur cette dernière activité des tribunaux, voir la rubrique *Le Droit chinois et nous* du présent numéro, au chapitre des « Lettres et visites ».

L'existence de ces comités est critiquée par les observateurs étrangers et débattue depuis plusieurs années par les juristes chinois. Alors que ses défenseurs insistent sur l'intérêt qu'il y a à profiter de l'expérience des membres des comités de jugement à la fois pour améliorer la qualité des jugements rendus et pour résister aux éventuelles pressions et tentatives de corruption, ses dénonciateurs mettent en avant le fait qu'avec l'intervention de ces comités, ceux qui jugent *in fine* l'affaire ne sont pas ceux qui l'ont entendue, n'incitant en outre pas les juges à accorder beaucoup d'attention aux arguments exposés au cours du procès. Ils soulignent également que ce système porte atteinte au renforcement de l'autorité des juges et à la transparence des procédures.

En réponse à certaines de ces critiques, la Cour Populaire Suprême a inscrit dans son dernier programme de réformes en date la possibilité pour les comités de jugement de juger directement les affaires nécessitant leur intervention ainsi que la spécialisation de ces comités en fonction de la nature civile, pénale ou administrative des affaires.

### La supervision d'affaires individuelles<sup>7</sup>

Autre spécificité chinoise, la supervision d'affaires individuelles permet de réexaminer, de rejurer et éventuellement d'annuler une décision de justice définitive et exécutoire. Elle peut être initiée par une des parties au procès en s'adressant à la cour, par le parquet dans le cadre de son pouvoir de supervision, par le président de la cour ou par une cour d'un niveau supérieur et par les Assemblées populaires locales en matière pénale, civile ou administrative<sup>8</sup>. Elle ne se confond pas avec la procédure d'appel.

Là encore, le débat sur l'opportunité de ce système oppose ceux qui voient en lui le moyen de remédier au manque de professionnalisme des juges et de corriger les injustices résultant de jugements erronés à ceux qui y voient une négation de l'autorité de la chose jugée et une possibilité pour les autorités politiques de faire procéder à l'annulation des décisions de justice qui leur sont défavorables.

Les affaires faisant l'objet de ce type de supervision restent cependant très minoritaires (environ 2% de toutes les affaires jugées par les cours) et celles qui voient leur verdict modifié sont encore plus rares (entre 0,3 et 0,4%).

### La Cour Populaire Suprême

La Cour Populaire Suprême est la plus haute autorité judiciaire de Chine à l'exception de Hong Kong et de Macao qui ont des organisations judiciaires indépendantes.

Elle siège à Pékin, et exerce le pouvoir juridictionnel suprême de l'Etat, tout en exerçant un pouvoir de contrôle sur l'activité des tribunaux populaires locaux et des tribunaux populaires spéciaux. La Cour Populaire Suprême dispose du

<sup>7</sup> 个案监督, *gean jian du* en chinois, Individual Cases Supervision, ICS en anglais.

<sup>8</sup> Quand la supervision est initiée par une partie au procès, elle ne suspend pas le caractère exécutoire du jugement, au contraire des supervisions initiées par le parquet ou l'assemblée populaire. Tous les jugements, quel que soit l'initiateur de la supervision, peuvent cependant être se voir finalement annulés, la seule exception étant en matière civile les jugements de divorce.



pouvoir de révision. Les jugements qu'elle rend, qu'ils soient de première ou de seconde instance, ne peuvent pas faire l'objet de recours.

### Organisation

La Cour Populaire Suprême est composée de chambres spécialisées à compétences criminelle, civile, administrative et commerciale, ainsi que de plusieurs bureaux spécialisés. Elle compte un président nommé pour 5 ans, 44 « grands juges » et environ 200 juges ou juges assistants.

### Compétences

Aux termes des dispositions des lois de procédure pénale, de procédure civile (litiges économiques) et de procédure administrative, les affaires de première instance placées sous la juridiction de la Cour Populaire Suprême sont les affaires d'importance capitale et complexe, à portée nationale. Elle peut en outre s'autosaisir d'affaires qu'elle juge relever de ses attributions.

La Cour Populaire Suprême examine et ratifie les condamnations à la peine de mort<sup>9</sup>. Elle procède également à des « interprétations judiciaires » sur l'application des lois et publie des règlements qui s'imposent à l'ensemble des tribunaux.

**Dans les années 1980**, en raison d'une augmentation des crimes et du lancement de la campagne « Frapper fort », le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire a autorisé le **transfert du pouvoir de confirmation de la peine de mort**, depuis la Cour Populaire Suprême vers les tribunaux populaires supérieurs, pour les affaires d'homicide, de viol, de pillage et d'incendie criminel.

**Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007** et après plusieurs années de débats et la médiatisation de plusieurs scandales judiciaires, la Cour Suprême a mis fin à cette délégation de compétence. Elle examine désormais toutes les condamnations à la peine capitale pour les approuver, les infirmer ou ordonner un nouveau jugement.

### Le fonctionnement du Parquet Populaire Suprême et des parquets populaires

La structure des parquets populaires est symétrique de celle des tribunaux populaires. Ils se structurent donc en Parquet Populaire Suprême, parquets populaires locaux aux différents échelons administratifs et parquets populaires spéciaux. Ils comprennent également un « comité de parquet » qui correspond au comité de jugement des tribunaux populaires.

On compte en Chine 75 000 procureurs répartis dans 3648 parquets. De même que les cours sont soumises à l'autorité de la Cour Suprême, les parquets sont soumis à l'autorité du Parquet Suprême, pas à celle du Ministère de la Justice.

<sup>9</sup> En 2007, la Cour Populaire Suprême a ainsi refusé d'approuver 15% des condamnations à la peine capitale qui lui ont été soumises.

### Compétences

Les parquets sont les organes de contrôle judiciaire de l'Etat. Ils engagent ou soutiennent l'action publique dans les affaires pénales, décident s'il faut procéder ou non à l'arrestation<sup>10</sup>, contrôlent le respect de la loi par les organes de sécurité publique et par les tribunaux populaires dans l'exercice de leurs fonctions tant en matière pénale qu'en matières administrative ou civile. Les parquets sont également chargés de veiller au respect de la légalité dans l'activité des prisons, des centres de détention et des établissements de rééducation par le travail.

Le Parquet Suprême a pour tâche principale de diriger et contrôler le travail des parquets populaires locaux.

Le Parquet Suprême conduit également l'action publique pour les affaires les plus importantes ou de portée nationale ou mettant en cause des fonctionnaires. Il dispose enfin d'un pouvoir normatif d'interprétation et de publication de règlements concernant la pratique des parquets.

### La relation des parquets avec les cours

Les parquets disposent en Chine de pouvoirs de supervision étendus sur les jugements rendus par les tribunaux<sup>11</sup>. Ainsi, même si les parquets et les tribunaux jouissent en théorie d'un statut équivalent, les premiers, du fait également de leur rôle de supervision de l'instruction et de la nature inquisitoire de la procédure chinoise, sont en réalité en position de force par rapport aux seconds.

L'équilibre véritable des pouvoirs entre la police, le parquet et les cours est curieusement illustré par l'expression chinoise : « la police cuit le riz, le parquet l'amène sur la table et le tribunal le mange »<sup>12</sup>.

### Une réforme en cours

Les cours et parquets chinois sont engagés dans une réforme qui les pousse à plus de professionnalisme, à de meilleures conditions matérielles de travail et, quoi qu'il s'agisse là d'un point moins évident, à plus d'indépendance par rapport aux autorités politiques et administratives.

L'enjeu de cette réforme est important pour les autorités comme pour les citoyens chinois : d'elle dépend en partie le maintien de la stabilité sociale et du développement économique du pays ainsi que le développement de l'accès à la justice. Cette importance croissante attribuée aux institutions judiciaires ne joue cependant pas uniquement en faveur du renforcement de l'autorité des magistrats qui se retrouvent soumis à une forte pression publique, médiatique et politique. Il s'agit là d'une contrainte à prendre en compte dans la compréhension de l'évolution du travail judiciaire chinois.

<sup>10</sup> Différente de la mise en garde à vue qui relève exclusivement des organes de sécurité publique.

<sup>11</sup> Voir dans le présent article le chapitre sur la supervision d'affaires individuelles.

<sup>12</sup> Mme Xin ChunYing, *Chinese Courts History and Transition*, 法律出版社, 2004.

## L'Accès à la justice en Chine



L'objet de cet article est de donner un bref aperçu de l'accès à la justice en Chine au sens strict du terme, autrement dit d'évoquer les démarches qui permettent aux citoyens chinois et aux résidents non-chinois de faire valoir leurs droits.

### Accès aux institutions judiciaires

L'accès à la justice passe d'abord par l'accès aux institutions judiciaires. La procédure à suivre pour saisir les cours de justice est décrite dans les lois de procédure civile, administrative et pénale.

#### Les démarches à effectuer

En matières civile et administrative, toute personne physique ou morale, mineurs compris, ayant un intérêt direct dans une affaire peut saisir une cour en y déposant une demande écrite ou, « faute de pouvoir écrire », orale.

En matière pénale, toute personne physique ou morale, qui découvre des faits ou des suspects criminels a le devoir de les dénoncer à une cour, à un organe de sécurité publique ou à un parquet<sup>13</sup>.

Une fois la requête adressée à l'organe compétent, ce dernier doit procéder rapidement à l'examen de la requête et décider si elle est recevable et peut être traitée ou non.

<sup>13</sup> Article 84 de la loi de procédure pénale.

Que ce soit en matière civile, administrative ou pénale, le justiciable a toujours le droit de demander à l'organe qui a examiné sa demande et qui l'aurait rejetée de procéder à un réexamen.

#### La réception des demandes par les cours et organes compétents

La cour, le parquet ou la police en matière pénale ont le devoir d'examiner la demande qui leur a été adressée afin de décider si elle remplit les conditions légales et peut être acceptée<sup>14</sup>.

En matière pénale, les organes qui reçoivent la demande doivent apprécier la nature pénale des faits rapportés, s'assurer qu'il existe des preuves objectives de la commission de l'infraction, qu'elle n'est pas prescrite et s'assurer que le suspect ne bénéficie pas d'une immunité. L'article 86 du Code de procédure pénale dispose que « ...lorsque [l'organe compétent] estime qu'il y a bien acte criminel et que la responsabilité pénale doit être poursuivie, il doit accepter l'affaire. »<sup>15</sup>

En matière civile, la cour vérifiera que la requête vise une personne morale ou physique clairement identifiée, que sa motivation est bien établie et qu'elle est justifiée. Elle pourra demander des pièces complémentaires si nécessaire (acte de mariage pour des demandes de divorce, bail pour des litiges de loyers etc.).

En matière administrative, la loi précise que les actes relevant de la défense nationale ou des affaires étrangères, les réglementations ou décisions à force obligatoire formulées par des organes administratifs, et certains autres actes administratifs spéciaux<sup>16</sup> ne peuvent être traités par les cours de justice.

#### Le coût de l'accès aux institutions judiciaires

En matière civile et administrative, les personnes ou organisations demandant à une cour de se saisir d'une affaire que la cour accepte de traiter, doivent s'acquitter de frais de justice.<sup>17</sup>

Ces frais couvrent l'acceptation de leur demande, le traitement de leur dossier et ensuite la convocation des témoins, interprètes et experts à l'audience (frais de transport,

<sup>14</sup> En matière civile et administrative cette décision doit être prise dans un délai de 7 jours.

<sup>15</sup> Certains experts chinois ont critiqué cet article qu'ils jugent trop imprécis et qui, par l'interprétation étroite qu'en font les magistrats, a conduit au faible nombre d'affaires pénales acceptées et effectivement jugées. Les magistrats ont en effet tendance à ne pas accepter les affaires dont la nature pénale n'est pas prouvée de manière absolument certaine. Voir à ce sujet l'article de LI YuPing, 公诉案件立案标准新探 in *Law Science Magazine/法学杂志* n°23, novembre 2002.

<sup>16</sup> Non précisés dans la loi de procédure administrative.

<sup>17</sup> Les montants et la procédure de paiement de ces frais sont précisés dans la circulaire du Conseil des Affaires d'Etat du 8 décembre 2006, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007.



d'hébergement, de pension, indemnisation des journées non travaillées etc.).

Les montants des frais de traitement de dossier et d'acceptation des demandes sont fonction de nombreux barèmes et très variables.

