
Le choc des mondes ou l'impact potentiel de la réunification de Hong-Kong à la République populaire de Chine sur le système juridique de Hong-Kong

Qin Hua Joseph Gu et Geneviève Dufour*

Avant le 1^{er} juillet 1997, le succès économique de Hong-Kong était en partie dû à un système juridique stable. La façon dont ce dernier sera affecté par la réunification est examinée dans le présent article. Dans la première partie, les auteurs présentent l'histoire du système juridique pré-réunification de Hong-Kong. Dans la seconde partie, ils analysent les dispositions de la *Déclaration conjointe*, traité par lequel la Grande-Bretagne a permis la réunification de Hong-Kong à la République populaire de Chine (R.P.C.) et où cette dernière a promis de préserver durant 50 ans le système capitaliste à Hong-Kong.

La troisième partie traite de la *Loi fondamentale* adoptée par la R.P.C. pour donner effet à la *Déclaration conjointe*. Les auteurs s'attardent d'abord aux mécanismes d'amendement et d'interprétation de la *Loi fondamentale* (A). Ils abordent ensuite les difficultés rencontrées pour intégrer les lois antérieurement en vigueur dans le système juridique post-réunification (B), puis ils décrivent le partage des compétences législatives entre Hong-Kong et la R.P.C. (C). La structure judiciaire et la création d'une cour de dernière instance à Hong-Kong sont également soulignées (D). Une attention particulière est ensuite portée aux engagements internationaux de Hong-Kong (E). Finalement, les problèmes posés par le passage au bilinguisme officiel sont présentés (F).

L'article se termine par un survol des perspectives d'avenir du système juridique post-réunification de Hong-Kong à la lumière des différences importantes entre les systèmes juridiques de Hong-Kong et de la R.P.C.

Before 1 July 1997, Hong Kong's economic success was attributable in part to its stable legal system. How this system will be affected by reunification is the subject of this article. In the first part, the authors present the history of Hong Kong's pre-reunification legal system. In the second part, they analyze the provisions of the *Joint Declaration*, the treaty by which Great Britain agreed to the reunification of Hong Kong with the People's Republic of China (P.R.C.) and in which the latter promised to preserve Hong Kong's capitalist system for fifty years.

The third part deals with the Basic Law, adopted by the P.R.C. to give effect to the *Joint Declaration*. First, the authors discuss the Basic Law's process of amendment and interpretation (A). Next, they discuss the difficulties involved in incorporating the laws previously in force into the post-reunification legal system (B), before turning to the division of legislative powers between Hong Kong and the P.R.C. (C). The judicial structure and the creation of a court of final appeal in Hong Kong are also underlined (D). Particular attention is then focused on Hong Kong's international obligations (E). Finally, the challenges involved in adopting official bilingualism are canvassed (F).

The article concludes with an overview of possible scenarios for Hong Kong's post-reunification legal system in light of the fundamental differences between the legal systems of Hong Kong and the P.R.C.

* Qin Hua Joseph Gu, Maîtrise en droit chinois (Beijing), LL.D. (Ottawa) et Geneviève Dufour, Certificat en études est-asiatiques (Université de Montréal), B.C.L., LL.B. (McGill), avocats pratiquant au sein du cabinet international Goodman Phillips & Vineberg. Les auteurs remercient leur collègue Brian Scholfield, pratiquant à Hong-Kong au sein du même cabinet, de leur avoir procuré des documents reflétant l'évolution du système juridique de Hong-Kong dans les jours qui ont suivi la réunification.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1997

Mode de référence : (1997) 42 R.D. McGill 537

To be cited as: (1997) 42 McGill L.J. 537

Introduction

- I. Le système juridique pré-réunification de Hong-Kong
- II. Les dispositions de la *Déclaration conjointe* entre la Grande-Bretagne et la R.P.C. relatives au système juridique
- III. Les dispositions de la *Loi fondamentale* promulguée par la R.P.C. relatives au système juridique
 - A. *Primauté de la Loi fondamentale et pouvoir de l'amender et de l'interpréter*
 - B. *Adoption des lois antérieurement en vigueur par la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*
 - C. *L'exercice du pouvoir législatif dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*
 - D. *La structure judiciaire dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*
 - E. *Les traités et autres instruments internationaux*
 - F. *Le bilinguisme officiel et la traduction en chinois des textes anglais*
- IV. Les perspectives d'avenir du système juridique post-réunification de Hong-Kong

Conclusion

Introduction

Depuis minuit le 30 juin 1997, l'un des joyaux du système capitaliste, Hong-Kong, est réuni au dernier géant communiste, la République populaire de Chine [ci-après R.P.C.]. Hong-Kong, un lieu trépidant où se sont édifiées des fortunes colossales, où les affaires se brassent à un rythme effréné, se retrouve sous juridiction communiste. Qu'advient-il suite à ce choc des mondes¹ ? Hong-Kong servira-t-elle de locomotive à la R.P.C. sur la voie de la prospérité ou verra-t-elle au contraire sa position au palmarès des miracles économiques menacée et son importance diminuer ? Le rôle que va jouer Hong-Kong au sein de la R.P.C. donne lieu à bien des spéculations (un livre est même en train d'être collectivement rédigé à cet effet par des utilisateurs de

¹ L'expression « choc des mondes » a été utilisée par Alain Peyrefitte dans son livre intitulé *L'Empire immobile ou le choc des mondes*, Paris, Fayard, 1989, où il relate l'ambassade britannique dirigée par Lord Macartney auprès de l'Empereur Qianlong, qui avait pour mission d'amener l'Empire chinois à s'ouvrir au commerce britannique. Alain Peyrefitte, *ibid.* aux pp. IX et XI, explique ainsi l'importance de cette ambassade :

Saviez-vous qu'en pleine Révolution française, les Anglais avaient envoyé une nombreuse expédition dans l'Empire chinois pour l'amener à s'ouvrir à eux ? Que, nouveau David contre Goliath, ils entendaient, eux huit millions, traiter d'égal à égal avec un pays qui en comptait trois cent trente — le tiers de l'humanité —, tant ils avaient conscience d'être « la plus puissante nation du globe » ? Mais que l'Empire du Milieu — « seule civilisation sous le Ciel » — repoussa brutalement toutes leurs demandes ?

[...]

Le plus singulier est qu'un incident apparemment sans importance cristallisa l'échec de Macartney : celui-ci refusa d'accomplir le kotow — c'est-à-dire de se prosterner, conformément au protocole de la Cour, neuf fois face contre terre devant l'Empereur.

[...]

La « Cour céleste » fut scandalisée. L'Empereur abrégua l'ambassade. Cette rupture amorça une dramatique réaction en chaîne : le choc des deux nations ; l'effondrement de la Chine ; la domination anglaise en Asie du Sud-Est au XIX^e siècle ; le malentendu haineux entre l'Occident et le tiers monde au XX^e. [note omise]

Ce premier choc des mondes, « rendez-vous manqué de l'Histoire » (*ibid.* à la p. XIX), trouve en partie son dénouement par la réunification de Hong-Kong avec la R.P.C. Hong-Kong, la « fleur rouge », hybride chinoise occidentalisée, permettra-t-elle que par son intermédiaire l'échange entre ces deux mondes ait lieu à l'occasion de ce nouveau choc ? Voir à cet égard les pronostics de différents auteurs sur l'avenir du système capitaliste de Hong-Kong : C.C. Day, « The Recovery of Hong Kong by the People's Republic of China — A Fifty Year Experiment in Capitalism and Freedom » (1984) 11 *Syr. J. Int'l L. & Com.* 625 ; J.C. Ng, « Note: Hong Kong After 1997: An Experimental Government Practicing Capitalism within a Socialist Sovereign » (1989) 10 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 67 ; D. Deese Skeen, « Comment: Can Capitalism Survive under Communist Rule? The Effect of Hong Kong's Reversion to the People's Republic of China in 1997 » (1995) 29 *Int'l Lawyer* 175 ; R.C. Bering, « Farewell to All That » (1997) 19 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.* 431.

l'Internet : voir «Draft of the Book — "Role of Hong Kong after 1997"»² !) et préoccupe entre autres la communauté d'affaires internationale qui profite de sa prospérité.

Hong-Kong avant la réunification se présente comme une juridiction où il est particulièrement facile d'établir une entreprise et de faire affaires³. Il y a peu de restrictions sur le contrôle étranger d'une entreprise ; comparativement à la plupart des autres juridictions en Asie, les permis de travail sont faciles à obtenir et les formalités sont réduites au minimum ; il n'y a pas de barrières douanières ou de restrictions sur le rapatriement des profits et les politiques fiscales sont favorables⁴. On y dispose d'un bassin de main-d'oeuvre qualifiée qui sait travailler efficacement et se conformer aux normes occidentales. On a accès à toutes les infrastructures modernes requises pour opérer. Il est possible de faire affaires en anglais. Enfin, le système juridique assure aux entreprises que les règles du jeu sont les mêmes pour tout le monde et qu'il y a une certaine stabilité, une prévisibilité et peu d'arbitraire dans le cadre où elles opèrent.

L'existence d'un système juridique stable et fiable constitue un avantage que l'on a tendance à prendre pour acquis dans les pays industrialisés mais dont l'absence se fait souvent cruellement sentir pour peu que l'on s'aventure à faire affaires ailleurs dans le monde⁵. La façon dont le système juridique de Hong-Kong a été et continuera d'être affecté par la réunification avec la R.P.C. a donc fait couler beaucoup d'encre⁶ et c'est sur cet aspect des conséquences de la réunification de Hong-Kong avec la R.P.C. que le présent article s'attarde. Nous aborderons d'abord l'origine du système juridique pré-réunification de Hong-Kong et les négociations entre la Grande-Bretagne et la R.P.C. qui ont abouti à un traité relatif à la réunification de Hong-Kong avec la R.P.C.⁷. Ensuite, nous examinerons les dispositions pertinentes de la loi promulguée par la R.P.C. pour donner effet à ce traité et verrons au passage les difficultés soulevées par sa mise

² (13 juillet 1997) <http://www.primenet.com/~ltseung/hongkong.htm> (visité le 30 juillet 1997).