A titre indicatif, le coût lié au règlement des frais de traitement de dossier pour les affaires civiles les moins importantes financièrement<sup>18</sup>, y compris les divorces, se situe entre 50 et 300 rmb<sup>19</sup>. Pour les litiges au travail, il est de 10 rmb et pour les affaires administratives il se situe entre 50 et 100 rmb. Ces coûts sont donc relativement bas et ne représentent pas un obstacle à l'accès aux institutions judiciaires, au contraire des frais éventuels d'expertise, de transport, d'avocat etc. qui peuvent être élevés.

Afin de surmonter cette difficulté, les personnes qui ont de réelles difficultés à payer les frais de procédure peuvent demander un différé, une réduction voir une exemption du paiement de ces frais à la cour.

### Les obstacles à la réalisation de ces démarches

Avec un ratio d'une juridiction pour 361 000 habitants<sup>20</sup>, la Chine compte un nombre relativement faible de cours de justice. De plus, le retard en développement et le manque d'infrastructures de certaines régions isolent les populations et leur rendent l'accès aux institutions judiciaires difficile. C'est pour remédier à ce problème que la Chine a encouragé, particulièrement depuis quelques années, le système des cours itinérantes qui amène les magistrats à se rendre dans les lieux les plus reculés afin d'y traiter et juger sur place les affaires des habitants locaux<sup>21</sup>.



Outre l'obstacle géographique, il existe en Chine un obstacle psychologique non négligeable. Le recours aux institutions judiciaires afin d'obtenir le règlement d'un litige n'est pas encore entré dans les habitudes de tous les Chinois, et notamment des populations rurales que le système des cours itinérantes s'efforce de toucher.

<sup>18</sup> N'impliquant pas de biens matériels d'une valeur supérieure à 10 000 rmb.

<sup>19</sup> 10 rmb = environ 1 euro.

<sup>20</sup> Le ratio est d'une juridiction pour 83 000 habitants en France, soit plus de quatre fois supérieur à celui de la Chine.

<sup>21</sup> Sur le sujet, voir notamment le film réalisé par Liu Jie « *Le dernier Voyage du juge Feng* », 2006.

Cette situation est due à la fois au rôle de sanction qui a longtemps été le seul rôle des juges en Chine<sup>22</sup> et qui a traditionnellement fait du tribunal le lieu à éviter à tout prix, et au manque de confiance de la population envers ses institutions judiciaires accusées d'incompétence et de corruption.

Cette méfiance vis-à-vis du tribunal n'a cependant pas empêché le nombre d'affaires traitées par les cours de doubler depuis le début des années 90. Si ce nombre n'a pas significativement augmenté au cours des dernières années, il n'en reste pas moins que l'augmentation très forte du nombre de procédures d'appel et l'attention portée, tant par l'opinion publique que par les autorités, aux réformes des institutions judiciaires chinoises témoignent à la fois des attentes croissantes à l'égard de ces institutions et de la volonté de répondre à ces attentes en améliorant le système judiciaire.

### Les autres voies d'accès à la justice

Les institutions judiciaires ne sont cependant pas les seuls moyens de faire valoir ses droits en Chine, tant en matière administrative qu'en matière civile ou commerciale. Pour faire face à l'augmentation générale des litiges en Chine, les voies alternatives d'accès à la justice sont appelées à jouer un rôle important.

#### « Lettres et visites »

L'habitude, lorsque l'on estime être victime d'une injustice de la part de l'administration, d'aller déposer une plainte auprès d'une autorité supérieure en dehors de toute procédure judiciaire est profondément enracinée dans la tradition chinoise et remonte à la période impériale. Depuis la fondation de la République Populaire de Chine, des mécanismes de traitement de ces plaintes adressées par des « lettres et visites » (信访 *xìnfāng*), censés garantir le droit de pétition des citoyens, ont été mis en place. Le système *xinfang* dispose d'une base constitutionnelle<sup>23</sup>. Depuis 2003 et à l'initiative du président Hu JinTao, sa mise en œuvre est réalisée par une conférence regroupant 28 organes, dont le Bureau d'Etat des Lettres et Plaintes, qui a elle-même mis en place cinq groupes de travail spécialisés<sup>24</sup> chargés de répondre aux plaintes. Les cours de justice recevant elles aussi un nombre important de ces plaintes<sup>25</sup>, la Cour Suprême de Chine a publié un règlement sur la manière de les traiter.

Le nombre de plaintes adressées au gouvernement ou aux autorités judiciaires par ce moyen a fortement augmenté au cours des dernières années, la majorité des plaintes visant des autorités locales<sup>26</sup>. Le nombre annuel total de plaintes ainsi déposées n'est pas publié mais il est très largement supérieur au

<sup>22</sup> Voir la rubrique « Le Droit Dessiné » du présent numéro.

<sup>23</sup> Art. 41 de la Constitution.

<sup>24</sup> Un groupe est notamment spécialisé sur les questions de réquisition foncière en zone rurale.

<sup>25</sup> Jusqu'à plus de 10 millions en 1999, année record suite à laquelle le nombre de plaintes reçu par les cours a commencé à baisser.

<sup>26</sup> Les plaignants n'hésitent parfois pas à faire le voyage jusqu'à la capitale Pékin pour déposer leur plainte auprès de l'administration centrale. Cela a conduit la plupart des gouvernements provinciaux à ouvrir à Pékin des bureaux chargés de réceptionner les personnes ayant fait le déplacement, de traiter leurs demandes et de les inviter à s'en retourner chez elles.

nombre d'affaires administratives traitées par les cours chaque année<sup>27</sup>.

La prédominance du système *xinfang* par rapport à la voie contentieuse judiciaire peut s'expliquer par l'ancienneté du premier par rapport à la seconde ainsi que par la volonté du plaignant de ne pas entrer dans une confrontation directe avec l'administration. Elle est cependant critiquée pour la perturbation du travail des cours qu'elle entraîne et le contournement des procédures judiciaires qu'elle implique.

### La médiation populaire

Autre pratique ancienne en Chine, la médiation d'un litige civil par des tiers en dehors des structures judiciaires a été formalisée au début des années 50 par l'instauration des comités de médiation populaire. Ces comités existent toujours.<sup>28</sup>

Il s'agit d'organisations non-gouvernementales mises en place par les comités villageois (en zone rurale), résidentiels (en zone urbaine) ou par les unités de travail (dans les entreprises) qui s'efforcent de résoudre les litiges civils et du travail de leur localité ou de leur entreprise. Composés de résidents locaux ou de membres du personnel volontaires qui ont reçu une formation minimale en droit, leur activité de médiation est menée sous le contrôle du département de la justice local, avec le soutien des tribunaux populaire de base et repose sur les lois et règlements en vigueur ainsi que sur l'usage de la « raison ».

Ces comités ont joué un rôle très important depuis leur création dans la résolution des litiges civils. Dans les années 1970, la plupart des affaires civiles ainsi que les petites affaires pénales étaient traitées par ces comités.



Deux médiateurs populaires au travail

Avec le développement du système judiciaire chinois, l'action de médiation des comités populaires a été limitée aux affaires civiles les plus simples, en matière familiale notamment, et on a constaté une baisse du nombre de recours aux comités de médiations populaires au cours des années 90 et au début des années 2000. Alors que des années 50 aux années

80, la plupart des affaires civiles étaient réglées par ces comités, ces derniers en traitent aujourd'hui moins que les cours de justice. Ces dernières sont par ailleurs chargées de traiter les affaires pour lesquelles les procédures de médiation populaire ont échoué.

On compte néanmoins encore 840 000 comités de médiation populaire en Chine composés de 4 980 000 membres. En outre, le nombre d'affaires traitées par ces comités augmente à nouveau depuis 2004, se situant aujourd'hui à environ 4,5 millions par an avec un taux de réussite officiel de 95%, et les autorités chinoises ont récemment affirmé leur volonté de développer les systèmes de médiation extrajudiciaire. Enfin, il convient de distinguer l'activité des comités de médiation populaire en matière de contentieux au travail, qui n'a elle cessé d'augmenter rapidement tout au long de la dernière décennie<sup>29</sup>.

### L'arbitrage

L'arbitrage en matière commerciale et en matière de droit du travail s'est beaucoup développé en Chine depuis le milieu des années 90. Alors qu'en matière commerciale il tend à se rapprocher des pratiques internationales, son utilisation pour résoudre les litiges du travail est un trait plus particulier à la Chine. En matière de conflits du travail, les parties peuvent avoir recours à l'arbitrage après une tentative de médiation ou directement.

Si le nombre de ces conflits a plus que quintuplé de 1996 à 2004, le nombre de ceux résolus par les comités d'arbitrage spécialisés a été multiplié par plus de 8 sur la même période, témoignant du dynamisme de ce mode de résolution des conflits du travail.

La nouvelle loi sur la médiation et l'arbitrage des conflits du travail du 29 décembre 2007 est venue renforcer et faciliter l'accès à la justice en matière de droit du travail que permet l'arbitrage, en augmentant la force contraignante des décisions d'arbitrage vis-à-vis de l'employeur et en supprimant les coûts d'accès à cette procédure, auparavant parfois très élevés.

### Accès à la défense

L'accès à la défense connaît des développements intéressants en Chine depuis le milieu des années 90 et la création d'un système d'aide juridictionnelle institutionnalisé.

### Qualité des défenseurs

Les accusés ont le droit tant en matière civile que pénale qu'administrative de mandater une ou deux personnes pour les défendre au procès. Ces défenseurs peuvent être des avocats, des personnes recommandées par des organisations publiques ou l'unité de travail de l'accusé, ou tout citoyen approuvé par la cour.

En matière pénale, si l'accusé a des difficultés, financières notamment, pour être assisté d'un avocat, la cour pourra en désigner un dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

Au-delà de ces dispositions légales, l'aide juridique fait l'objet d'une institutionnalisation croissante.

<sup>27</sup> En 2006 les seules cours de justice ont reçu près de 4 millions de « lettres et visites » alors qu'elles n'ont jugé en 1<sup>ère</sup> instance que 95 052 affaires administratives.

<sup>28</sup> L'article 111 de la Constitution les mentionne et la loi du 04/11/1998 définit leur nature et leurs fonctions.

<sup>29</sup> Le nombre de contentieux du travail résolus par la médiation a ainsi presque quadruplé de 1996 à 2004, passant de 24 000 à plus de 80 000.

## Accès à l'aide juridique

L'aide juridique se développe en Chine, alors que les services des avocats restent financièrement inaccessibles à l'immense majorité des justiciables chinois.

Mentionnée pour la première fois par le gouvernement chinois en 1993, l'aide juridique n'a depuis cessé d'étendre et de consolider sa base légale. La Réglementation nationale sur l'aide juridique (ou juridictionnelle) publiée par le Conseil des Affaires d'Etat en 2003, définit notamment sa nature et son objet : il s'agit d'assurer aux citoyens ayant des difficultés financières l'accès (gratuit ou peu coûteux) à des services juridiques tels que des consultations juridiques, des conseils mais aussi à la défense en matière pénale et dans certains cas, ce qui ne figurait pas dans les lois de procédure, en matière administrative et civile. Ces services d'aide juridictionnelle sont assurés soit par des avocats travaillant à plein temps au sein de centres d'aide juridique rattachés aux bureaux de la justice locaux, soit par des avocats commis d'office par ces centres.



Volontaire offrant des conseils juridiques

Par ailleurs, parallèlement à la mise en place de ce système d'aide juridictionnelle par le Ministère de la Justice (on compte aujourd'hui plus de 3000 centres d'aide juridique gouvernementaux<sup>30</sup>), des initiatives non gouvernementales (au sein de cabinets d'avocats privés ou d'établissements d'enseignement supérieur) ont vu le jour depuis 1995. Ces centres offrent des services d'aide juridique similaires à ceux offerts par les centres gouvernementaux aux citoyens chinois qui en ont besoin, en ciblant parfois certaines populations défavorisées (travailleurs migrants, femmes, mineurs etc.).

### Pour les étrangers

Les lois de procédures chinoises et la circulaire du Conseil des Affaires d'Etat relative aux frais de procédure s'appliquent également aux étrangers sous réserve du principe de réciprocité.

Par ailleurs, la Chine a ratifié la Convention de Vienne qui prévoit dans son article 36 une assistance consulaire pour les ressortissants d'un pays incarcérés à l'étranger.

Cette assistance consiste à vérifier que les droits que confèrent aux détenus les textes locaux en vigueur sont bien respectés.

Les étrangers arrêtés ou détenus ont donc le droit de communiquer avec les postes diplomatiques de leur pays et les agents procédant à l'arrestation doivent les y aider. Les étrangers détenus ou emprisonnés ont donc également le droit de recevoir des visites de leurs proches une ou deux fois par mois et de les appeler par téléphone. Ceux purgeant une peine inférieure à 6 mois peuvent bénéficier de permissions de se rendre dans leur famille à condition qu'elle réside sur le territoire chinois<sup>31</sup>.

Les autorités étrangères ne peuvent cependant ni intervenir sur le fond d'une affaire de justice ni interférer dans le fonctionnement de la justice chinoise.

Les étrangers ne sont pas mentionnés dans la Réglementation nationale sur l'aide juridique. Deux circulaires publiées par la Cour Populaire Suprême précisent néanmoins que les dispositions du code de procédure pénale s'appliquent aux étrangers et que ceux-ci, s'ils sont sans représentant légal pour assurer leur défense, ont le droit de bénéficier des services d'un avocat commis d'office par la cour. Dans les faits, c'est donc cette forme que prend l'aide juridique aux étrangers.

Deux points relatifs à l'accès à la justice par les étrangers en Chine méritent en outre d'être relevés. Premièrement, la langue utilisée au procès est le mandarin. Les frais liés au recours à un interprète<sup>32</sup> sont à la charge du bénéficiaire de la traduction. Deuxièmement, seuls les avocats chinois sont habilités à exercer leur profession en Chine. Un résident non chinois ne pourra donc se faire représenter devant la justice chinoise par un avocat non chinois.

### Evolution de la base légale de l'aide juridique en Chine

- 1994 : première annonce faite par le Ministère de la Justice d'un projet d'établissement à l'échelle nationale d'un système d'aide juridique gratuit
- **18 décembre 1996** : établissement du **Centre national d'aide juridique** au sein du Ministère de la Justice.
- 1996 : la loi sur les avocats consacre la partie 6 à l'aide juridique
- 1996 : la loi de procédure pénale établit que si l'accusé n'a pas les moyens financiers de recourir à un avocat pour assurer sa défense, la cour doit en désigner un (chapitre 4, art 34)
- 10/05/1997 : Notice publiée par le Ministère de la Justice à l'attention de tous les bureaux de justice du pays leur donnant pour instruction d'établir des centres d'aide juridique.
- **Mai 1997** : Création de la Fondation chinoise d'aide juridique
- **16/07/2003** : **Réglementation nationale sur l'aide juridique** publiée par le Conseil des affaires d'état.
- 06/09/2005 : Règlement provisoire sur le fonds spécial d'aide juridique publié par les Ministères des finances et de la justice.
- 17/12/2007 : Annonce de la préparation par le Ministère de la Justice d'une réglementation relative à l'aide juridique qui précisera les modalités d'assistance juridique ainsi que la discipline des personnes travaillant dans ce domaine.

<sup>30</sup> Ce nombre était de 5 en 1995, de 1248 en 2000 et de 3259 en 2007. Le budget alloué par le gouvernement central et les gouvernements locaux à l'aide juridique est passé de moins de 50 millions rmb en 1999 à 520 millions rmb en 2007.

<sup>31</sup> Voir la rubrique « Actualités » du présent numéro pour plus de détail sur la réunion familiale en droit chinois.

<sup>32</sup> En revanche, les frais d'interprètes traduisant dans un dialecte chinois pour un représentant d'une minorité ethnique chinoise sont pris en charge par la cour.



## Le rôle de l'avocat dans le système judiciaire français

Me Hubert Bazin  
Avocat associé, Gide Loyrette Nouel, Pékin

Le rôle de l'avocat comme un des piliers du système judiciaire français est bien reconnu, et les droits de la défense sont considérés comme un des éléments de l'Etat de droit en France. Cependant, à l'heure des nombreuses réformes envisagées et du nombre croissant de procédures judiciaires, l'avocat est confronté à un défi grandissant : de plus en plus sollicité par l'Etat et par la société, il doit faire face à une remise en cause de sa fonction, par le gouvernement, par la société et par des opinions de plus en plus divergentes au sein de la profession elle-même. Bien que les textes soient restés inchangés, il apparaît clairement que le rôle de l'avocat s'est considérablement modifié ces dernières années. On rappellera ci-dessous son rôle dans le système judiciaire, les outils qui lui sont reconnus pour exercer sa fonction, et enfin quelques uns des défis auxquels il est aujourd'hui confronté.



### I. Rôle de l'avocat dans la procédure judiciaire

L'avocat est reconnu en France comme un « auxiliaire de justice » au sens plein. L'auxiliaire, c'est celui qui aide, qui apporte son concours, qui défend les seuls intérêts de son client, en toute liberté et toute indépendance, permettant ainsi la tenue de procès équitables dans lesquels toutes les parties sont également conseillées. L'avocat participe ainsi pleinement au processus judiciaire qui doit conduire, en principe, au rétablissement d'une situation plus harmonieuse à l'issue d'un procès qui répond au sentiment de justice exprimé par des

citoyens. En plus de ses activités de conseil et de représentation de ses clients, l'avocat participe également au bon fonctionnement du service public de la justice et collabore quotidiennement avec les magistrats pour que la justice soit rendue dans les meilleures conditions possibles.

Classiquement, l'avocat a deux missions principales : l'assistance et la représentation. Ces deux missions ont vocation à défendre un client, mais elles n'ont pas la même portée.

L'avocat assiste son client lorsqu'il le conseille, ou parle en son nom à l'audience. Lorsque le client comparait personnellement à l'audience, l'avocat n'agit qu'en tant que défenseur, il plaide mais n'engage pas de ce fait son client. L'assistance ne se résume toutefois pas aux conseils apportés au client en vue ou lors de l'audience. Cette mission s'exerce également en dehors de tout procès, lors des consultations avec le client, de la rédaction de contrats, de négociations commerciales ou du règlement de situations précontentieuses. L'assistance est la mission traditionnelle de l'avocat, et également la plus connue.

La mission de représentation, qui historiquement n'a pas toujours été confiée aux avocats, est au contraire généralement assimilée à un mandat, dit *ad litem*, par lequel l'avocat-mandataire agit pour le compte de son client, conduit le procès en son nom et effectue tous les actes nécessaires. L'avocat engage donc son client par toutes les démarches qu'il accomplira au cours de l'instance.

On doit noter, à la différence de la situation connue en Chine, que ni le mandat *ad litem* ni la mission de représentation ne supposent de documents ou contrats écrits entre l'avocat et son client. Un juge français ne demande jamais à un avocat de justifier de sa qualité de représentant d'un client. Sa présence dans la procédure, et le port de sa robe devant les juges, suffisent à constituer son pouvoir de représentation. L'avocat qui agirait pour un client sans le consentement de ce dernier engagerait sa responsabilité professionnelle, mais ces cas sont suffisamment rarissimes pour qu'on n'en entende jamais parler en France. Cette représentation sans contrat ni mandat écrits, et la présomption qui s'attache au port de la robe à l'audience, établissent le rôle de l'avocat comme pilier du système judiciaire.

Les deux rôles d'assistance et de représentation de l'avocat se complètent : un même avocat peut évidemment assister et représenter son client, les textes prévoient d'ailleurs en toute logique que, sauf exception, le mandat de représentation emporte mission d'assistance. Il serait en effet incohérent qu'un avocat agisse pour le compte de son client sans lui apporter de conseils. Mais ces missions peuvent également être confiées à deux avocats différents, l'avocat « postulant », investi de la mission de représentation, et l'avocat « plaçant », investi de la mission de conseil. L'avocat plaçant, n'engageant pas son client par ses actes, ne peut par conséquent pas transiger, acquiescer ou former un pourvoi en cassation. Ces actes

relèvent de la mission de représentation. C'est d'ailleurs parce que l'avocat postulant a le pouvoir d'engager son client par ses actes que son nom doit être porté à la connaissance du juge et inscrit sur les actes de procédure.

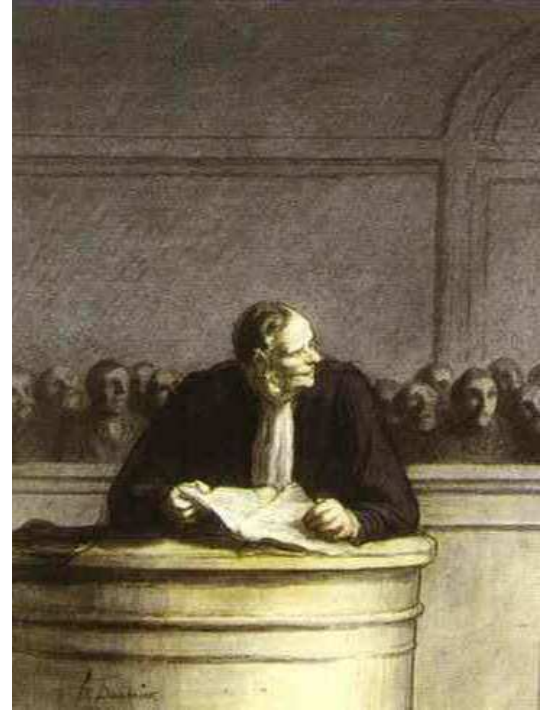
Le rôle de l'avocat dans ses missions d'assistance et de représentation est assorti d'une responsabilité professionnelle exigeante. L'avocat a une obligation d'information de ses clients, tant sur l'opportunité de conduire un procès, que sur les risques encourus. Cette obligation de conseil court tout au long du procès - l'avocat est en effet tenu de rendre compte de la décision, d'évoquer les possibilités de recours - et même jusqu'à l'exécution de la décision, si elle a lieu dans un délai d'un an, et ce même si le client s'est abstenu de rémunérer son avocat. Le mandat de représentation est valable tant que sa révocation n'a pas été notifiée. L'avocat doit faire preuve d'une diligence toute particulière dans l'exercice de ses missions : ainsi, même si son client a connaissance, par exemple en lisant le jugement, de la possibilité d'un recours, l'avocat engage sa responsabilité s'il n'a pas attiré spécifiquement l'attention de son client sur cette possibilité.

## II. Les outils de l'avocat pour exercer sa mission

L'avocat dispose de plusieurs outils qui lui permettent d'exercer sa mission dans le système judiciaire. En premier lieu, les avocats disposent d'un monopole de la représentation des justiciables devant certaines juridictions : aucune personne autre qu'un avocat ne peut représenter un client devant les tribunaux répressifs, les tribunaux administratifs, ou encore les tribunaux de grande instance. Devant d'autres juridictions, telles les Conseils de Prud'hommes chargés du contentieux du droit du travail en première instance, les salariés peuvent se faire représenter par des syndicalistes ou des tiers, mais choisissent le plus souvent de faire appel à un avocat. Le monopole de représentation reconnu aux avocats est territorial, c'est-à-dire que l'avocat ne peut représenter un client que devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel il est inscrit. Si une affaire doit être jugée en dehors de ce ressort, l'avocat ne pourra qu'assister son client et devra faire appel à un correspondant local pour la représentation. La situation est un peu différente en région parisienne, puisque les avocats inscrits dans les barreaux de Paris, Nanterre, Créteil et Bobigny peuvent plaider et représenter devant toutes les juridictions de la région parisienne, ce qui s'explique historiquement par le fait que ces tribunaux faisaient partie, jusque dans les années 1960, de l'ancien département de la Seine.

Autre outil capital de l'avocat : les droits de la défense, qui rassemblent un certain nombre de principes destinés à garantir la tenue d'un procès équitable. L'étendue de ces droits de la défense n'est pas fixe, et a pu faire l'objet ces dernières années de plusieurs aménagements, notamment pour se conformer à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (le fameux « droit à un procès équitable »). La place de l'avocat est ainsi maintenant reconnue au stade de l'enquête de police, et à tous les stades de l'instruction d'une affaire par le juge d'instruction, puis du jugement de cette affaire. Les atteintes au droit de la défense sont sanctionnées par la nullité des actes de procédure et des décisions judiciaires. Par exemple, un avocat ayant trouvé dans un dossier du tribunal,

avant l'audience, un projet de jugement préparé à l'avance par un juge, a pu faire annuler la procédure pour atteinte aux droits de la défense, aucune pré-décision ne pouvant être envisagée avant que l'avocat ait pu plaider. De même, l'absence de traducteur assermenté à l'audience, permettant à un prévenu étranger de pouvoir s'exprimer dans sa langue, ou avant l'audience pour préparer sa défense, est une cause de nullité du jugement.