³ Voir «Basic Aspects of Establishing a Business Presence in Hong Kong», (14 juin 1997) <http://www.netdoor.com/com/bakernet/hongkong/basic/basic.html> (visité le 11 juillet 1997).

⁴ Voir *ibid.*

⁵ Lors d'un récent sondage réalisé auprès des membres de la Chambre de commerce canadienne de Hong-Kong, plus de la moitié ont indiqué que le maintien du système juridique était le plus important facteur dans leur évaluation de Hong-Kong au point de vue affaires. Voir Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, «Canadien Business Confidence Remains High on Eve of Hong Kong Handover to China» *CanadExport* (16 juin 1997) 1.

⁶ Voir entre autres L. do Rosario, «Justice Under Siege» *Far Eastern Economic Review* (26 janvier 1995) 18 ; C. Buddle, «Rapid Changes "Threaten Justice"», *South China Morning Post* (18 janvier 1997) A3 ; R. Wacks, dir., *The Future of the Law in Hong Kong*, Hong-Kong, Oxford University Press, 1989 ; A.H.Y. Chen et P. Wesley-Smith, dir., *The Basic Law and Hong Kong's Future*, Hong-Kong, Butterworths, 1988 ; J. McDermott, «The "Rule of Law" in Hong Kong after 1997» (1997) 19 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 263 ; J. Nadeau, *Hong Kong 1997: dans la gueule du dragon rouge*, Montréal, Québec/Amérique, 1990 ainsi que les diverses publications mentionnées ailleurs aux présentes.

⁷ Voir *Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong*, 19 décembre 1984, U.K.T.S. 1984 n° 26, 23 I.L.M. 1366 [ci-après *Déclaration conjointe*].

en application relativement au système juridique de Hong-Kong⁸. Nous envisagerons enfin les perspectives d'avenir de ce dernier.

I. Le système juridique pré-réunification de Hong-Kong

Le système juridique pré-réunification a été instauré par la Grande-Bretagne alors que Hong-Kong faisait partie de son empire colonial. Avant l'arrivée des Anglais, Hong-Kong était une petite communauté de pêcheurs et servait de refuge aux voyageurs et aux pirates de la mer du Sud⁹.

Durant les guerres de l'opium avec la Chine au XIX^e siècle, la Grande-Bretagne utilisa le territoire à titre de base navale. À la fin de la première guerre de l'opium, l'île de Hong-Kong fut cédée à la Grande-Bretagne en perpétuité par le *Traité de Nankin*¹⁰. D'autres conflits avec la Chine en 1860 eurent pour résultats qu'une seconde partie du territoire de Hong-Kong fut également cédée à la Grande-Bretagne¹¹. Finalement, en 1898, la Grande-Bretagne acquit la troisième et dernière partie du territoire de Hong-Kong, les Nouveaux Territoires, aux termes d'un bail de 99 ans entre Sa Majesté la Reine Victoria, locataire, et l'Empereur Guangxu de la dynastie des Qing, locateur¹². À titre de point de repère, les Nouveaux Territoires représentent près de 90% du territoire total de Hong-Kong, lequel a une superficie approximativement égale à la moitié de l'île du Prince-Édouard. La ville de Hong-Kong elle-même n'occupe que 7% de ce territoire ; le reste est presque tout en montagnes et en vallées perdues et comprend un chapelet de 234 îles, des villages et quelques rizières¹³. Hong-Kong est brièvement sor-

⁸ Voir *The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*, 3^e sess., 7^e Assemblée populaire nationale [ci-après A.P.N.], 4 avril 1990, 29 I.L.M. 1511 [ci-après *Loi fondamentale*]. Une traduction française est disponible auprès de l'ambassade de la R.P.C. à Ottawa. Sur l'A.P.N., voir *infra* note 62.

⁹ Sur l'histoire de Hong-Kong, voir G.B. Endacott, *A History of Hong Kong*, Londres, Oxford University Press, 1964 ; K. Chan Lau, *China, Britain and Hong Kong: 1895 — 1945*, Hong-Kong, Chinese University of Hong Kong, 1990 ; N. Cameron, *Hong Kong, the Cultured Pearl*, Hong-Kong, Oxford University Press, 1978 ; P. Wesley-Smith, *Unequal Treaty 1898 — 1997: China, Great Britain and Hong Kong's New Territories*, Hong-Kong, Oxford University Press, 1980 ; K. Lane, *Sovereignty and the Status Quo: The Historical Roots of China's Hong Kong Policy*, Boulder, Westview Press, 1990 ; «From Pirates to Patten: How Hong Kong People Built a Stunning City» *Far Eastern Economic Review* (numéro spécial, juillet 1997) 52.

¹⁰ *Treaty of Nankin*, 29 août 1842, Chine — Royaume-Uni, 93 Cons. T.S. 465. Pour une explication des enjeux des guerres de l'opium et de la signature des traités qui en a résulté, voir R. Klein, «Law and Racism in an Asian Setting: An Analysis of the British Rule of Hong Kong» (1995) 18 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 223 à la p. 224 et s.

¹¹ Voir *Convention of Friendship*, 24 octobre 1860, Chine — Royaume-Uni, 123 Cons. T.S. 71, par laquelle la péninsule de Kowloon et Stonecutters Island furent cédées à la Grande-Bretagne.

¹² Voir *Convention Respecting an Extension of Hong Kong Territory*, 9 juin 1898, Chine — Royaume-Uni, 186 Cons. T.S. 310. Voir aussi D.R. Fung, «Rule of Law in Hong Kong after 1997» *Bus. L. Rev.* (décembre 1995) 254 à la p. 254.

¹³ Étant donné que seuls les Nouveaux Territoires faisaient l'objet d'un bail de 99 ans et que le reste du territoire de Hong-Kong avait plutôt été cédé à perpétuité, la Grande-Bretagne aurait théorique-

tie de l'empire colonial de la Grande-Bretagne au cours de la deuxième guerre mondiale, le 24 décembre 1941, lorsque l'armée britannique a dû battre en retraite devant les Japonais. Cependant, à la fin de la guerre, la Grande-Bretagne a récupéré le territoire.

Le système juridique mis en place durant la période de domination britannique fait appel à la tradition de *common law* et est une réplique de celui de la Grande-Bretagne dont il a fait, jusqu'au 1^{er} juillet 1997, partie intégrante. En effet, la Grande-Bretagne n'a jamais accordé son indépendance à Hong-Kong¹⁴. Sous le régime britannique, les *Lettres patentes* et les *Instructions royales* promulguées par Sa Majesté la Reine déterminent l'organisation politique de la colonie¹⁵ en établissant le poste de Gouverneur, le Conseil exécutif et le Conseil législatif, en leur conférant leurs pouvoirs respectifs et en énumérant les restrictions applicables¹⁶. Les *Instructions royales* élaborent et complètent l'information contenue dans les *Lettres patentes*. Les *Lettres patentes* et les *Instructions royales* tiennent lieu de «constitution» à Hong-Kong, mais cette dernière n'est évidemment pas autonome constitutionnellement parlant.

ment pu garder le reste du territoire plutôt que de permettre la réunification de la totalité de Hong-Kong avec la R.P.C. Cependant, au niveau pratique, tel qu'expliqué par Day, *supra* note 1 à la p. 631, n. 37, Hong-Kong fonctionne comme une unité et la division de son territoire n'était ni politiquement ni commercialement réalisable :

The Crown Colony and New Territories are so interdependent and integrated that no partitioning could reasonably occur. Much of the colony's population, industry and water supply are now in the New Territories. Partitioning would destroy the economic viability of the colony.

De plus, la R.P.C. a insisté pour que les négociations portent sur tout le territoire de Hong-Kong. La R.P.C. a toujours contesté la validité des traités en vertu desquels la Grande-Bretagne avait pris possession de Hong-Kong parce qu'ils résultaient de l'emploi de la force et de la position inégale des parties, voir Deese Skeen, *supra* note 1 à la p. 176. La R.P.C. a même menacé de discontinuer l'approvisionnement du reste du territoire de Hong-Kong en eau potable afin de dissuader la Grande-Bretagne d'insister pour garder ce territoire, voir McDermott, *supra* note 6 à la p. 265.

¹⁴ Voir Klein, *supra* note 10, qui tente d'expliquer comment le statut colonial de Hong-Kong a perduré malgré la vague de décolonisation des années soixante. Voir également à cet égard l'analyse de Berring, *supra* note 1 à la p. 432 et s., et celle de P. Johnson, «A Contrarian View of Colonialism: Hong Kong Wasn't Just a Case of Exploiter and Exploited» *Far Eastern Economic Review* (numéro spécial, juillet 1997) 8.

¹⁵ Voir R. Daryanani (Government Information Services), dir., *Hong Kong 1995*, Hong-Kong, H. Myers (Government Printer at the Government Printing Department), 1995 au c. 2, «Constitution and Administration», aux pp. 25-26. Les *Lettres Patentes* et *Instructions royales* ont d'abord été émises en 1843 et sont le fruit de l'exercice d'une prérogative royale. Celles en vigueur jusqu'au 30 juin 1997 ont été rédigées en 1917 et amendées au fil du temps. Elles sont reproduites dans le vol. 39 des *Laws of Hong Kong*. Pour des commentaires, voir N.J. Miners, *The Government and Politics of Hong Kong*, 5^e éd., Hong-Kong, Oxford University Press, 1995, qui contient une reproduction des *Lettres patentes* et *Instructions royales* incluant les amendements jusqu'au 1^{er} juillet 1994 aux pp. 248-60. Une autre reproduction, incluant les amendements jusqu'au 20 mars 1993 se trouve dans A. Byrnes et J. Chan, dir., *Public Laws and Human Rights: A Hong Kong Sourcebook*, Hong-Kong, Butterworths, 1993 aux pp. 18-37.

¹⁶ Voir les *Lettres Patentes*, *ibid.*, art. I, V et VI.