Dans toute la procédure comme lors du procès, une grande liberté est reconnue à l'avocat, qui peut s'exprimer sans retenue, dans la seule limite de l'intérêt de son client d'une part, et de l'infraction « d'outrage à magistrat » d'autre part. Cette dernière infraction, destinée à protéger les juges de certaines dérives, est cependant très rarement retenue. Un avocat peut donc dire ce qu'il veut à l'audience, et ce d'autant plus qu'il n'engage son client, comme on l'a vu, qu'à travers sa mission de représentation. Lorsqu'il plaide, il est dans le cadre de l'assistance. Ainsi, ses mots ne peuvent être retenus comme des aveux judiciaires de son client, seul ce qui est inscrit dans les conclusions (l'avocat étant alors représentant) étant alors pris en compte. Même vis-à-vis de son client, l'avocat dispose d'une grande marge de manœuvre dans la mesure où il ne peut être tenu responsable d'avoir invoqué des arguments qui n'ont pas convaincu le juge. Même si le client estime que son avocat n'a pas rempli cette mission de façon régulière et loyale, par exemple en ayant omis d'invoquer un argument majeur, il lui reviendra de prouver tant la faute de son avocat que la perte d'une chance de gagner le procès conséquence de la faute de l'avocat.

La déontologie de l'avocat vient renforcer la mise en œuvre des droits de la défense. L'avocat prête serment d'exercer sa mission « avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité », et s'oblige à respecter les principes essentiels de sa profession. Le non respect de ces principes, et notamment la violation de l'obligation de confraternité, est susceptible de

sanctions décidées par des avocats élus dans chaque barreau pour constituer le Conseil de l'Ordre, qui élisent eux même le Bâtonnier. Ainsi, l'utilisation par un avocat d'une pièce non communiquée à son confrère de la partie adverse est susceptible d'entraîner non seulement le rejet de cette pièce lors des débats, mais également une sanction prononcée par le Conseil de l'Ordre si cette non-communication a été délibérée.

### III. Nouveaux défis

La profession d'avocat fait face à des défis majeurs, en dépit de son rôle important pour le fonctionnement du système judiciaire et de l'Etat de droit en général.

Le premier défi est celui de l'accès au droit. Un système d'aide juridictionnelle a été mis en place pour prendre en charge les frais d'avocats des justiciables les moins favorisés. Cependant, les montants versés à ce titre par l'Etat sont faibles, et loin de couvrir les coûts de la défense (indemnités forfaitaires par types de contentieux). Ce système revient à faire supporter à une partie des avocats la charge de la défense des plus pauvres. Aucune réforme satisfaisante n'a pour le moment été proposée.

Même si le système judiciaire français est, selon les études, un des moins coûteux en Europe pour le justiciable, la prestation de l'avocat est considérée comme chère, voire très chère pour nombre de citoyens. Ce sentiment traduit une réalité, mais est paradoxal quand on constate également qu'une fraction de la profession d'avocat se paupérise et obtient des revenus très faibles malgré un temps de travail important, notamment ceux qui travaillent pour les plus démunis des justiciables. L'image des avocats est aussi attaquée dans l'opinion publique, qui peut les considérer comme des professionnels pas assez efficaces, souvent débordés, beaux-parleurs et manquant d'humilité.

En fait, la profession d'avocat est de plus en plus contrastée, et même divisée. Ce malaise se fait sentir dans le fonctionnement du système judiciaire, où l'on voit des avocats qui n'hésitent plus à manifester avec force leur mécontentement, brouillant encore un peu plus l'image de la profession dans l'opinion publique.

Le gouvernement français profite de cette division pour remettre en cause l'étendue du monopole des avocats, par exemple à travers le projet récent qui autoriserait les notaires à s'occuper des divorces par consentement mutuel, l'intervention d'un avocat n'étant plus obligatoire. La contestation de ce projet par les avocats provoque des critiques de comportement corporatiste des avocats, soupçonnés de vouloir encourager avant tout la "consommation" de droit. Elle traduit avant tout le

malaise d'une profession dans un système judiciaire qui ne fonctionne pas de manière assez efficace pour nombre de justiciables, du fait du trop grand nombre de contentieux, des délais de jugement et du manque de moyens matériels des magistrats et des tribunaux.

Le système judiciaire français est en effet confronté à nombre de problèmes, et les nombreuses idées pour le réformer n'arrivent pas encore à créer un consensus politique permettant une réforme de fond. L'affaire d'Outreau, en 2006, a révélé ce malaise : une bonne dizaine de personnes de cette ville du nord de la France a été accusée, par des déclarations mensongères, d'actes de pédophilie, et incarcérée pendant plusieurs mois pour la plupart, avant que leur innocence n'éclate au moment du procès. Cette affaire a ému l'opinion publique et les milieux judiciaires, en mettant en lumière une nouvelle fois l'immense pouvoir des juges d'instruction dans la procédure française, et l'impuissance des avocats commis d'office pour faire sortir leurs clients de ce cauchemar judiciaire. On doit néanmoins souligner que c'est le travail acharné de certains avocats, et le rôle qu'ils ont joué à l'audience, qui ont permis de faire éclater la vérité. La commission parlementaire réunie à l'issue de ce procès a fait nombre de propositions dont la plupart n'ont pas encore été mises en œuvre.

Derrière cette affaire caricaturale mais révélatrice, c'est l'avenir du système judiciaire qui est en jeu. Faut-il supprimer le juge d'instruction et aller dans le sens d'une procédure pénale plus accusatoire, où les avocats des parties auraient un rôle prépondérant pour échanger preuves et arguments pendant toute la procédure ? Ou bien faut-il réformer le système inquisitoire à la française, dans lequel le juge d'instruction resterait central, même si une collégialité renforcée lui serait imposée ? Nombre de juristes considèrent que le système inquisitoire est condamné à terme, notamment du fait de la jurisprudence européenne sur le droit à un procès équitable. En revanche, beaucoup estiment aussi que le passage à un système accusatoire entraînerait, du fait du coût de la défense, l'impossibilité pour nombre de justiciables de se défendre avec des armes égales.

Le débat est loin d'être tranché, mais la réforme du système judiciaire français aura nécessairement un impact sur le rôle de l'avocat et son image dans la société. Quelle que soit l'évolution à venir, on ne peut que souhaiter que l'avocat reste un pilier fidèle du fonctionnement de la justice, chargé de protéger les valeurs les plus fondamentales de la société, de défendre tous les justiciables sans distinction et de rester fidèle aux principes essentiels de sa profession qui en font l'une des plus belles à exercer.



# 律师在法国司法体制中的作用

白森律师，基德律师事务所合伙人，北京事务所经理

(从法文翻译)

人们公认律师是法国司法体制的支柱。在法国，辩护权被认为是法治国的一个要素。然而，在改革风起云涌、司法程序增加的年代，律师面临的挑战与日俱增：国家和社会对于律师的需求越来越大，律师需要面对政府、社会及本行业内部日趋分歧的意见对律师职能的质疑。法律规定固然未变，但律师的作用在近几年间已明显改变。下文就将回顾律师在司法体制中的作用，律师从业之手段以及当代律师面临的一些挑战。



## 一，律师在司法程序中的作用

在法国，律师被视作完全意义上的司法助手。这里所说的助手即指那些提供帮助、给予协助、完全自由和独立地维护客户利益从而实现诉讼公平、令当事双方平等地发表意见的人。律师因而充分参与了司法程序，而司法程序原则上应该在使诉讼满足公民正义的诉求后致力于恢复和发展和谐。律师除了向客户提供建议和代理业务以外，也促进了公共司法服务的良性运转，并与法官进行日常性的合作从而尽可能地完善司法运行的条件。

律师传统上肩负两项主要使命：援助和代理。这两项使命的目标在于维护客户，但是意义不同。

律师对客户的援助表现在律师为客户提供建议，或者在法庭上代表客户发言。如果客户亲自出庭，律师只能作为辩护人，但是律师的辩护并不让客户为其承担义务。律师援助当然并不限于在准备庭审和庭审期间为客户提供建议。诉讼之外也有律师援助，如与客户一道进行咨询、草拟合同，商业谈判或者解决还未进入诉讼的纠纷。律师援助是律师的传统职责，也是其最古老的职责。

代理职责历史上并非一贯由律师行使。代理职责通常被看作是一种“诉讼委托”，有了诉讼委托，委托律师便

要为客户做事，代表客户引导诉讼并采取一切必要的行动。在这种情况下，律师在诉讼过程中所采取的一切活动都由客户承担后果。

值得注意的是，与我们所了解的中国的情况不同，法国的诉讼委托和代理都不需要律师和客户之间订立书面文件或合同。法国法官从不要求律师证明其具备代理客户的资质。律师参与诉讼程序及其身穿律师袍出现在法官面前就足以证明其具备代理权。未征得客户同意就为客户采取行动的律师会承担职业责任，但这种情况极为罕见，在法国闻所未闻。而这种没有书面合同和委托协议、仅以在庭审中穿戴律师袍就推定成立的代理表明了律师在司法体制中的支柱作用。

律师援助和代理这两项职能相互补充：同一个律师当然可以为客户提供援助和代理客户，法律也自然而然地规定：除例外情况，代理委托包括援助任务。的确，律师为客户做事而不为客户提供建议似乎不合情理。但这两个职能也可以交给两个不同的律师行使，即执行代理任务的“代理律师”和负责建议的“辩护律师”。由于客户不对辩护律师的行为承担后果，因此辩护律师不能与对方和解、接受判决或向最高法院提出上诉，这些行为属于代理权。而由于客户对代理律师的行为承担后果，代理律师的姓名必须通报给法官并在诉讼文书中有记载。

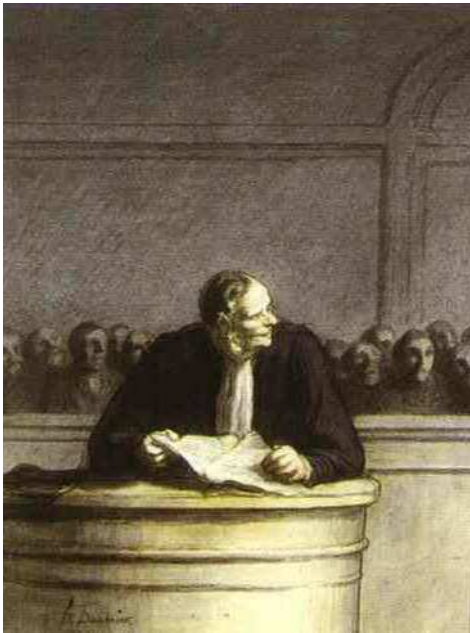
律师在行使援助和代理职能时有严格的职业责任要求。律师必须告知客户提起诉讼是否适当以及相应的风险。律师的这一建议义务贯穿诉讼始终：律师有义务解释判决，指明各种上诉可能。如果判决在一年之内执行，律师的建议义务甚至持续到判决执行阶段。即使客户拒绝给付律师报酬，律师依然负有建议义务。只要未通知撤销代理委托，代理委托就一直有效。律师在履行职责时应特别尽心尽力：即使客户通过阅读判决书获知上诉的可能，律师只要没有特别提醒客户注意这一上诉可能就要承担责任。

## 二，律师从业之手段

律师在司法体制中履行职能的手段很多。首先，律师在某些法庭独享代理诉讼当事人的权利：在刑事法庭、行政法庭或者大审法庭，除律师外无任何人能行使代理权。在其他法庭，例如作为劳动法纠纷一审法院的仲裁法庭，雇员可以由工会干部或者第三方代理，但雇员通常还是选择律师。律师独享的代理权是地域性的，也就是说，律师只能在其注册地所辖的大审法庭行使代理权。如果某一案件需要在其注册地管辖范围以外的地方审判，律师只能负责援助客户，而求助于当地的一位联系人来行使代理权。但是巴黎地区的情况有些不同，因为在巴黎、楠泰尔、克雷泰伊和博比尼的律师公会注册的律师可以在巴黎所有地区的法庭进行辩护和行使代理权。这种状况的形成有历史原因，因为直到上世纪六十年代，这些法庭都是原先的塞纳省的组成部分。