Le Gouverneur n'est pas élu par la population de Hong-Kong mais plutôt nommé par Sa Majesté la Reine¹⁷. Contrairement à sa contrepartie en titre au Canada, le Gouverneur général du Canada, il n'occupe pas seulement un poste honorifique : il dirige le gouvernement de la colonie¹⁸. Jusqu'à la Réforme électorale de 1995¹⁹, le Gouverneur nommait dix des treize membres du Conseil exécutif. Les trois autres étaient le Secrétaire général, le Secrétaire des finances et le Procureur général²⁰. Ces derniers siégeaient également *ex officio* au Conseil législatif, qui comprenait soixante membres dont dix-huit étaient nommés directement par le Gouverneur, alors que vingt et un étaient élus par des collèges d'électeurs représentant un secteur économique, social ou professionnel²¹ et dix-huit étaient élus par secteurs géographiques²². À titre informatif, immédiatement avant la Réforme électorale de 1995, la liste électorale pour les vingt et un membres élus par les collèges d'électeurs représentant un secteur économique, social ou professionnel ne comprenait que 71 327 noms, sur une population de 6,1 millions d'habitants²³. De ces 71 327 électeurs, il faut tenir compte du fait que plusieurs étaient des corporations, puisqu'à Hong-Kong le droit de vote n'était pas réservé aux personnes physiques. Le droit de vote des corporations a été aboli lors de la Réforme électorale de 1994²⁴.

Cette dernière est le fruit des efforts du dernier Gouverneur britannique de Hong-Kong, Chris Patten, qui dès son entrée en fonctions le 9 juillet 1992²⁵ a commencé à multiplier les efforts afin de donner aux gens de Hong-Kong un droit de parole sur leur sort. Ceci a provoqué l'ire de la R.P.C., qui considérait que la Grande-Bretagne n'avait pas à changer les règles dont elle s'était elle-même prévaluée durant plus d'un siècle de domination britannique juste avant de rendre Hong-Kong à la R.P.C.²⁶. Malgré l'opposition de la R.P.C., le projet de loi relatif à la Réforme électorale a été publié dans la gazette officielle de Hong-Kong le 25 février 1994 et adopté le 30 juin 1994²⁷.

Outre l'abolition du droit de vote des corporations, la Réforme a donné lieu à un élargissement des collèges d'électeurs existants qui représentaient un secteur économi-

¹⁷ Voir *ibid.*, art. I ; *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 37 ; voir aussi McDermott, *supra* note 6 aux pp. 268-69.

¹⁸ Voir *Hong Kong 1995*, *ibid.*

¹⁹ Voir *Legislative Council (Electoral Provisions) (Amendment) Ordinance* (Cap. 381).

²⁰ Voir *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 26.

²¹ Soit le service social, l'enseignement, la santé, l'architecture, la planification urbaine et le tourisme ; voir *Hong Kong 1995*, *ibid.* à la p. 25.

²² Voir *ibid.* à la p. 27.

²³ Voir *ibid.* aux pp. 13 et 37.

²⁴ Voir *ibid.* aux pp. 25 et 37.

²⁵ Voir *ibid.* à la p. 26.

²⁶ Voir entre autres L. do Rosario, «Colonial Standoff: Reforms Bill Passed as Sino-British Talks Stalemate» *Far Eastern Economic Review* (10 mars 1994) 22.

²⁷ Par trente-deux voix contre vingt-quatre. Voir *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 25. Voir l'éditorial intitulé «Vote of Confidence: Hong Kong Approves Patten's Reform Package» *Far Eastern Economic Review* (14 juillet 1994) 5, où la réforme a été critiquée parce qu'elle n'allait pas assez loin dans le processus de démocratisation.

que, social ou professionnel²⁸ et à la création de neuf secteurs additionnels dont les collèges d'électeurs englobaient toute la population de travailleurs de Hong-Kong, estimée à 2,9 millions sur 6,1 millions d'habitants²⁹. La Réforme a également aboli la nomination de membres du Conseil législatif par le Gouverneur britannique et l'attribution de sièges *ex officio*. Les soixante sièges ont été répartis comme suit : vingt par élections géographiques, trente par élections par secteur économique, social ou professionnel et dix par un comité d'électeurs composé de chacun des trois cent quarante-six membres élus des Conseils de districts³⁰. Le dernier Conseil législatif avant la réunification [ci-après *Legco*] a été élu le 17 septembre 1995 lors des élections les plus démocratiques que Hong-Kong ait connues au cours de plus d'un siècle de domination britannique ; cependant, seulement trente-six pour cent des électeurs ayant le droit de vote l'ont exercé³¹.

La réalité politique du statut de colonie de Hong-Kong se reflète dans la structure du système juridique pré-réunification. Lorsqu'un organe législatif est pour la première fois établi par la Grande-Bretagne à Hong-Kong le 5 avril 1843³², toutes les lois qui sont en vigueur en Grande-Bretagne à cette date sont automatiquement appliquées à Hong-Kong, à l'exception de celles qui sont par nature purement locales et donc inadaptées à la situation particulière des habitants de Hong-Kong³³. Les lois édictées sub-

²⁸ Voir *supra* note 21.

²⁹ Les nouveaux secteurs sont : production primaire, énergie et construction ; textiles et vêtements ; manufactures ; import-export ; vente en gros et au détail ; hôtellerie et restauration ; transport et communications ; financement, assurances, immobilier et services d'affaires ; services personnels, sociaux et à la communauté. Voir *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 37.

³⁰ Voir *ibid.* aux pp. 25 et 34. Les Conseils de district ont été établis en 1982 pour conseiller le gouvernement sur des questions relatives à l'administration des districts et au bien-être des gens qui y vivent et y travaillent. Il y a dix-huit Conseils de districts à Hong-Kong, composés au total de vingt-sept membres *ex officio* et trois cent quarante-six membres élus par des collèges d'électeurs. La liste électorale de 1994 pour ces collèges d'électeurs comptait 2 450 372 noms.

³¹ Voir L. do Rosario, «Stand Up and Be Counted» *Far Eastern Economic Review* (28 septembre 1995) 16 ; S. Holberton, «Thorn in Their Sides: The New Hong Kong LegCo Could Make the 1997 Handover More Difficult» *Financial Times* (19 septembre 1995) 16.

³² Voir *Charter of April 5, 1843*, reproduite dans *Laws of Hong Kong*, appendice IV et dans J. W. Norton-Kyshe, *The History of the Laws and Courts of Hong Kong from the Earliest Period to 1898*, vol. 1, Hong-Kong, Vetch and Lee, 1898 à la p. 21 [ci-après *Charte de 1843*]. Ce document a tenu lieu de première «constitution» à Hong-Kong.

³³ Les termes de la *Charte de 1843*, *ibid.*, ne sont pas explicites à ce sujet. Toutefois, l'usage n'a pas tardé à confirmer que les lois anglaises s'appliquaient à Hong-Kong. Dès l'année suivante, l'*Ordonnance n° 15* de 1844 (21 août), qui établissait la Cour suprême de Hong-Kong, déclarait à l'art. 3 :

that the law of England shall be in full force in the said Colony of HongKong, except where the same shall be inapplicable to the local circumstances of the said Colony or of its inhabitants : Provided, nevertheless, that in all matters and questions touching the right or title to any real property in the said Colony, the law of England shall prevail, and that no law shall be recognized in the said Colony, which may in any way derogate from the sovereignty of the Queen of England.

Citée dans Norton-Kyshe, *ibid.* aux pp. 23-24. L'application générale des lois britanniques prévue par l'*Ordonnance n° 15*, *ibid.*, fut subséquemment limitée aux lois en vigueur le 5 avril 1843 : «only such

séqueusement en Grande-Bretagne ne doivent s'appliquer à Hong-Kong que dans la mesure où il y est expressément indiqué qu'elles concernent Hong-Kong. Il demeure que la Grande-Bretagne peut légiférer pour Hong-Kong³⁴ et que les activités législatives de la colonie sont étroitement contrôlées, d'une part par le Gouverneur britannique en poste³⁵ et d'autre part parce que certaines catégories de lois doivent recevoir l'assentiment exprès de Sa Majesté la Reine avant de prendre effet³⁶. De plus, toutes les

of the laws of England as existed when the Colony obtained a local legislature, that is to say, on the 5th of April, 1843, should be of force therein, [...]», *Ordonnance n° 2* de 1846, citée dans Norton-Kyshe, *ibid.* à la p. 24. L'article 7 de l'*Ordonnance n° 12* de 1873, intitulée *Supreme Court Reconstitution Ordinance*, et l'article 3 de la *Application of English Law Ordinance (1966)* (Cap. 88) [ci-après *Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)*] sont au même effet. Voir aussi D.J. Lewis, «A Requiem for Chinese Customary Law in Hong Kong» (1983) 32 I.C.L.Q. 347 à la p. 351.

³⁴ Voir *Charte de 1843* : «We do hereby reserve to Ourselves [...] [the] right and authority [...] to make and establish [...] all such Laws as may to Us, or them [Our Successors], appear necessary, for the order, peace, and good government» et, généralement, *Hong Kong 1995, supra* note 15 à la p. 50.

³⁵ Voir *Charte de 1843, ibid.* : «And We do hereby give and grant, to the Governor of Our said Colony of Hongkong for the time being, full power and authority, in Our name and on Our behalf, but subject nevertheless to such provisions as may be in that respect contained in any Instructions which may from time to time be addressed to him by Us for that purpose». Voir aussi P. Wesley-Smith, *An Introduction to the Hong Kong Legal System*, Hong-Kong, Oxford University Press, 1987 à la p. 27 [ci-après *An Introduction*]. Voir, généralement, *Hong Kong 1995, ibid.* aux pp. 25-26 ; McDermott, *supra* note 6 aux pp. 268-69.