律师的另一个重要手段是辩护权。辩护权中包含很多旨在确保公平审判的原则。辩护权的范围还不确定且近几年来历经调整，以符合欧洲人权法院根据《欧洲人权公约》第6条（即著名的“公平审判之权利”）形成的判例。现在，在警察调查阶段、预审法官预审案件的所有阶段和案件的判决阶段都承认了律师的地位。侵犯辩护权的行为将受到程序无效和司法判决无效的处罚。例如，一名

律师在法庭的卷宗中发现法官在庭审前已提前做好判决方案，该律师就可以以侵犯辩护权为由要求撤销诉讼程序，因为在律师辩护之前不能预先起草任何判决。同样，庭审过程中缺少经宣誓的翻译来帮助外国被告用其母语陈述，或者开庭前没有翻译参与辩护准备活动都是导致判决无效的一个理由。



律师在所有程序和审判中都享有很大自由，可以毫无顾忌地发表言论，对此唯一的限制是要考虑客户的利益和避免犯“侮辱法官罪”。“侮辱法官罪”旨在保护法官免受干扰，但很少出现因此被定罪的情形。律师在庭审中畅所欲言的一个更大理由就是前文所述的只有代理律师的行为才让客户承担后果。律师辩护属于律师援助的范围。律师的言语不能被看作是其客户的当庭供述，但在诉讼当事人的意见中记述的言语（这时律师是代理人）可以作为当庭供述。律师较客户来说拥有较大的行动空间，因为律师不会因其论据未能说服法官而承担责任。即使客户认为自己的律师未按照规定、合法的方式辩护，如认为律师忘记了一项重要论据，客户都需要证明律师的过错以及由于律师的过错导致错失胜诉的机会。

律师的职业道德会加强辩护权的落实。律师要宣誓：“以庄重的、诚实的、独立的、正直的、人道的”方式履行其职责，并保证遵守其职业的主要原则。不遵守上述原则，特别是违反了同行互助义务的行为都可以受到惩罚，决定惩罚的是各律师公会选举出来的组成各律师公会委员会的律师们，这些律师们还负责选举各律师公会的会长。假如某律师采用了一个未通报给对方律师的文件，则会使该文件在法庭辩论时遭到否决，而且如果未告知是该律师故意所为，律师公会委员会还会对该律师宣布惩罚。

### 三，新挑战

虽然律师对于司法体制的运转和广义上的法治国家发挥着重要的作用，律师行业仍面临巨大的挑战。

第一个挑战就是法律的开放。虽然司法援助体系已经建立，从而为最贫困的诉讼当事人负担律师费用，但是国家通过这一体系支付的款额数量微薄，远不能补偿辩护所需的费用（按诉讼类型区分的全部费用）。这一体系还需要部分律师负担最穷困的人的辩护费用。对此，迄今为止尚未提出一项令人满意的改革措施。

虽然研究表明，欧洲各国中，法国的司法制度下诉讼当事人的支出最少，民众仍认为律师费高昂，律师费对许多人来说甚至非常昂贵。这种感觉反映了一部分现实，但矛盾的是能够看到一部分律师日渐贫穷，工作时间长但收益甚微，特别是那些为穷人打官司的律师。律师的形象受到指责，舆论谴责律师这类专业人士效率不足、常常忙得不可开交、夸夸其谈、不够谦恭。

事实上，律师职业的分化乃至分裂越来越严重。在司法活动中，人们可以感受到这种分裂，可以看到一些律师毫不犹豫地强烈发泄着他们的不满，而这些又令舆论所指的律师形象变得模糊。

法国政府则利用这种分裂重新划定律师特权的范围，例如近期通过的一项草案就允许公证员在取得当事双方同意的情况下负责离婚事务，而不需要律师的介入。这项草案遭至律师们的反对，人们就此谴责律师的行会主义行为，怀疑律师们意在鼓励法律类消费。律师们的反对首先反映了律师行业在司法体制中遭遇的困难，而这个司法体制本身因诉讼案件过多、审判延期以及法官和法庭物质手段的匮乏令众多诉讼当事人觉得运行效率不高。

的确，法国的司法体制面临诸多问题，各种变革的思路尚未形成能够推行彻底改革的政治共识。2006年发生的乌特罗（Outreau）案件便反映了这一问题：在法国北部的乌特罗市，有十几个人被一些捏造事实的声明指控犯有恋童行为，这十几人中的大多数人遭监禁长达数月，直至审判才还其清白。这一案件令民众和司法界感到震惊，从而再次暴露出法国诉讼程序中预审法官的巨大权力以及法庭指定律师在使客户摆脱司法不公正之恶果时的无能为力。但也应该指出，确实有一些律师通过他们的不懈努力和在庭审中发挥的作用才使该案真相大白。在乌特罗案件后成立的议会委员会提出了许多建议，但其中大部分还没有付诸实施。

这一具有讽刺意味但说明问题的案件背后关系到的却是司法体制的未来。是否需要取消预审法官从而向控诉式刑事程序转变呢？在控诉式程序中，双方律师具有决定性的作用，在整个程序进程中都可以交换证据和论据。或者是否需要改革法国的纠问式程序呢？虽然预审阶段可能会加强合议制，预审法官在纠问式程序中仍居于核心。许多法学家认为纠问式制度已经走到了尽头，他们特别援引欧洲法院关于公平审判权形成的判例作为理由。但也有许多法学家认为控诉式制度中的辩护费用高昂，会造成许多诉讼当事人无法平等地得到辩护。

对此的争论远未停歇，但是法国司法体制的改革势必会对律师的作用及其社会形象产生影响。无论未来的变化怎样，我们只希望律师始终是司法运行的一个坚实支柱、负责保护社会最基本的价值、无差别地维护所有诉讼当事人、遵守律师行业的主要职业准则。这些准则令律师职业成为最令人向往的职业之一。

# Le rôle de l'avocat chinois dans la pratique judiciaire

Me Xia ShanSheng\*

Avocat, Associé du cabinet pékinois GuangSheng,  
Administrateur de la Chambre de commerce pour l'immobilier  
de la Fédération Nationale de l'Industrie et du Commerce de  
Chine.

*Traduction du chinois*

La profession d'avocat tire son origine des représentants au procès et des orateurs de la Rome antique. Au 3<sup>e</sup> siècle, l'Empereur romain reconnut officiellement par décret la profession de juriste consistant en « l'offre de conseils sur des questions juridiques à la plèbe » et autorisa en même temps des représentants légaux à participer aux procès. Une partie des experts juridiques se consacra dès lors au conseil juridique, à la représentation de personnes pour rédiger des actes juridiques et plaider au tribunal. Ces représentants légaux se distinguèrent ainsi peu à peu du reste de la profession de juriste et formèrent l'embryon de ce que nous appelons aujourd'hui les avocats.

A la différence de cette division de la profession de juriste survenue sur le continent européen, dans la Chine ancienne, la corporation qui prêtait assistance aux personnes pour les procès étaient des « maîtres des procès » ou des « experts en plaidoiries » qui n'avaient reçu aucune formation juridique. Le devoir de la charge d'« expert en plaidoiries » était d'aider par le seul moyen de son éloquence les parties à répondre aux accusations portées à leur encontre au cours du procès. La charge de « maîtres des procès » s'exerçait en dehors de l'audience et consistait à rédiger pour des tiers des plaintes formelles qui étaient ensuite adressées aux autorités. Ces deux charges, simples émanations populaires à l'origine, se sont développées jusqu'à aboutir à des professions reconnues par la loi investissant leurs membres de pouvoirs.

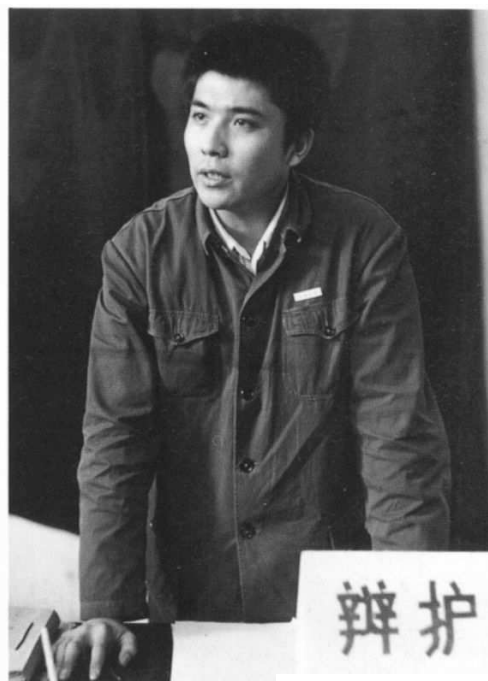
Les « experts en plaidoiries » ne pouvaient agir comme mandataires que dans les affaires concernant deux types de personnes : les fonctionnaires d'une part, les personnes incapables (âgées, invalides, gravement malades etc.) d'autre part. L'appellation de « maîtres des procès » ne faisait qu'indiquer des lettrés rédigeant à la place des personnes concernées les plaintes, et en aucun cas des spécialistes du droit. Leur profession n'était par ailleurs absolument pas reconnue par la loi.

Les étalons en matière de responsabilité et de mission qu'ont représentés ces deux professions, ainsi que la forme inquisitoire des procès de la Chine ancienne expliquent les difficultés qu'a connues la profession légale d'avocat pour émerger en Chine. Le « sol culturel » chinois n'était pas propice à l'éclosion de cette profession.

\* Titulaire d'un master en droit économique de l'Université des Sciences Politiques et du Droit de Chine, a obtenu la qualification d'avocat en 1992, la qualification d'avocat financier en 1998.

Après l'instauration de la Chine nouvelle en 1949, la profession d'avocat a été profondément modifiée par de nouvelles législations.

Le 26 août 1980, lors de sa 15<sup>e</sup> session, le Comité permanent de la 5<sup>e</sup> Assemblée Nationale Populaire a publié le « règlement provisoire national sur la profession d'avocat ». L'article premier de ce règlement stipule que « l'avocat est un travailleur juridique de l'Etat ». De cette définition l'on perçoit distinctement que la profession d'avocat était conçue de la même manière que celles de juge ou de procureur, comme faisant partie intégrante de la fonction publique. Ce type d'article a joué un rôle positif afin de garantir le respect de la loi par les avocats alors que la profession en était encore au stade initial de son rétablissement. Mais avec le développement de l'économie de marché, le système des avocats fonctionnaires de l'Etat est apparu insuffisant pour satisfaire les besoins du marché et l'aspiration des citoyens ordinaires à bénéficier d'une assistance juridique. C'est dans ce contexte général que la qualité d'avocat elle-même a connu des changements substantiels.



*La défense (non datée)*

Le 15 mai 1996, lors de la 9<sup>e</sup> session du Comité permanent de la 9<sup>e</sup> Assemblée Nationale Populaire, a été promulguée la loi nationale des avocats qui, dans son article deux, dispose que « par avocat, la présente loi désigne les professionnels ayant obtenu leur licence professionnelle d'avocat conformément à la loi et fournissant des services juridiques pour la société ». Avec cette nouvelle définition l'avocat chinois est passé du statut de fonctionnaire sous la responsabilité de l'Etat à celui de composante importante de l'économie de marché, avançant ainsi progressivement sur la voie de l'autonomie (*liangbusizi* “两不四自”) : autonomie du personnel qui n'était plus composé de fonctionnaires, autonomie financière vis-à-vis de l'Etat, responsabilité de ses profits comme de ses pertes, responsabilité de son développement comme de sa discipline.

Cependant, ce type de définition légale imprécise ne peut que difficilement éviter de donner l'impression que l'avocat n'est



qu'un simple prestataire de services payants qui peut facilement tourner le dos aux exigences juridiques et morales qui s'imposent aux spécialistes du droit.

A ce titre, l'amendement de 2007 à la loi sur les avocats ne peut pas ne pas être considéré comme une avancée légale remarquable. « Par avocat, la présente loi désigne les professionnels ayant obtenu leur licence professionnelle conformément à la loi et qui, sur mandat ou par contrat, fournissent des services juridiques à des tiers. L'avocat doit protéger les intérêts légaux de son client, protéger l'application de la loi, protéger la justice et l'équité sociales. » La loi amendée ne procède ainsi pas à une complète marchandisation de la profession d'avocat en la réduisant à la seule offre de services à un client mais, en lui confiant trois missions comprises dans le cadre de cette offre, à savoir la protection des intérêts légaux de ses clients, la protection de l'application de la loi et la protection de la justice et de l'équité sociales, fait ressortir la valeur sociale de l'avocat dans une société d'Etat de droit.



*Avocats chinois dans le costume adopté par la profession en 2003*

Ces trois missions imposées par la loi, incarnent le rôle de l'avocat dans le système judiciaire chinois à trois niveaux différents.

Au niveau fondamental de l'accomplissement de sa charge, l'avocat est responsable devant son client. L'engagement à défendre les intérêts légaux de celui-ci est la base morale la plus essentielle de l'avocat ainsi que sa mission primordiale. Au niveau de la nature de sa profession, l'avocat n'est pas indépendant du système judiciaire. Même s'il est intégré au système du marché, l'avocat doit user correctement de son savoir juridique afin de protéger l'application efficace des lois de l'Etat.

Enfin, au niveau de la valeur sociale qui devrait être la sienne, l'avocat moderne qui a reçu une formation juridique de haut niveau se doit également, à travers l'exercice de sa profession, de participer à la marche vers la réalisation de l'Etat de droit socialiste et de protéger la justice sociale. Les deux dernières missions distinguent l'avocat des autres acteurs du marché, et représentent la particularité de la « communauté professionnelle des avocats ».

Les définitions de ces trois missions d'intérêt social sont autant de principes directeurs qui encadrent et guident l'exercice de la profession d'avocat dans le système judiciaire chinois. Née des besoins du peuple en experts offrant des services juridiques,

investie au début de son évolution d'une mission de poursuite de l'idéal de justice, la profession d'avocat s'est vu confier par la loi le devoir de prendre en considération les intérêts de ses clients, le travail législatif de l'Etat et la justice sociale.

L'avocat chinois dans l'exercice concret de sa charge judiciaire présente encore des particularités évidentes par rapport aux avocats d'autres pays, particularités qui sont déterminées par l'originalité de la situation sociale chinoise. La Chine d'aujourd'hui est en effet encore dans une période de transformation. Cette transformation se traduit par des conflits et des frictions ayant pour cause le décalage entre certains aspects de la culture chinoise et les besoins de réformes pour que la Chine réussisse son ouverture au monde. De ce fait, les avocats chinois doivent réaliser les trois missions essentielles qui sont les leurs dans un contexte social profondément dual avec d'un côté une société fortement influencée par les traditions et de l'autre une société en voie d'internationalisation et en proie à un développement rapide de l'économie de marché.

Examinons d'abord le rôle de l'avocat dans le contexte de la société chinoise « empreinte de tradition ».

Pour beaucoup de chinois, la distinction morale entre le bien et le mal s'impose à la législation nationale officielle dictée par les grandes zones urbaines et l'économie de marché. Dans ces circonstances, des conflits entre ces deux cultures peuvent très facilement apparaître, dans lesquels il ne peut y avoir ni gagnant ni perdant, ou plutôt dans lesquels chaque camp porte dès le début un jugement définitif en sa faveur. Le rôle de l'avocat dans ce type de conflit est de servir de pont entre ces deux cultures afin de les faire dialoguer et de surmonter leur antagonisme. Quand le client ne peut, sur la base de ses concepts moraux du bien et du mal, comprendre ni accepter la législation officielle, l'avocat doit user de ses propres connaissances spécialisées afin de lui faire comprendre les concepts juridiques fondamentaux de justice et d'équité sur lesquels reposent les lois en vigueur. L'avocat accomplit ainsi ses missions de défense de l'intérêt de son client et de protection de l'application de la loi. Pour reprendre les propos du célèbre juriste chinois SuLi (苏力), « nous ne devons pas comprendre la finalité du travail du travailleur juridique comme la conduite en bon ordre de l'examen et du jugement d'une affaire ; vue d'une manière plus générale, il s'agit également d'un véritable travail de diffusion et de promotion du droit, d'une éducation à la civilisation moderne, d'une discipline linguistique amenant à maîtriser la synthèse, le ton, le vocabulaire et la posture, d'une reconnaissance de l'expertise et des preuves, d'une nouvelle forme d'exercice de vie et de caractère, d'une forme solitaire de travail sur soi. La portée de ce travail excède largement celle des conférences expressément dédiées à la promotion du droit. »

Ce qui constitue le rôle le plus essentiel de l'avocat dans la construction de la Justice est ce que les autres juristes jouissant d'un savoir similaire ne peuvent accomplir. Prestataires de services juridiques, les avocats, loin d'être détachés des préoccupations de leurs clients ou de s'arranger avec la partie adverse, partagent avec eux les mêmes intérêts et s'engagent à les aider concrètement, obtenant ainsi naturellement leur reconnaissance. Praticiens du droit, présents en de nombreux endroits, les avocats peuvent toucher le plus grand nombre. Aidant leurs clients dans leurs démarches judiciaires, soutenant le système judiciaire chinois dans l'établissement d'un

environnement permettant l'application de la justice, les avocats fournissent de grands efforts pour réduire les contradictions au sein de la société nées de l'incompréhension du droit par les citoyens ordinaires, et cela, bien évidemment, dans le respect de la condition préalable à l'exercice de la profession d'avocat : la garantie de la défense des intérêts du client.

Il peut également arriver que dans le cadre de sa mission de protection de la justice sociale, l'avocat doive faire contrepoids à la puissance publique et, afin d'assurer la défense de son client victime d'un traitement illégal de la part d'un organe de l'Etat, se battre. Cette situation apparaît particulièrement dans les affaires pénales.

Voyons maintenant le rôle de l'avocat dans le contexte du développement rapide de l'économie de marché chinoise. La Chine qui s'ouvre et qui se transforme a besoin, pour assurer son propre développement, de s'inspirer de manière sélective des systèmes juridiques d'autres pays. L'augmentation du commerce et des échanges mène également inévitablement à un grand nombre de procès ou d'autres procédures de résolutions des litiges. Dans une société de plus en plus spécialisée, la sophistication et la complexification du droit peuvent être difficiles à appréhender pour certains. Dans ce contexte, les connaissances de l'avocat sont d'autant plus importantes. Les

avocats professionnels, qui représentent une facette de cette professionnalisation et de cette sectorisation rapides de la société chinoise, peuvent indiquer à leurs clients la conformité de leurs actes avec le droit ou évaluer le risque juridique liés à ces actes. Ils offrent ainsi la possibilité à leurs clients de maximiser leurs intérêts tout en restant dans le cadre de la loi.

Mais le rôle de l'avocat ne se limite pas à cela, loin de là. On peut en effet voir en l'avocat le membre de la communauté des juristes jouissant de la plus grande expérience de la pratique du droit. Les avocats savent quelles législations sont les plus nécessaires à la société et la manière de conformer le droit aux besoins de la société, ils connaissent les lacunes légales à combler. C'est pourquoi les avocats devraient voir leur participation aux travaux législatifs s'étendre progressivement, permettant ainsi, par les conseils qu'ils peuvent donner, la plus grande adéquation de la production législative de l'Etat aux besoins du développement de la société.

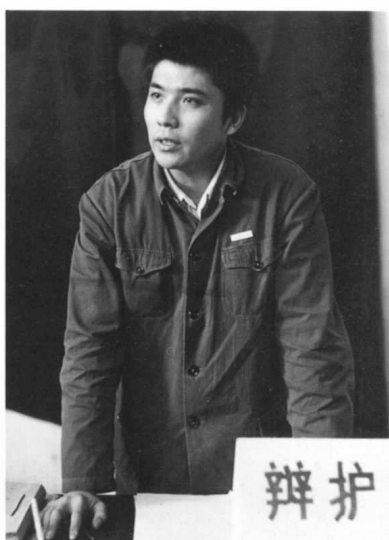
Le rôle des avocats chinois est encadré par les trois missions qui leurs ont été assignées : protéger les intérêts légaux de leurs clients, protéger l'application du droit, protéger la justice sociale. Il consiste à atténuer les contradictions qui surgissent entre les justiciables et le droit auquel ils sont assujettis ainsi qu'à aider à la création de ce droit.

## 中国律师在司法实践中的作用

作者：夏善胜律师，中国政法大学经济法学专业硕士研究生，1992年取得律师职业资格，1998年取得证券律师资格，现任北京市广盛律师事务所合伙人，中华全国工商业联合会房地产商会理事。

律师职业，最早起源于古罗马时代的“代理人”和“代言人”。公元3世纪，罗马皇帝以诏令形式确认法学家“以供平民咨询法律事项”的职业，同时诏令允许委托代理人参加诉讼。于是，一部分专门从事法律咨询、代替当事人书写法律文书、提供法庭辩论的“代理人”、“代言人”从“法学家”职业中分离出来，形成现代法意义上“律师”的雏形。

与欧洲大陆分离于专业的“法学家”不同，古代中国从事诉讼辅助职业的群体最早表现为并非受过专业法学教育的“辩护士”和“讼师”。“辩护士”的职责表现在审判过程中，主要是利用自己的雄辩才能帮助当事人在庭上进行答辩；“讼师”的职责表现在审判之外，是受人聘请代写诉状的人。中国辩护士和讼师同样经历了一个从民间自由产生发展到当权者通过立法确认的过程。当时辩护士只能代理涉及两类当事人的案件，一类是官吏，另一类是“老废笃疾”。“讼师”仅仅是指“识字”，代人书写诉状的人，并不一定具有专业的法律知识，他们的职业也并不是法定的。责任与义务的法律本位与纠问制的诉讼方式从根本上决定了古代中国缺乏孕育出现代法律意义上的律师制度的土壤。



新中国成立以后，立法对于中国律师的定位几经更改。1980年8月26日，第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》，其中第1条就规定：“律师是国家的法律工作者。”从定义

中可以清晰的看出，当时中国律师职业同法官、检察官一样，是作为国家公务人员存在的，这种规定在我国律师制度恢复初期，对于保障律师依法执行职务，具有积极意义。随着市场经济的发展，以国家工作人员身份出现的律师制度显然不能满足市场的需求和普通人诉求法律帮助的意愿，在这种大环境下，对律师职业的基本定位也发生了本质性的改变。

1996年5月15日，第九届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国律师法》，其中第2条明确，“本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”至此，中国的律师定位实现了从对国家负责的国家公务人员到市场主体的转化，逐渐开始彻底实现“两不四自”的发展道路，即不占行政编制，不靠财政经费，自收自支、自负盈亏、自我发展、自我约束。但是，这样简单笼统的定义也难免给人以律师仅仅是有偿服务提供者，容易背离对专业法律人员基本法律道德与理念的要求的感觉。

2007年修订的律师法对律师职责的充实不能不说是新法的一大亮点。“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或约定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当维护当事人合法权益，维护法律实施，维护社会公平和正义。”新修订的律师法并没有把律师推向一个完全市场化，只服务于当事人的地位，而是在“为当事人提供法律服务”的概括性描述下，赋予现代中国律师三项职责，即“维护当事人合法权益”、“维护法律实施”和“维护社会公平和正义”，突现了律师在法治社会中的社会价值。

三项职责的规定在三个不同的价值层面体现了律师在中国现代司法制度中的作用：在最基本的职责履行层面做到向当事人负责，维护当事人的合法权益，这是对律师职业道德最基本的要求，也是律师职业来源最初的目的；在实体法层面，律师与国家司法系统并不是对立的，虽然是一个市场化的主体，但是律师也应当正确使用自己的法律知识来维护国家法律的有效实施；最后是在应然的价值层面，作为受过高等法学教育的专业人才，现代律师还应当为实现社会主义法治进程，维护公平与正义的价值观念发挥自己的专业作用。后两点的要求体现了律师区别于普通市场主体，作为“法律职业共同体”存在的特点。三点社会价值的定位对中国律师在司法中应该发挥怎样的作用具有指导性的意义，律师职业的出现根源于民众对专业人士从事法律服务活动的需求，在形成之初更被赋予了追求法律理想，实现社会公平正义的使命，国家以立法形式肯定了律师在执业过程中应当兼顾当事人的利益、国家立法及社会公平正义。

中国社会的律师相对于其他国家的律师在具体司法职责上又有着鲜明的特点，这些特点是中国社会状态的特殊性决定的。现在的中国还是一个处于转型期的国家，最基本表现在本土中国文化和改革开放需要与国际接轨之间的冲突和摩擦。于是，中国律师必须在两个不尽相同的社会背景下体现维护当事人合法权益、维护法律的实施和维护社会的公平与正义的社会价值：其一是在传统的乡土或本土社会中；其二是在国际化的高度发展市场经济社会中。