³⁶ Voir *Instructions royales, supra* note 15, art. XXVI :

The Governor shall not, except in the cases hereunder mentioned, assent in Our name to any Bill of any of the following classes:

1. Any Bill for the divorce of persons joined together in holy matrimony;
2. Any Bill whereby any grant of land or money, or other donation or gratuity may be made to himself;
3. Any Bill affecting the Currency of the Colony or relating to the issue of Bank notes;
4. Any Bill establishing any Banking Association, or amending or altering the constitution, powers or privileges of any Banking Association;
5. Any Bill imposing differential duties;
6. Any Bill the provision of which shall appear inconsistent with obligations imposed upon Us by Treaty;
7. Any Bill interfering with the discipline or control of Our forces by land, sea or air;
8. Any Bill of an extraordinary nature and importance, whereby Our prerogative, or the rights in property of Our subjects not residing in the Colony, or the trade and shipping of Our United Kingdom and its Dependencies, may be prejudiced;
9. Any Bill whereby persons not of European birth or descent may be subjected or made liable to any disabilities or restrictions to which persons of European birth or descent are not also subjected or made liable;
10. Any Bill containing provisions to which Our assent has been once refused, or which have been disallowed by Us.

autres lois, même si elles ne requièrent pas cet assentiment exprès, peuvent théoriquement être désavouées par Sa Majesté³⁷.

Le Gouverneur britannique de Hong-Kong a par ailleurs le pouvoir de légiférer localement en émettant des ordonnances, sur l'avis et avec le consentement du Conseil législatif de Hong-Kong, pour promouvoir la paix, l'ordre et le bon gouvernement³⁸, un principe familier aux juristes canadiens férus de droit constitutionnel. Les ordonnances de Hong-Kong délèguent occasionnellement le pouvoir de légiférer à la bureaucratie en prévoyant la création de règlements et d'autres formes de législation subordonnée. La majeure partie de la législation applicable à Hong-Kong existe cependant sous forme d'ordonnances³⁹.

Au niveau de la *common law* et des règles d'équité qui constituent traditionnellement l'épine dorsale des systèmes de *common law*, il n'y a pas de date charnière «avant, après» comme le 5 avril 1843 en matière de textes législatifs. En effet, à cet égard, l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)* prévoit plutôt que la *common law* et les règles d'équité de Grande-Bretagne s'appliquent à la colonie dans la mesure où elles ne sont pas inadaptées aux circonstances particulières de Hong-Kong et de ses habitants⁴⁰. La jurisprudence élaborée en Grande-Bretagne et les principes qui s'en dégagent sont donc généralement suivis à Hong-Kong, bien que les tribunaux de la colonie ne soient pas formellement liés par les décisions de leurs contreparties britanniques, à l'exception des jugements du Conseil privé⁴¹. Lorsque les tribunaux de Hong-Kong choisissent de s'écarter des décisions britanniques, ils contribuent à la création d'une *common law* et de règles d'équité qui sont propres à Hong-Kong⁴². Les tribunaux de Hong-Kong ont également recours au droit local pour suppléer aux lacu-

Voir aussi N.C. Jackson, «The Legal Regime of Hong Kong After 1997: An Examination of the Joint Declaration of the United Kingdom and the People's Republic of China» (1987) 5 *Int'l Tax & Bus. Lawyer* 379 à la p. 384.

³⁷ Voir *Charte de 1843*, *supra* note 32 à la p. 22 : «We do hereby reserve to Ourselves, [...] Our [...] right and authority to disallow any such Ordinances in the whole or in part [...]» et *Lettres Patentes*, *supra* note 15, art. VIII. Voir généralement *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 50.

³⁸ Voir *Charte de 1843*, *ibid.* à la p. 21 : «And we [sic] do hereby grant and ordain, that the Governor [...] shall have full power and authority to make and enact all such Laws and Ordinances [...] required for the peace, order, and good government of the said Colony [...]» et *Lettres Patentes*, *ibid.*, art. VII.

³⁹ Voir *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 au c. 3, «The Legal System», à la p. 49.

⁴⁰ Voir *Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)*, *supra* note 33, art. 3. Voir aussi D.R. Fung, «Foundation for the Survival of the Rule of Law in Hong Kong: The Resumption of Chinese Sovereignty» (1996-97) 1 *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 283 aux pp. 285-87 [ci-après «Foundation for the Survival of the Rule of Law»].

⁴¹ Voir G.Halford et C.Wilson, «The Legal System in Hong Kong after June 30 1997» *Int'l Com. Litigation* (novembre 1995) 30 à la p. 32. Sur le rôle du Conseil privé dans le système juridique pré-réunification de Hong-Kong, voir Wesley-Smith, *An Introduction*, *supra* note 35 à la p. 64 ; voir aussi *infra* note 48 et texte correspondant.

⁴² Voir Halford et Wilson, *ibid.* à la p. 32.

nes de la *common law*, de sorte que le droit coutumier chinois fait partie du système juridique pré-réunification⁴³.

Si l'on dresse un parallèle entre Hong-Kong et le Canada, on constate que contrairement au système juridique canadien, qui opère de façon indépendante de celui de la Grande-Bretagne, tant au niveau des édits législatifs depuis le Statut de Westminster de 1931⁴⁴ et, plus récemment, depuis le rapatriement de la Constitution en 1982⁴⁵, qu'au niveau de l'instance de dernier ressort qui est la Cour suprême du Canada depuis que le droit de loger un appel au Comité judiciaire du Conseil privé de Grande-Bretagne a été aboli le 23 décembre 1949⁴⁶, le cordon ombilical n'a jamais été coupé entre Hong-Kong et la Grande-Bretagne avant minuit le 30 juin 1997⁴⁷. Au contraire, les lois de Grande-Bretagne ont continué de s'appliquer à Hong-Kong lorsque leur texte le spécifiait et les appels au Comité judiciaire du Conseil privé ont persisté jusqu'à la réunifi-

⁴³ Voir *ibid.* à la p. 32. Dès le 1^{er} février 1841, une première proclamation était effectuée à l'égard du droit coutumier chinois par le Commodore Bremer, à titre de Commandant en chef, et le Capitaine Elliott, à titre de Surintendant du commerce britannique et Plénipotentiaire :

The inhabitants [...] are further secured in the free exercise of their religious rites, ceremonies, and social customs, and in the enjoyment of their lawful private property and interests. They will be governed, pending Her Majesty's further pleasure, according to the laws, customs, and usages of the Chinese (every description of torture excepted) by the elders of villages, subject to the control of a British magistrate [...]

Elle est reproduite dans Norton-Kyshe, *supra* note 32 aux pp. 5-6.

Une seconde proclamation fut émise le lendemain par le Capitaine Elliott, laquelle réitérait la première en termes généraux. Voir Norton-Kyshe, *ibid.* aux pp. 4-5.

L'effet de ces proclamations a été analysé et parfois remis en question dans la jurisprudence, mais l'article 3 de l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise* (1966), *supra* note 33, (et les ordonnances auxquelles elle a succédé, telles qu'identifiées à la note 33) établit également le droit coutumier chinois comme faisant partie intégrante du système juridique de Hong-Kong. Le droit coutumier chinois serait constitué de la Coutume de la Dynastie des Ch'ing telle qu'elle existait en 1843 et des modifications et de l'interprétation qui en aurait été faite à Hong-Kong depuis. Pour une analyse des sources permettant l'application du droit coutumier chinois à Hong-Kong, voir Lewis, *supra* note 33 aux pp. 348-56 ; pour une analyse du contenu de la coutume, voir Lewis, *ibid.* aux pp. 356-77. Cependant, le droit coutumier chinois a progressivement perdu du terrain et la plupart de ses dispositions relatives au concubinage, à la famille et aux successions ont été abrogées ou sont tombées en désuétude ; une exception notable est le droit des successions dans les Nouveaux Territoires ; voir à ce sujet M.H. Hurlock, «Compte rendu : The Common Law System in Chinese Context: Hong Kong in Transition par B.F.C. Hsu» (1993) 93 Colum. L. Rev. 1318 aux pp. 1333-34.

⁴⁴ (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27 ; voir J.-Y. Morin et J. Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, t.1, 2e éd., Montréal, Thémis, 1994 à la p. 395.

⁴⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'ann. B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁴⁶ *Loi modifiant la Loi de la Cour Suprême*, L.C. 1949, c. 37, art. 3, modifiant L.R.C. 1927, c. 35. Voir aussi Morin et Woehrling, *supra* note 44 à la p. 392.

⁴⁷ J. Colmey, «Handover Strategies: The Letter of the Law» *Time Magazine [Asia]* (20 janvier 1997) 20.

cation de Hong-Kong avec la R.P.C.⁴⁸. Ce cordon ombilical devant évidemment être coupé lors de la réunification, l'avenir du système juridique a été abordé lors des négociations relatives à l'avenir de Hong-Kong entreprises entre la Grande-Bretagne et la R.P.C.

II. Les dispositions de la *Déclaration conjointe* entre la Grande-Bretagne et la R.P.C. relatives au système juridique

C'est en 1984, suite à des pourparlers entre la Dame de Fer de Grande-Bretagne, Margaret Thatcher, et le patriarche Deng Xiaoping⁴⁹ (l'un des derniers leaders chinois à avoir fait partie de l'entourage immédiat de Mao lors de la Longue Marche et l'instigateur de la fameuse politique dite des «portes ouvertes» qui a permis aux premiers investissements étrangers directs d'avoir lieu en R.P.C.) que le sort de Hong-Kong a été décidé. Ces pourparlers ont abouti à un traité, soit la *Déclaration conjointe*⁵⁰, signé par Margaret Thatcher et l'un des collaborateurs de Deng Xiaoping, Zhao Ziyang⁵¹, mais non par Hong-Kong qui en était pourtant l'enjeu.