先来看在第一个社会背景——本土中国社会中律师的作用。对很多普通人来讲，对于传统道德文化的是非认知很多时候会强于以市场经济和城市为主导的国家正式立法，在这种情况下很容易出现两种文化之间的冲突与摩擦，虽然两者之间并不存在谁胜谁负的问题，或者说胜负在一开始就已经有定论。律师在这种冲突下的作用即在于构建两种文化沟通和交流提的良性空间渠道，在当事人按照传统的是非观念无法理解和接受正式的国家立法时，利用自己的专业知识使其明白法言法语背后包含的最基本的公平与正义的法学理念，既维护当事人的合法权益，也维护国家法律的实施。借用中国著名法学家苏力先生的一段话，“我们不当将法律工作者的工作效果仅仅理解为保证审判的正常进行；从一个更为宏观的角度来看，这还是一种真正的‘普法’，一种现代社会文明的教育，一种对人的训练，一种关于说话的场合、方式、口气、语词、态度的指教，一种关于权威、证据的辨认，一种新的生命和人格的操练，一种单兵教练式的规训。这种影响将远远超过一次以某种奖励作为支撑的‘普法’讲座。”作为中国律师在司法建设中的最基本的作用是其其他同样具有法律专业知识的职业者无法替代的。作为法律服务者，律师是作为当事人的辅助者与他们具有相同的利益，而非高高在上或处于对立面，非常得到当事人的认同和接受；作为法律最广泛的实践者，他们能接触到最大量和广泛的个体。作为当事人的司法行为实施辅助者，帮助国家司法制度建立最基础和重要的运作实施环境，尽量减少由于一般社会个体对立法的理解而产生的社会矛盾，当然，这必须建立在维护当事人合法权益的基本前提下。同时，为了维护社会的公平与正义，律师有时候必须成为公权力的制衡者，在当事人受到国家机器非法的待遇时为维护当事人而抗争，这又尤其表现在刑事案件当中。

再看高度市场经济化背景下中国律师的作用。处于开放和转型中的中国，为了自身的进步与发展，需要选择性

的借鉴其他国家的法律制度；贸易的增加也必然导致因诉讼或其他争议解决行为大量发生。在一个日益专业化的社会中，一些法律的精细化和难于理解性是当事人很难想象的，这种情况下律师的专业知识显得尤为重要。执业律师是高度专业化与行业化的群体，他们会告诉当事人的行为会受到法律的肯定或是否定性评价，并且在合法的范围内实现当事人利益的最大化。但律师的作用远远不止于此，律师可以说是具有最多法律实践经验的法律职业群体，他们了解哪些立法是现实社会中需要的，怎样的法律规范最符合社会的要求，立法需要填补哪些在实践中遇到的空白。所以，律师应该逐步广泛的加入到立法的工作中，提出具有现实需要的立法建议，促进国家立法更加符合社会发展的需求。



所以，总的说来，中国律师应该在遵循“维护当事人合法权益、维护法律的实施和维护社会的公平与正义”的总体社会价值定位下，发挥律师帮助缓和当事人和立法之间的矛盾，辅助立法的作用。



## La Justice

司法

sī fǎ



*Par Cheng Chun Ming\* (Traduction du chinois)*

Les mots chinois et les caractères qui les composent peuvent être décomposés en éléments graphiques qui ont chacun un sens particulier. La réunion de ces différents éléments exprime des idées sur un mode métaphorique. Il est donc possible à partir de l'étude des signes composant les caractères de saisir la manière dont le caractère a été investi de son sens. Ainsi, l'analyse de la construction graphique des caractères peut-elle éclairer, comme le peut l'étymologie dans les langues occidentales, le sens des caractères et mots chinois, et constitue une pratique ancienne en Chine.

Le terme chinois « 司法 » *sī fǎ*, dans son acception moderne (la Justice) est une importation en provenance de l'Occident, dont l'arrivée en Chine remonte à la période de réforme légale qu'a connue la fin de la dynastie Qing au début du XXe siècle. Cependant, dès la dynastie Tang (618-907), la Chine utilisait déjà le terme de « 司法 » afin d'indiquer le poste administratif en charge du jugement des affaires pénales. C'est donc à l'aune de cette histoire ancienne et de l'évolution de sa signification, que ce terme mérite d'être étudié.

Le terme de « 司法 » est un terme composé regroupant deux caractères, un verbe « 司 » (*sī*) et un objet « 法 » (*fǎ*), *fǎ* étant l'objet de l'action indiquée par *sī*. Dans les premières formes de l'écriture chinoise, inscriptions antiques gravées sur des os d'animaux ou des carapaces de tortues, le caractère « 司 » (*sī*) représente un homme qui use de sa bouche « 口 » (*kǒu*) pour donner un ordre. Ce caractère indique la prise en charge d'une quelconque affaire. Le caractère « 法 » (*fǎ*) signifie la loi. L'alliance de ces deux caractères signifie donc le règlement d'une affaire par la loi.

Penchons-nous maintenant sur le caractère « 法 » (*fǎ*) pour tenter de comprendre la nature de cette loi.

La Chine antique écrivait le caractère « 法 » (*fǎ*), la loi, avec une graphie différente : « 灋 ». A l'intérieur de cette forme traditionnelle du caractère, le dessin « 廌 » (*zhì*) est le nom donné par une légende à une créature unicorne fantastique vivant aux premiers âges du monde. Loyale et droite, elle jouissait de la faculté merveilleuse de toujours savoir distinguer le vrai du faux, les torts des raisons.

Selon la légende, lorsque le juge jugeait une affaire, elle apparaissait accroupie à ses côtés et, si une personne était coupable, elle allait la toucher de sa corne. Quand des disputes naissaient entre plusieurs personnes on laissait également la bête fabuleuse indiquer

\* Docteur de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, professeur à l'Université des Sciences Politiques et du Droit de Chine, professeur invité à l'Université des Langues Etrangères no 2 de Pékin, traducteur de *Le juste* de Paul Ricoeur, Law Press, 2007.

de sa corne la personne en tort. Le fait que les chinois anciens aient intégré ce juge divin infallible dans le caractère même de la loi « 灋 » (*fǎ*), ne laisse aucun doute sur la qualité d'infailibilité et d'impartialité qu'ils souhaitaient associer à la loi.

La graphie du caractère fut modifiée entre la fin de la dynastie Han et le début de celle des Tang pour arriver à la forme actuelle « 法 ». L'étude de cette forme postérieure du caractère renseigne sur l'objet de la loi dans la Chine ancienne. La composante droite du caractère « 法 » est « 去 » *qù* dont le sens initial était « expulser ». Parce que la forme traditionnelle du caractère « 去 » se composait elle-même de deux parties, « 矢 » *shǐ*, la flèche, et « 弓 » *gōng*, l'arc, certains spécialistes, en se basant sur la pratique des hommes primitifs de se servir de l'arc et de la flèche utilisés pour déterminer à quel chasseur revenait l'animal tué, voient dans « 去 » le sens d'« exposer les preuves ». Mais, de la même décomposition du caractère, d'autres spécialistes déduisent que le sens de « 去 » n'est autre que punir, et que le sens de « 法 » se résume donc à la sanction des mauvaises actions.

En se référant à l'histoire impériale chinoise et à l'inclination du contenu de la loi vers le châtement qui la traverse de part en part, il est aisé de trouver une vérité historique à cette dernière interprétation. Dans la Chine ancienne, la loi, « 法 » *fǎ*, et le châtement, « 刑 » *xíng*, étaient en effet intrinsèquement liés. Les anciens, pour expliquer le sens de la loi « 法 », recouraient à l'expression « la loi n'est autre que le châtement ». Les règles édictées par le premier code de l'histoire chinoise, le « Classique de la loi », ont toutes trait à la sanction des crimes. Sous chaque dynastie, tous les procédés juridiques, y compris ceux visant à la conciliation dans les relations civiles, relevaient du châtement pénal et de mesures de sanctions.

Ainsi s'est enracinée en Chine l'idée que la loi et la peine revêtent, en pratique, le même sens et que la loi est avant tout un outil pour punir le mal. Cette conception a encore une influence profonde sur la tendance actuelle en Chine à insister davantage sur le traitement pénal que sur le traitement civil.

Par ailleurs, la nécessité pour la loi de rechercher la justice et l'équité (公平, *gōng píng*) est également inscrite dans son caractère « 法 » *fǎ*. La partie gauche de celui-ci 氵 est en effet le caractère stylisé de l'eau, signifiant ainsi que la loi doit être aussi uniforme (impartiale) « 平 » *píng*, que l'eau.

Le terme hérité de la Chine ancienne « 司法 » *sī fǎ*, indiquait donc principalement la prise en charge du jugement et de la sanction des crimes par l'administration, puis, par extension, l'organe administratif lui-même.

Le fait que ce terme ait été ultérieurement retenu pour signifier le concept d'origine occidentale de « Justice » éclaire sur la racine ancienne de la place qui a toujours été dévolue à la Justice en Chine : aux mains des fonctionnaires administratifs, sa mission essentielle est de punir.



*Tribunal vers 1900 : le juge, ses serviteurs, les bastonneurs (en blanc avec leurs bâtons), l'accusée (à genoux), l'accusation (assis sur la droite)*

# “司法”词义解

程春明\*

中国字或词的构成都有象形意义，构成字或词的每个部分本身都有自己特定的含义，各个部分之间所形成的关联又常常给人们以隐喻。人们从代表隐喻中的符号——即字或词的本身——中可以获得这个字或词所传达的最为本质的意义。这在中国的语言学中就叫做说文解字。这是中国人的一种古老智慧。

现代汉语中的“司法”（la Justice）其实是一个舶来物，大致是在清末变法修律时期从西方移植而来的。尽管在唐代，中国就已经使用“司法”一词来表达主管刑事审判的行政官职，但在古代使用“司法”所表达的意义与现代中文意义上之“司法”存在着明显不同。

汉语的构词法中“司法”一词是一个“动词+宾语”结构的词，“法”是“司”的行动所指。

在汉语言中，依据甲骨文字形，“司”（sī）表示一个人用“口”发布命令，它包含负责掌握、处理事情之意。

“法”（fǎ）字中国古代写作“灋”。其中的“廌”（zhì）是传说中远古时代的一种独角神兽，它生性正直，有着明辨是非、判断曲直的神性。它在法官审案时蹲坐一旁，如果谁有罪，就会用角去触他。在人们相互间发生纠纷时，就由其裁决，被触者即为“败诉”。古人把这种生性正直的神明裁判者“廌”纳入法的范畴，显然赋予了法的正直而无偏颇的价值内涵。

其次，在中国古代，“法”与“刑”的意义相通：古人对“法”的解释中有“法，刑也”的表达。实施刑罚、惩恶扬善是中国古代法的重要价值。“法”字的构词法上右边是“去”，去本意是“弃”、“逐”的意思。由于“去”字在古文中由“矢”和“弓”所构成，有学者根据矢、弓上的徽记被原始人用以判断猎物归属的习俗，认为“去”意即“出示证据”；也有学者认为，就从矢、弓的意义上讲，“去”字更有“处罚”、“制裁”的意思，由此，法表达惩恶价值，从我国历代偏重刑罚的法内容上也不难看到这一点。我国最早的成文法《法经》的规定都是关于刑事犯罪方面的。在中国各朝，即使是用以调整民事关系的法律手段，也都是以刑罚而非民事制裁措施的面目出现的。

从一定意义上讲，在中国，法与刑具有同一含义。这种观念对我国现代的重刑轻民倾向还深有影响。在中国社会的意识深处，将法律作为惩恶之工具还有十分普遍而深厚的社会基础。另外，从“法”字的造型也可以看出，法是要追求公平——“法”字的左半部分是“水”，意味着“法”应该像“水”一样“平”。

由此可见，中国古代的“司法”，主要是指掌管刑事审判和刑事处分的行政职位。“司法”侧重于刑事领域，而且负责刑事领域的官员是行政官员。在这个意义上，中国传统的司法总是掌握在行政官员手中的，它所关注的重点是惩罚。



内之法官、衙役、官差及罪犯，旁坐者为主控官。约 1900 年摄（光绪 28 年）

\* 法国 Montpellier 大学法学院博士，中国政法大学教授，北京第二外国语学院兼职教授，《论公正》（*Le juste*，保罗·利科著）译者





## La Justice

« 司法 »  
sī fǎ



Par Liu Yi\*

Selon le premier dictionnaire de langue chinoise de l'antiquité, le ShuoWenJieZi de XuShen datant de la dynastie des Han Orientaux (25-220 ap J.C.), le chinois antique désignait avec « 司 » *sī*, le dignitaire qui occupait un poste de responsable d'une institution et le traitement des affaires dont il avait la charge.