La *Déclaration conjointe* prévoit que la Grande-Bretagne permet que Hong-Kong soit réunifiée à la R.P.C. à compter du 1^{er} juillet 1997⁵². Pour sa part, la R.P.C. s'engage à faire de Hong-Kong une zone administrative spéciale [ci-après Zone administrative spéciale de Hong-Kong ou zone], jouissant d'un degré d'autonomie élevé et placée directement sous l'autorité du gouvernement central de la R.P.C.⁵³ La Zone administrative spéciale de Hong-Kong aura son propre pouvoir exécutif, son propre corps législatif et sa propre structure judiciaire⁵⁴. Le Chef de l'exécutif sera désigné par la R.P.C. (tout comme son prédécesseur, le Gouverneur britannique, était nommé par Sa Majesté la Reine) sur la base d'élections ou de consultations tenues localement⁵⁵. Les princi-

⁴⁸ Voir Fung, «Rule of Law in Hong Kong After 1997», *supra* note 12 à la p. 257. Les appels au Conseil privé sont toutefois relativement rares, compte tenu entre autres des coûts impliqués. En moyenne, le Conseil privé entend chaque année de dix à quinze causes provenant de Hong-Kong. Voir M.L. Tan, «From the Privy Council to the Court of Final Appeal: Will the Area of Non-Justiciability Be the Same in Hong Kong after July 1, 1997?» (1997) 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 413 aux pp. 415-17.

⁴⁹ Il est décédé le 19 février 1997.

⁵⁰ *Supra* note 7. Il est toujours en vigueur (en effet, tel que discuté, *infra* note 58, certains des engagements pris par la R.P.C. vis-à-vis de la Grande-Bretagne couvrent une période de cinquante ans à compter du 1^{er} juillet 1997) et il est inscrit au registre des Nations Unies, ce qui permet à chacune des parties de s'en prévaloir devant cette institution, le cas échéant. Voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, 59 Stat. 1031, 145 U.K.F.S. 805, art. 102.

⁵¹ Zhao Ziyang était alors Premier ministre de la R.P.C. L'annonce de la *Déclaration conjointe* a initialement été faite en septembre 1984 après deux ans de négociations difficiles entre les gouvernements britannique et chinois. La *Déclaration conjointe* a été signée par les gouvernements britannique et chinois le 19 décembre 1984 et ratifiée par le Parlement britannique en mai 1985.

⁵² Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 2.

⁵³ Voir *ibid.*, art. 3(1) et (2).

⁵⁴ Voir *ibid.*, art. 3(3).

⁵⁵ Voir *ibid.*, art. 3(4) et ann. I, art. I.

paux fonctionnaires seront nommés par le Chef de l'exécutif⁵⁶ tandis que le corps législatif sera constitué par élections. Il n'est cependant pas question de suffrage universel dans la *Déclaration conjointe*, ce qui n'est guère surprenant compte tenu de l'historique du processus électoral de Hong-Kong⁵⁷.

La *Déclaration conjointe* prévoit également que Hong-Kong conservera durant une période de 50 ans son système capitaliste⁵⁸, lequel, malgré l'absence de suffrage universel, demeure fondamentalement différent du système communiste (qualifié plutôt de socialiste dans les documents officiels⁵⁹) qui prévaut partout ailleurs en R.P.C. ; c'est la fameuse politique dite «un pays, deux systèmes»⁶⁰. Voilà pour ce que l'avenir en général réserve à Hong-Kong suivant les termes de ce traité. Par ailleurs, certaines des dispositions de ce dernier sont plus spécifiques et concernent en particulier le système juridique.

Ainsi, l'article 3 de la *Déclaration conjointe*, qui énumère sommairement les politiques de base que la R.P.C. s'engage à appliquer à l'égard de Hong-Kong, stipule que «les lois présentement en vigueur demeureront fondamentalement inchangées»⁶¹. Ce

⁵⁶ Voir *ibid.*, ann. I, art. I.

⁵⁷ Voir *ibid.*

⁵⁸ Voir *ibid.*, ann. I, art. I, al. 1.

⁵⁹ Voir *ibid.* et *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 5.

⁶⁰ En principe, cette politique n'est pas applicable uniquement à Hong-Kong, bien qu'il s'agisse du premier cas où elle soit mise en pratique. Il s'agit d'un outil qui permet à la R.P.C. d'administrer son immense territoire de façon flexible en tenant compte des particularités de chacune de ses parties. À cet effet, la *Constitution de la République populaire de Chine* prévoit que l'État peut établir des régions administratives spéciales et si cela s'avère nécessaire et qu'il y a alors lieu de procéder par une loi promulguée par l'A.P.N., laquelle tiendra compte des particularités de la région concernée. Hong-Kong est cependant la première région administrative spéciale de la R.P.C. ; voir *Constitution de la République populaire de Chine*, 5^e sess., 5^e A.P.N., 4 décembre 1982, art. 31, tel qu'amendée depuis [ci-après *Constitution de la R.P.C.*]. La version originale de 1982, sans les amendements, est reproduite dans une traduction anglaise dans *The Constitution of the People's Republic of China*, Beijing, Foreign Language Press ; Oxford, Pergamon Press, 1983 ; une traduction anglaise récente, qui inclut les amendements, est disponible sur l'Internet à <http://darkwing.uoregon.edu/~felsing/cstuff/prconst.html> (accédé le 8 août 1997). Pour une explication des amendements, voir L. Zhao, «L'évolution récente de la Constitution chinoise» (1996) 37 C. de D. 643 aux pp. 645-47. Voir aussi W. Qiaolong, *Hong Kong, la première région administrative spéciale de la Chine*, Beijing, China Intercontinental Press, 1997, qui explique la structure administrative de la R.P.C. et compare la zone administrative spéciale à la région autonome (voir *ibid.* à la p. 16 ; le Tibet est une région autonome) et à la «région économique spéciale» (voir *ibid.* à la p. 22). Pour une analyse plus détaillée de la politique «un pays, deux systèmes», voir A.J. Bundy, «The Reunification of China with Hong Kong and Its Implications for Taiwan: An Analysis of the "One Country, Two Systems" Model» (1989) 19 Cal. W. Int'l L. J. 271. Pour une discussion de son impact au point de vue affaires, voir L.J. Turkel, «One Country, Two Systems: Hong Kong's Paradox of Politics and Business» (1987) 8 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 471.

⁶¹ *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(3) [traduction des auteurs]. Le terme «lois» est utilisé ici dans un sens général, référant à un ensemble de normes dont les sources sont disparates. L'ann. I,

même article prévoit également que l'Assemblée populaire nationale de la R.P.C.⁶² [ci-après A.P.N.] adoptera une *Loi fondamentale* applicable à la Zone administrative spéciale de Hong-Kong afin de donner effet aux politiques de base de la R.P.C. énoncées dans la *Déclaration conjointe*. L'annexe I de la *Déclaration conjointe* élabore sur les diverses politiques de base de la R.P.C. et précise qu'après l'établissement de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong, les lois antérieurement en vigueur, soit la *common law*, les règles d'équité, les ordonnances, la législation subordonnée et le droit coutumier, seront maintenues, à l'exception de celles contrevenant à la *Loi fondamentale*⁶³. Évidemment, la *Loi fondamentale* elle-même a été adoptée plusieurs années après la *Déclaration conjointe*, de sorte que lorsque cette dernière a été signée on ne savait pas exactement quelle en serait la rédaction⁶⁴.

Les lois maintenues en vigueur sont aussi sujettes aux amendements du nouveau corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong. En effet, la *Déclaration conjointe* prévoit que ce corps législatif pourra lui-même édicter des lois, à condition cependant que cela soit fait conformément aux dispositions de la *Loi fondamentale* et aux procédures légales⁶⁵. Le corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong sera aussi tenu de faire rapport au sujet des lois qu'il aura édictées au Comité permanent de l'A.P.N. [ci-après Comité permanent]⁶⁶. Seules les lois édictées par ce corps législatif qui seront considérées comme étant conformes à la *Loi fondamentale* et aux procédures légales seront considérées comme étant valides.

Étant donné ce qui précède, on voit que l'A.P.N. est assurée, dans les faits, de pouvoir surveiller et, au besoin, contrôler l'évolution du système juridique de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong. Cependant, à l'exception de la *Loi fondamentale*, la *Déclaration conjointe* prévoit que l'A.P.N. ne pourra légiférer directement dans la nouvelle zone qu'en ce qui a trait à la défense et aux affaires extérieures⁶⁷. La *Déclaration conjointe* indique en effet que ces deux champs de compétence sont dévolus au gouvernement central de la R.P.C., tout en précisant que les autres lois qui s'appliqueront dans la zone seront la *Loi fondamentale*, les lois antérieurement en vi-

art. II, al. 1 de la *Déclaration conjointe* énumère ces sources : la *common law*, les règles d'équité, les ordonnances, la législation subordonnée et le droit coutumier.

⁶² L'A.P.N. est l'organe suprême du pouvoir d'État en R.P.C. Elle est constituée de près de 3 000 députés et les forces armées y sont représentées. Voir *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 57-78, ainsi que les explications de P. Issalys et X. Qi, «Le processus législatif et la technique législative en Chine» (1996) 37 C. de D. 653 aux pp. 662-64.

⁶³ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, ann. I, art. II, al. 1.

⁶⁴ La *Déclaration conjointe*, *ibid.*, a été signée en 1984, alors que la *Loi fondamentale*, *supra* note 8, fut adoptée en 1990.

⁶⁵ Voir *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. I, art. I et II.

⁶⁶ Voir *ibid.*, ann. I, art. II. Le Comité permanent de l'A.P.N., constitué de 155 députés élus par l'A.P.N. et où l'on retrouve plusieurs des principaux dirigeants du Parti communiste chinois, exerce effectivement un rôle de direction auprès de l'A.P.N. Voir Issalys et Qi, *supra* note 62 aux pp. 662-64.

⁶⁷ Voir *Déclaration conjointe*, *ibid.*, art. 3(2) et 3(12) et ann. I, art. II.

gueur qui auront été préservées et les lois édictées par le corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong⁶⁸.

Quant aux traités et autres accords internationaux, la *Déclaration conjointe* indique que, bien que les affaires étrangères soit un domaine relevant généralement du gouvernement central de la R.P.C.⁶⁹, Hong-Kong pourra, après le 1^{er} juillet 1997, conclure des accords elle-même, entre autres au niveau économique, commercial et financier⁷⁰. Le gouvernement central de la R.P.C. décidera de l'application à la Zone administrative spéciale de Hong-Kong des traités auxquels la R.P.C. est partie⁷¹. Les traités auxquels la R.P.C. n'est pas partie mais dont Hong-Kong bénéficiait avant la réunification pourront possiblement demeurer en vigueur dans la zone⁷². Ce point semble laissé à la discrétion de la R.P.C. dans la *Déclaration conjointe*, qui est donc moins affirmative quant aux accords internationaux qu'au sujet des lois antérieurement en vigueur à Hong-Kong, lesquelles sont dites préservées sauf si elles contreviennent à la *Loi fondamentale*⁷³.

Au niveau de la structure judiciaire, la *Déclaration conjointe* stipule que l'instance de dernier ressort ne sera plus désormais le Comité judiciaire du Conseil privé de Grande-Bretagne⁷⁴. La R.P.C. n'impose pas sa propre instance de dernier ressort, soit la Cour suprême du peuple⁷⁵, mais envisage plutôt de mettre sur pied une Cour de dernière instance qui sera créée dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong elle-même⁷⁶. Il n'y aura pas d'appel possible à la Cour suprême du peuple de la R.P.C. La structure judiciaire déjà en place sera par ailleurs maintenue et le pouvoir judiciaire dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong sera exercé par les tribunaux qui s'y trouvent⁷⁷. La *Déclaration conjointe* stipule que ces tribunaux exerceront leur pouvoir judiciaire de façon indépendante et sans interférence et que ceux qui exerceront des fonctions judiciaires seront à l'abri de toute action en justice relativement à

⁶⁸ Voir *ibid.*, art. 3(3) et ann. I, art. I et II.

⁶⁹ Voir *ibid.*, art. 3(2) et ann. I, art. I et XI.

⁷⁰ Voir *ibid.*, art. 3(9) et (10) et ann. I, art. XI où une liste non-exhaustive des secteurs concernés est établie : «including the economic, trade, financial and monetary, shipping, communications, touristic, cultural and sporting fields». Sur la personnalité juridique de Hong-Kong en droit international, voir R. Mushkat, *One Country, Two International Legal Personalities: The Case of Hong Kong*, Hong-Kong, Hong Kong University Press, 1997.

⁷¹ Voir *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. I, art. XI.

⁷² Voir *ibid.*

⁷³ Voir *supra* note 63 et texte correspondant.

⁷⁴ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(3) et ann. I, art. III. Avant la réunification, la structure judiciaire de Hong-Kong, en allant de l'échelon le plus élevé au moins élevé, se présentait comme suit : (1) le Conseil privé de Grande-Bretagne; (2) la Cour d'appel; (3) la Cour supérieure, la Cour de district et la Cour de l'immobilier; (4) la Cour des petites créances et le Tribunal du travail. Voir A. Linning et G. Halford, «Hong Kong Takes Its Leap of Faith: Part 1» *Int'l Com. Litigation* (novembre 1996) 31 à la p. 31.

⁷⁵ Sur la Cour suprême du peuple, voir *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 127-28.

⁷⁶ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(3) et ann. I, art. III.

⁷⁷ Voir *ibid.*, ann. I, art. III.

l'exercice de ces fonctions⁷⁸. Les tribunaux trancheront les affaires qui leur seront soumises suivant les lois de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong et seront autorisés à se référer aux précédents provenant d'autres juridictions de *common law*⁷⁹.

La *Déclaration conjointe* indique que les juges de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong seront nommés par le Chef de l'exécutif de la zone suite aux recommandations d'une commission indépendante composée de juges locaux, de personnes pratiquant la profession juridique et d'autres personnes importantes⁸⁰. Les juges seront choisis en fonction de leur qualité judiciaire et pourront être recrutés dans d'autres juridictions de *common law*. Un juge ne pourra être démis de ses fonctions que pour inhabileté à s'en acquitter ou pour comportement inacceptable, et seulement par le Chef de l'exécutif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong agissant suivant la recommandation d'un tribunal nommé par le juge en chef de la Cour de dernière instance, ledit tribunal étant composé d'au moins trois juges locaux⁸¹. Par ailleurs, la nomination ou démotion des juges principaux (ceux qui occupent le rang le plus élevé dans la hiérarchie des juges) devra être effectuée par le Chef de l'exécutif avec l'approbation du corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong et le Comité permanent devra en être informé⁸².

En ce qui a trait aux juristes, la *Déclaration conjointe* prévoit que le gouvernement de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong prendra de lui-même des dispositions relativement aux avocats locaux et venant de l'étranger et à leur pratique à l'intérieur de la zone⁸³. Il est aussi spécifié que toute personne aura le droit d'obtenir un avis légal confidentiel, d'avoir accès aux tribunaux, d'être représentée devant les tribunaux par les avocats de son choix et d'exercer des recours judiciaires appropriés⁸⁴. Toute personne aura également le droit de contester les actions de l'exécutif devant les tribunaux⁸⁵.

La *Déclaration conjointe* prévoit aussi l'avènement du chinois comme langue officielle au niveau des textes législatifs et de l'administration de la justice, bien que l'anglais puisse aussi continuer d'être utilisé en même temps que le chinois⁸⁶. Ceci n'a pas manqué de provoquer des hauts cris au sujet des complications engendrées par ce bilinguisme. Pourtant, bien que ces complications soient réelles, il n'y a là rien que de très naturel compte tenu du fait que la langue maternelle de près de 98% des justiciables de Hong-Kong est le chinois et que près de la moitié de ces derniers n'est pas bilingue⁸⁷. Le chinois est d'ailleurs la langue officielle de

⁷⁸ Voir *ibid.*

⁷⁹ Voir *ibid.*, ann. I, art. III, al. 2.

⁸⁰ Voir *ibid.*, ann. I, art. III, al. 3.

⁸¹ Voir *ibid.*

⁸² Voir *ibid.*

⁸³ Voir *ibid.*

⁸⁴ Voir *ibid.*, ann. I, art. XIII.

⁸⁵ Voir *ibid.*

⁸⁶ Voir *ibid.*, ann. I, art. I, *in fine*.

⁸⁷ Voir J. Karp, «Torting in Tongues: Translating Law into Chinese Proves a Massive Task» *Far Eastern Economic Review* (8 juillet 1993) 18 à la p. 18. Voir aussi Klein, *supra* note 10 à la p. 270 :

la R.P.C.⁸⁸. Il est vrai cependant qu'on parle davantage le cantonais à Hong-Kong que le mandarin, alors que c'est ce dernier qui a le statut de langue officielle en R.P.C.⁸⁹.

Enfin, la *Déclaration conjointe* met sur pied une équipe spéciale pour aplanir les difficultés reliées à sa mise en application et aider à accomplir les tâches reliées à la transition, soit le Groupe de liaison conjoint Sino-Britannique [ci-après Groupe de liaison]⁹⁰. Ce dernier a pour fonction d'échanger de l'information, d'effectuer des consul-

A newspaper story in 1853, said to reflect the consensus of public opinion of the British, stated the case :

We have been, are, and always will be, the consistent opponents of giving the administration of the law into Chinese hands, and we do it on the strong belief we have, that from the Emperor on the throne to the beggar on the dung-hill, there is not a Chinese who is not prepared to lie [T]here is not one who is not prepared to be bribed.
...

There are no more corrupt people upon earth than the Chinese . . . they must be governed by English laws, administered by Englishmen.

The "English laws" were written only in English, even though the vast majority of Hong Kong Chinese were not able to understand the language. The only "official language" was English, and no member of the Legislative Council, not even the Chinese members, were permitted to speak Chinese during a legislative session. Chinese who may have wished to bring a suit in the monolingual legal system were often unable to do so because there was generally no interpreter available in the courts, and all paperwork was done in English. When a Chinese person was arrested, the arresting officers and station-house police often could not even inform him of the charges.

It was not until 1974 that the Official Languages Ordinance was passed which declared both English and Chinese to be official languages. Its enactment followed years of student activity which pressured the colonial government to recognize the Chinese language. [notes omises]

Voir également Yuhong Zhao, «Hong Kong: The Journey to a Bilingual Legal System» (1997) 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 293.

⁸⁸ Voir *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 19.

⁸⁹ La *Constitution de la R.P.C.*, *ibid.*, affirme : «The state promotes the nationwide use of *Putonghua* (Common Speech based on Beijing pronunciation)», soit le mandarin. Lors d'un recensement officiel effectué en 1991, seulement 6,6 % des citoyens de Hong-Kong ont indiqué qu'ils parlaient le mandarin, voir L. do Rosario, «No Time for Mandarin» *Far Eastern Economic Review* (numéro spécial, juillet 1997) 133.

⁹⁰ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, ann. II. La composition du Groupe de liaison est la suivante : deux représentants principaux, soit un nommé par la R.P.C. et l'autre par la Grande-Bretagne, et quatre autres représentants pour chacun de ces deux pays. Il est aussi prévu que chaque équipe puisse être aidée par un groupe de soutien de vingt personnes. Voir *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. II, art. 7.

tations et de poursuivre la discussion afin de donner suite à la *Déclaration conjointe*⁹¹. Il peut établir des sous-comités spécialisés pour l'assister⁹². Il est censé poursuivre ses travaux jusqu'au 1^{er} janvier 2000⁹³.

III. Les dispositions de la *Loi fondamentale* promulguée par la R.P.C. relatives au système juridique

Tel que prévu à la *Déclaration conjointe*⁹⁴, la *Loi fondamentale* a été promulguée par l'A.P.N. le 4 avril 1990, après cinq ans d'efforts et quelques consultations auprès de la population de Hong-Kong⁹⁵.

La *Loi fondamentale* établit la Zone administrative spéciale de Hong-Kong⁹⁶ et les principes qui y sont énoncés suivent étroitement ceux de la *Déclaration conjointe*. Certains passages de la *Déclaration conjointe* y ont même été repris mot pour mot. La politique dite «un pays, deux systèmes» y est adoptée : l'article 2 prévoit que la Zone administrative spéciale de Hong-Kong jouira d'une grande autonomie et aura un pouvoir exécutif, législatif et judiciaire distinct⁹⁷, alors que l'article 5 prévoit que le système et le mode de vie capitalistes y seront préservés durant une période de 50 ans⁹⁸.