La forme traditionnelle du caractère « 法 » *fǎ*, la loi, est « 灋 », dont la signification est, toujours selon le ShuoWenJieZi, « équivalent au châtement, uniforme comme l'eau d'où la partie gauche du caractère « 氵 » (eau), qui touche le malhonnête (d'où l'intégration au caractère du dessin « 廌 »<sup>33</sup>) et l'expulse, d'où la partie droite du caractère « 去 » (expulser) ». C'est sur la base de cette interprétation de « la loi uniforme comme l'eau », que certains spécialistes lieront plus tard cette conception antique de la loi avec le concept moderne de justice équitable.

Le terme de « 司法 » vu comme l'alliage des deux caractères « 司 » et « 法 » signifie donc la prise en charge et le traitement d'une affaire relative à la loi. Cependant, le terme de « 司法 » comme concept en soi, équivalent du concept occidental de « Justice », n'a lui aucune ascendance antique mais est une importation de la langue japonaise arrivée en Chine lors de la période de réforme légale à la fin de la dynastie Qing.

Si la Chine antique n'attribuait pas au terme « 司法 » le sens de Justice ou de pouvoir judiciaire, cela ne signifie pas qu'il n'existait pas en Chine d'activité ou de système judiciaires. Bien au contraire. De même que le système légal chinois occupe une place importante dans l'histoire des civilisations, le système judiciaire chinois ancien a connu une longue et riche histoire qui a conduit à son originalité.

Passons en revue les principales caractéristiques de ce système. Tout d'abord, le pouvoir de jugement suprême revenait à l'empereur, et celui-ci disposait d'un droit de vie et de mort illimité sur ses sujets. Ensuite, les juridictions de base (par exemple, sous les Ming et Qing, les préfectures et les districts), ne faisaient qu'un avec les autorités administratives du même niveau. Le chef de l'administration était donc aussi le chef de la Justice en charge du jugement des affaires tant civiles que pénales. Troisièmement, du fait que le système légal chinois était un alliage produit de l'introduction des rites dans la loi, les principes confucéens de décider des peines en accord avec la morale, d'user avec précaution des châtements, de juger et sanctionner les intentions ou encore de protéger ses proches ont non seulement été inscrits dans le droit, mais sont même devenus des principes directeurs fondamentaux du système judiciaire chinois.

Enfin, au regard des normes actuelles d'équité dans un Etat de droit, la Justice de la Chine antique se caractérisait par de nombreuses faiblesses : extorsion d'aveux par l'usage de la torture et reconnaissance de la culpabilité sur la seule base des aveux, abus de pouvoir des magistrats et manipulation du système judiciaire, non différenciation des affaires pénales et des affaires civiles, manque de procédures rationnelles et équitables etc.

La période de réforme légale à la fin des Qing a ouvert l'ère de la modernisation du droit chinois et a initié sa mue difficile en prenant l'Occident et le Japon comme modèles. Le terme de « 司法 » a alors été adopté comme équivalent de la notion de « justice » de la langue anglaise. Cependant, du point de vue de son écriture chinoise, comme nous l'avons vu à l'instant, il ne saurait exprimer l'idée de « justice équitable » (« 公平正义 » *gōngpíng zhèngyì*) contenue dans la notion occidentale de « justice ». Cette absence de correspondance parfaitement exacte entre la langue chinoise et les langues occidentales qui crée un décalage entre le signifiant (identique) et le signifié (différent en chinois et dans les langues occidentales) illustre très précisément le problème que pose les

\* Post-doctorant à la faculté de droit de l'Université de Pékin, Docteur en droit.

<sup>33</sup> Pour l'explication du sens du dessin « 廌 », voir l'interprétation précédente du Professeur Cheng Chun Ming.

emprunts de vocabulaire juridique à des langues étrangères et, à un certain degré, annonce déjà les difficultés que rencontrera la réforme judiciaire chinoise.

La réforme du système judiciaire de la fin des Qing et l'instauration d'un nouveau système judiciaire sous la 1<sup>ère</sup> République de Chine peuvent être globalement vues comme issues d'un même mouvement. Si les réformes lancées à la fin des Qing n'ont pu sauver la dynastie impériale et n'ont pu même être appliquées à grande échelle, elles n'ont pas moins servi de fondations au système juridique de la nouvelle République. Ainsi les réformes de la fin des Qing ont-elles procédé à la séparation du pouvoir administratif du pouvoir judiciaire, à la répartition des compétences de l'organe judiciaire suprême aux cours de base, à l'abolition du système d'extorsion des preuves par la torture, ainsi qu'à la distinction des procédures pénales et des procédures civiles. C'est donc sur ces bases que la République de Chine a continué d'importer d'autres aspects des systèmes occidentaux et a établi un système judiciaire et institutionnel relativement perfectionnés.

Après l'instauration d'une Chine nouvelle par le Parti Communiste Chinois en 1949, du fait du fossé qui existait entre l'idéologie au pouvoir et le système politique encore en place, il est apparu nécessaire de « détruire l'ancien pour construire le nouveau ». L'abolition du « système légal archaïque » du KuoMinTang a conduit à balayer tout le produit de la réforme juridique initiée à la fin des Qing et à le remplacer par le système judiciaire révolutionnaire et populaire. Puis, avec la Révolution Culturelle et la suppression de tous les organes judiciaires, la société chinoise est entrée dans une période de vide juridique sans précédent.

En mettant fin à cette période de vide, l'année 1978 a marqué un tournant dans l'histoire contemporaine chinoise. L'approfondissement progressif de la politique d'ouverture et les évolutions majeures de la société chinoise ont fait de l'établissement d'un Etat de droit un principe directeur de l'évolution politique du pays. Le système judiciaire a non seulement été rétabli mais se voit même attribuer un rôle de plus en plus important.

Selon la Constitution, les organes judiciaires de la Chine sont les cours populaires et les parquets populaires, ces organes judiciaires sont des organes investis de l'autorité de l'Etat et indépendants des autres organes mais ils doivent néanmoins accepter la supervision des comités politico-légaux<sup>34</sup> de chaque niveau, le concept « politico-légal » étant un concept riche en signification et particulier à la Chine. Le Ministère de la Justice chinois n'est ainsi en aucun cas un véritable organe judiciaire, mais un organisme de gestion administrative des affaires judiciaires responsable des services pénitentiaires, du notariat, des avocats et de la diffusion du droit.

Depuis la seconde moitié des années 90, et notamment depuis l'arrivée de XiaoYang au poste de président de la Cour Populaire Suprême<sup>35</sup>, le système judiciaire a emprunté la voie rapide de la réforme avec pour objectif la justice et l'équité. De la réforme du système de l'audience à celle de la mise en scène de la Justice<sup>36</sup>, à l'harmonisation du droit, ces réformes inspirées des systèmes occidentaux et du concept de rationalité devraient, conformément à la logique qui les anime, mener à l'indépendance de la Justice. Cependant, la séparation des trois pouvoirs, préalable nécessaire à l'indépendance de la Justice, entrerait clairement en conflit avec l'idéologie actuelle du parti au pouvoir et avec la Constitution en vigueur.

Ainsi, l'avenir de la Justice en Chine reste-t-il difficile à prédire. Mais peu importe la difficulté de savoir quand, le jour où le terme de « 司法 » *sīfǎ* (la Justice), finira par être indissociable de celui de « 公正 » *gōngzhèng* (justice, équité), viendra, lui, assurément.



*Juges chinois dans la tenue que la profession a adoptée en 2000.*

<sup>34</sup> Les comités politico-légaux (政法委员会) sont des organes du Parti Communiste Chinois chargés de superviser le travail et la coordination des cours, du parquet et de la police. Les décisions les plus importantes prises par ces organes leur sont soumises.

<sup>35</sup> Poste qu'il a quitté en mars 2008 à la fin de deux mandats de 5 ans.

<sup>36</sup> Une décision de la Cour Populaire Suprême a imposé l'adoption d'une tenue particulière pour les magistrats en 2000.



# “司法”

sī fǎ

刘毅\*

根据中国古代第一部字书——东汉许慎所著之《说文解字》的解释，“司”的含义为：“臣司事于外者，从反后。”古代称有职事之臣为司，即指“有司”，是主管某个部门的官吏。“法”的古体字为“灋”，其意为“刑也。平之如水，从水。廌，所以触不直者去之，从去。”后来的学者从中引申出“法平如水”的意义，从而与现代法律之公平正义的属性相对接。如此看来，“司法”从字面看来，即是执掌或执行有关法律之事的意义。但是“司法”作为一个独立的概念并非古已有之，而是晚清变法修律以来从日文中移植而来。

当然，中国古代没有“司法”或“司法权”的称谓，并不意味着彼时没有相当于“司法”的活动和制度，相反，如同中华法系在世界文明史上的辉煌地位一样，中国古代的司法制度同样源远流长，自成一体。其主要特点有如下几个方面：首先，最高的司法裁判权力归皇帝所有，皇帝在理论上拥有生杀予夺的无限权力。其次，在机构设置方面，基层司法（例如明清时期的州县两级）与行政合二为一，即行政长官亦是司法官员，州官县令在征税催粮的同时，负责民事刑事案件的审判。第三，因中华法系“礼法合一”、“引礼入法”的特点，儒家学说中的德主刑辅、慎刑恤狱、原心论罪、亲亲相隐等，不仅转化为某些法律条文，更成为指导司法的基本原则。最后，以现代法治社会之公平正义的标准来看，中国古代的司法显然存在着诸如刑讯逼供，罪从供定；幕吏擅权，操纵司法；民事与刑事不加区分；缺乏合理而公正的程序设计等等弊端。

清末的变法修律拉开了中国法律现代化的大幕，中国的法律制度当然也包括司法制度开始师法西洋（也包括东邻日本），艰难转型。“司法”这个词正是对应于英文中的 justice，但是从汉语字面上看，只是表达了“适用法律、裁判案件”的一面，却不能体现出“公平正义”的另一面。这种“词”与“物”之间，中文与西文之间的凿枘不投，恰恰体现了法律移植中的困窘，也在某种程度上预示了司法变革在中国的坎坷命运。

清末的司法制度改革与中华民国现代司法的创制大致是一脉相承的，也就是说，晚清变法虽然未能挽救清王朝的命运，也没有在现实中得以广泛实施，却为后来民国的法制建设奠定了基石。具体说来，在清末的司法改革中，一是实现了司法与行政的分离，大理院与各级审判厅专职司法裁判；二是废除酷刑和刑讯逼供制度；三是民事诉讼与刑事诉讼相分离。中华民国则在此基础上，更加全面地移植西方制度，建立起一套比较完整的司法制度和机构体系。

1949年以后共产党建立的新中国，由于意识形态和政治制度迥异于前朝，所以在法律制度上采取了“破旧立新”，废除国民党“旧法统”的政策，清末以来司法改革的制度成果被荡涤一空，人民的、革命的司法取代了旧司法。及至文革中的砸烂“公检法”，中国社会进入了一个前所未有的法律虚无主义时代。

1978年是中国近现代史上的重要转折点，伴随改革开放的步步深化，和中国社会的巨大变迁，“建设法治国家”成为治国方略，司法机关不仅得以恢复重建，而且越来越发挥着举足轻重的作用。根据宪法，当代中国的司法机关为人民法院与人民检察院，司法机关从属于国家权力机关而相对独立于其他国家机关，在现实运行中，法院和检察院同时还要接收各级政法委员会的领导，“政法”是一个极富中国特色的概念。中国的司法部并非真正的司法机关，而是司法行政管理机构，负责监狱、公证、律师、普法等事务。

九十年代中后期以来，特别是肖扬担任最高人民法院院长时期，以司法公正为目标的司法改革进入快车道，从庭审制度改革到法槌法袍，再到法律共同体，这种以西方制度和理念为导向的改革，依其逻辑最终必然指向司法独立。但是司法独立背后所预设的三权分立，显然与当前的执政党理念以及现行宪法相冲突。所以，中国司法的未来走向尚难料定，但无论何时，“司法”总应当是与“公正”不可分离的。



\*北京大学法学院博士后，法学博士，100871。