⁹¹ Voir *Déclaration conjointe*, *idid.*, ann. II, art. 3. Pour un survol descriptif du travail qu'a effectué le Groupe de liaison, voir B. Howlett (Information Services Department), *Hong Kong 1996*, Hong-Kong, H. Myers (Government Printer at the Government Printing Department), 1996 aux pp. 40-43.

⁹² Voir *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. II, art. 11.

⁹³ Voir *ibid.*, ann. II, art. 8.

⁹⁴ Voir *ibid.*, art. 3(12).

⁹⁵ Conformément à l'article 31 de la *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60 et par la *Décision de l'Assemblée populaire nationale sur l'établissement de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*, 3^e sess., 7^e A.P.N., 4 avril 1990. Une traduction anglaise est disponible sur l'Internet : <http://www.cityu.edu.hk/BasicLaw/d2.htm> (accédé le 5 août 1997).

Aux fins de la rédaction de la *Loi fondamentale*, l'A.P.N. a mis sur pied un Comité de rédaction de la *Loi fondamentale* [ci-après Comité de rédaction] et un Comité consultatif sur la rédaction de la *Loi fondamentale* [ci-après Comité consultatif]. Vingt-trois des cinquante-huit membres du Comité de rédaction venaient de Hong-Kong. Le Comité de rédaction et le Comité consultatif ont aussi chacun créé des groupes de travail spécialisés pour étudier certaines questions plus à fonds. Voir M.C. Davis, «Where Two Legal Systems Collide: An American Constitutional Scholar in Hong Kong» (1988) 20 Case W. Res. J. Int'l L. 127 à la p. 127. Cependant, après le Massacre de Tianan men le 4 juin 1989, la population de Hong-Kong a fait preuve d'une certaine apathie relativement au processus de rédaction de la *Loi fondamentale* et en octobre 1989, deux représentants de Hong-Kong (dont le chef du Parti démocratique de Hong-Kong, M. Martin Lee) ont été expulsés du Comité de rédaction à titre de «contre-révolutionnaires» à cause de leur implication au sein du mouvement démocratique. Voir B.F.C. Hsu et P.W. Baker, «The Spirit of Common Law in Hong Kong: The Transition to 1997» (1990) 24 U.B.C. L. Rev. 307 à la p. 313. C'est donc dire que la *Loi fondamentale* est d'abord et avant tout l'oeuvre de la R.P.C. ; un auteur va même jusqu'à affirmer que le participation de Hong-Kong au processus de rédaction était purement symbolique. Voir J.K. Kwok, «Note: The Hong Kong Special Administrative Region under "One Country, Two Systems": Design for Prosperity or Recipe for Disaster?» (1994) 15 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 107 à la p. 117.

⁹⁶ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 1.

⁹⁷ Pour les modalités de la désignation du Chef de l'exécutif par la R.P.C., voir *ibid.*, art. 44-46 et ann. I. Pour celles relatives aux élections du corps législatif de la zone, voir *ibid.*, art. 67-69 et ann. II.

A. Primauté de la Loi fondamentale et pouvoir de l'amender et de l'interpréter

Tel qu'anticipé dans la *Déclaration conjointe*, la *Loi fondamentale* s'apparente à une Mini-Constitution taillée sur mesure pour la Zone administrative spéciale de Hong-Kong⁹⁹. L'article 11 précise que les systèmes exécutif, législatif et judiciaire de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong doivent respecter les dispositions de la *Loi fondamentale* et qu'aucune loi élaborée par le corps législatif de la nouvelle zone ne peut l'enfreindre. La *Loi fondamentale* est donc la loi suprême de la zone.

La *Loi fondamentale* a été édictée par l'A.P.N. et son article 159 précise que seule cette dernière peut l'amender. Ceci n'était pas spécifiquement prévu dans la *Déclaration conjointe* mais est une conséquence naturelle du fait que c'est l'A.P.N. qui a initialement promulgué cette loi. Il est normal que le pouvoir de l'amender lui appartienne. Cependant, il est loisible à la Zone administrative spéciale de Hong-Kong de soumettre des projets d'amendements à l'A.P.N., à condition que ces projets aient obtenu le support de deux tiers des députés de la zone à l'A.P.N., de deux tiers des membres de son corps législatif et du Chef de l'exécutif de la zone¹⁰⁰. De plus, un comité de l'A.P.N. spécifiquement chargé de la *Loi fondamentale*¹⁰¹ doit étudier le projet d'amendement

Un examen détaillé de ces dispositions dépasse le cadre du présent article. Pour l'identification des nouveaux personnages occupant des postes clefs à Hong-Kong, voir B. Gilley, «Movers and Shakers: Hong Kong's New Political Elite Is a Conservative, Businesslike Bunch» *Far Eastern Economic Review* (numéro spécial, juillet 1997) 30 et B. Gilley, «Men Who Matter» *Far Eastern Economic Review* (3 avril 1997) 20.

⁹⁸ Le préambule de la *Loi fondamentale*, *ibid.*, souligne également que l'État a décidé de ne pas appliquer à Hong-Kong le système et les politiques socialistes à la lumière de la politique dite «un pays, deux systèmes».

⁹⁹ Dans un jugement rendu par la cour d'appel de Hong-Kong quelques jours à peine après la réunification, *Hong Kong Special Administrative Region c. Ma Wai-Kwan* (29 juillet 1997), Hong-Kong, (Cour d'appel) [ci-après *HKSAR c. Ma Wai-Kwan* ; une copie du jugement, qui n'était pas encore publié au moment d'aller sous presse, a été gracieusement transmise aux auteurs par les procureurs], M. le juge en chef Chan décrit ainsi la nature de la *Loi fondamentale* : «The Basic Law is not only a brainchild of an international treaty, the Joint Declaration. It is also a national law of the PRC and the constitution of the HKSAR» (*ibid.* à la p. 6). M. le juge Mortimer écrit plutôt : «The Basic Law is Chinese law applicable to the HKSAR and is semi-constitutional in nature» (*ibid.* à la p. 68). Étant donné que la Zone administrative spéciale de Hong-Kong est désormais une région de la R.P.C. et que la *Loi fondamentale* a été promulguée conformément à la *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 31, nous préférons parler de Mini-Constitution et partageons l'opinion de M. le juge Mortimer à l'égard du statut quasi-constitutionnel de la *Loi fondamentale*. La décision de la Cour d'appel est discutée plus en détail aux parties III.A et III.B, ci-dessous.

¹⁰⁰ Voir *Loi Fondamentale*, *supra* note 8, art. 159, al. 2. D'après le Procureur général de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong, Daniel Fung, l'A.N.P. n'aurait cependant pas pu amender la *Loi fondamentale* avant le 1^{er} juillet 1997, puisque le Chef de l'exécutif ne dirigeait pas encore la zone. Voir C. Parsons, «Law "Had to Be Broken"» *South China Morning Post* (25 juillet 1997) 1.

¹⁰¹ Ce comité n'est pas constitué par la *Loi fondamentale* ; il résulte plutôt d'une proposition du Comité de rédaction, proposition qui a été adoptée par la 3^e sess., 7^e A.P.N., 4 avril 1990. La proposition et la décision qui l'entérine sont reproduites, dans une traduction anglaise, à

ainsi soumis et exprimer son point de vue avant qu'il ne soit formellement inscrit à l'ordre du jour d'une assemblée de l'A.P.N.¹⁰². Aucun amendement proposé ne peut contrevenir à la politique fondamentale adoptée par la R.P.C. à l'égard de Hong-Kong¹⁰³. La Mini-Constitution de Hong-Kong demeure donc sous le contrôle de l'A.P.N. et de la R.P.C. plutôt que de Hong-Kong elle-même.

Tout aussi important que le pouvoir d'amender la *Loi fondamentale* est celui de l'interpréter. Ce point n'était pas non plus abordé dans la *Déclaration conjointe*. L'article 158 de la *Loi fondamentale* confère ce pouvoir à l'A.P.N., plus spécifiquement à son Comité permanent¹⁰⁴. Le pouvoir d'interpréter la *Loi fondamentale* appartient donc ultimement à un organe législatif plutôt que judiciaire, ce qui est bien sûr tout à fait contraire à la tradition de *common law*, mais qui est une pratique courante dans le système juridique de la R.P.C.¹⁰⁵. En effet, le système juridique de la R.P.C., inspiré par la doctrine légale socialiste soviétique¹⁰⁶, reconnaît trois types d'interprétation officielle : législative, exécutive et judiciaire¹⁰⁷. Seule l'interprétation législative est considérée comme déterminante et applicable dans tous les cas. Il s'agit d'ailleurs de la seule forme d'interprétation enclâssée dans la Constitution de la R.P.C.¹⁰⁸. Alors qu'en Grande-Bretagne il y a une division des pouvoirs et que l'organe législatif édicte les lois, l'organe exécutif les applique et l'organe judiciaire les interprète, en R.P.C. il n'y a pas de telle division¹⁰⁹. Seul l'organe législatif ayant édicté une loi a compétence pour

<http://www.cityu.edu.hk/basiclaw/d4a.htm> (accédé le 5 août 1997). Ses 12 membres, dont la moitié est originaire de la R.P.C. et l'autre moitié de Hong-Kong, sont tous ultimement nommés par le Comité permanent de l'A.P.N. Sous son égide, le comité chargé de la *Loi fondamentale* travaille à l'application des articles 17 (conformité des lois promulguées par le Conseil législatif de la zone avec la *Loi fondamentale*), 18 (applicabilité des lois de la R.P.C. à la zone), 158 (interprétation de la *Loi fondamentale*) et 159 (amendements à la *Loi fondamentale*) de la *Loi fondamentale*. Ce comité est officiellement entré en fonction en même temps que la *Loi fondamentale* est entrée en vigueur, soit le 1^{er} juillet 1997. Voir Parsons, *ibid.* Pour une discussion du mode de fonctionnement de ce comité, voir A.H.Y. Chen, «The Relationship Between the Central Government and the SAR» dans Chen et Wesley-Smith, *The Basic Law and Hong Kong's Future*, *supra* note 6, 107 aux pp. 122 et 134-36.

¹⁰² Voir *Loi Fondamentale*, *supra* note 8, art. 159, al. 3.

¹⁰³ Voir *ibid.*, art. 159, al. 4.

¹⁰⁴ Selon la *Constitution de la R.P.C.*, le Comité permanent a le pouvoir d'interpréter la Constitution et de superviser son application, *supra* note 60, art. 67(1), ainsi que le pouvoir d'interpréter les lois, *ibid.*, art. 67(4). Il exerce également une fonction de supervision sur la Cour suprême du peuple, *ibid.*, art. 67(6), et a le pouvoir d'annuler les décisions des tribunaux inférieurs, *ibid.*, art. 67(8).

¹⁰⁵ Voir D.R. Fung, «The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China: Problems of Interpretation» (1988) 37 I.C.L.Q. 701 aux pp. 702-06.

¹⁰⁶ Voir *ibid.* ; voir également Hsu et Baker, *supra* note 95 aux pp. 313 et 320-21. Le préambule de la *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 160, précise d'ailleurs que le système juridique de la R.P.C. adhère au leadership du Parti communiste, doit être guidé par le marxisme-léninisme et la pensée de Mao Tse-Tung, la dictature par le peuple et la voie socialiste.

¹⁰⁷ Voir Fung, «The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China: Problems of Interpretation», *supra* note 105 aux pp. 702-03.

¹⁰⁸ Voir *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 67(1) et 67(4).

¹⁰⁹ Voir Berring, *supra* note 1 aux pp. 439-40 :

l'interpréter de façon définitive et applicable dans tous les cas¹¹⁰. Les tribunaux appliquent la loi en faisant du cas par cas et leur interprétation n'est déterminante que dans le cas soumis, ce qui est aux antipodes de la doctrine du *stare decisis* sur laquelle est fondée la *common law*¹¹¹.

L'idée d'octroyer à un organe législatif plutôt que judiciaire la responsabilité d'interpréter une législation ayant un statut constitutionnel trouve cependant un écho dans la tradition de droit civil de la France. En effet, en France, il n'appartient pas aux tribunaux de déterminer la validité constitutionnelle des lois. Ce rôle incombe plutôt à un Conseil constitutionnel comprenant neuf membres (trois nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale et trois par le Président du Sénat, pour une durée de neuf ans chacun), à qui les lois peuvent être soumises pour examen de leur validité constitutionnelle avant qu'elles soient promulguées¹¹². La R.P.C., qui a un système juridique inspiré de la tradition du droit civil, a apparemment choisi d'adopter une solution similaire à celle de la France relativement à l'interprétation de la *Loi fondamentale*¹¹³.

Par ailleurs, le pouvoir d'interprétation est conféré à un organisme législatif de la R.P.C. et non de Hong-Kong¹¹⁴. Une certaine délégation de ce pouvoir aux tribunaux de la zone est cependant prévue dans la *Loi fondamentale* : en effet, la *Loi fondamentale* précise que le Comité permanent autorise les tribunaux de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong à interpréter les dispositions de la *Loi fondamentale* en tranchant les litiges qui leur sont soumis¹¹⁵. Cependant, s'il s'agit de dispositions concernant des affaires relevant de la compétence du gouvernement central de la R.P.C. ou concernant la relation de ce dernier avec la zone, les tribunaux doivent s'abstenir d'interpréter les dispositions concernées eux-mêmes et doivent plutôt, par l'intermédiaire de la Cour de

The common law system rests upon the judiciary's independence. By judicial independence, I refer to a judge's ability to make a decision without reference to the executive authority's desires. [...]

This tradition finds no counterpart in two millennia of Chinese legal history. The traditional Chinese magistrate was a servant of the Emperor and could not operate outside of the authority structure. Whatever forces blended to create the judge's role in the common law, they do not exist in the Chinese tradition. Furthermore, the judge's role in the common law did not take root in Communist China. Because the Communist Party controls the decisions of the state and judges in the PRC must serve the state, Chinese judges are never free from the Communist Party's hold. [notes omises]

¹¹⁰ Voir Fung, «The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China: Problems of Interpretation», *supra* note 105 à la p. 703.

¹¹¹ Voir *ibid.* à la p. 704.

¹¹² Voir *Martindale-Hubbell International Law Digest*, New Providence (New Jersey), Martindale-Hubbell, 1997 aux pp. FRA-4-5, «Constitutionality of Laws».

¹¹³ *Encyclopédie de la science juridique de la République Populaire de Chine*, Beijing, Maison d'édition de l'Encyclopédie de la Chine, 1984 aux pp. 618-19, «Review of Constitutionality» (texte en chinois avec titre bilingue chinois/anglais).

¹¹⁴ Voir *Loi Fondamentale*, *supra* note 8, art. 158, al. 1.

¹¹⁵ Voir *ibid.*, art. 158, al. 2 et 3.

dernière instance établie dans la zone, demander une interprétation de ces dispositions au Comité permanent¹¹⁶. L'interprétation qui leur sera fournie par ce dernier, après consultation avec le comité de l'A.P.N. chargé de la *Loi fondamentale*¹¹⁷, devra ensuite être appliquée par tous les tribunaux. Elle n'aura pas cependant d'effet rétroactif et n'invalidera pas les jugements antérieurement prononcés ; la stabilité du système sera donc préservée¹¹⁸. On peut s'interroger quant à savoir si la délégation aux tribunaux de la zone du pouvoir d'interpréter la *Loi fondamentale* se veut permanente. De plus, en principe, cette délégation ne retire pas au Comité permanent le pouvoir de fournir sa propre interprétation ; ce pouvoir n'est que partagé. Il pourrait donc théoriquement y avoir des interprétations émanant du Comité permanent et des tribunaux qui soient différentes les unes des autres à l'égard des questions qui ne relèvent pas exclusivement de la compétence du Comité permanent. À cet égard, on peut s'interroger quant à savoir si les interprétations du Comité permanent auront automatiquement préséance sur celles des tribunaux ou non, compte tenu que cette préséance ne leur est pas spécifiquement conférée par la *Loi fondamentale* relativement aux questions qui ne relèvent pas exclusivement du Comité permanent. Ceci dépendra en partie de l'attitude que les tribunaux adopteront à l'égard du Comité permanent.

Or, dans *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*¹¹⁹, la Cour d'appel a conclu que les tribunaux de la zone n'avaient pas juridiction pour remettre en question une décision de l'A.P.N. ou du Comité permanent et vérifier sa conformité avec la *Loi fondamentale*¹²⁰. Bien qu'il s'agisse d'un *obiter*, cette conclusion aura sans doute un certain poids et, à moins que cette décision ne soit portée en appel devant la Cour d'appel de dernière instance et que cette dernière n'adopte une attitude différente, voilà qui à prime abord semble circonscrire étroitement le pouvoir d'interprétation des tribunaux de la zone et leur juridiction. Ce jugement semble augurer une ère de déférence judiciaire à l'égard de l'A.P.N. et du Comité permanent.

Cette décision n'a pas été sans provoquer des réactions très négatives à Hong-Kong. Certains en ont tiré la conclusion que les tribunaux n'auraient pas le pouvoir d'intervenir si la *Loi fondamentale* n'était pas respectée par le Comité permanent ou

¹¹⁶ Voir *ibid.*, art. 158, al. 3.

¹¹⁷ Voir *ibid.*, art. 158, al. 4.

¹¹⁸ Voir *ibid.*, art. 158, al. 3.

¹¹⁹ *Supra* note 99.

¹²⁰ Ainsi, M. le juge en chef Chan affirme : «I would accept the arguments put forward by Mr Fung, SC, that regional courts have no jurisdiction to query the validity of any legislation or acts passed by the sovereign» (*HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* à la p. 23). Il ajoute :

Such decisions and resolutions are the acts of the Sovereign and their validity is not open to challenge by the regional courts. I am thus unable to accept Ms Li, SC's argument that the regional courts can examine those decisions and resolutions to see if they are consistent with the Basic Law or other policies. (*ibid.* à la p. 24)

Voir également le jugement de M. le juge Nazareth (*ibid.* aux pp. 52-54 et 58) et celui de M. le juge Mortimer (*ibid.* aux pp. 83-84).

l'A.P.N.¹²¹. D'autres ont jugé qu'il était sage pour les tribunaux de se tenir loin des questions à saveur plus politique en définissant étroitement leur juridiction¹²².

Par ailleurs, même dans les cas où aucune décision de l'A.P.N. ou du Comité permanent n'est en jeu, l'interprétation de la *Loi fondamentale* pourrait réserver des surprises. Des termes comme «autonomie» et «indépendance judiciaire» ne se verront pas nécessairement attribuer la même signification qu'en Occident¹²³. La *Loi fondamentale*, combinant un aspect international (elle reflète la *Déclaration conjointe*)¹²⁴, national (c'est une loi adoptée par la R.P.C.) et constitutionnel (elle joue le rôle de Mini-Constitution pour Hong-Kong), son interprétation sera probablement tributaire de sources et d'approches interprétatives diversifiées.

¹²¹ Voir L. Choi et G. Ku, «Fears as "Bulwark of Basic Law Falls"» *South China Morning Post* (30 juillet 1997) 7 ; Y. Ghai, «Dark Day for Our Rights» *South China Morning Post* (30 juillet 1997). M. Ghai est professeur de droit public à l'université de Hong-Kong ; il est l'auteur d'un ouvrage intitulé *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong-Kong, Hong Kong University Press, 1997, qui a été cité par le juge en chef dans sa décision (voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* à la p. 7). Voir aussi les opinions d'autres professeurs de renom cités dans L. Choy, «Self-imposed Limits Could Sacrifice Autonomy, Law Academic Warns» *South China Morning Post* (30 juillet 1997) 6.

¹²² L. Choy, «Political Judgments "Harm Courts"» *South China Morning Post* (30 juillet 1997) 7.

¹²³ À titre d'exemple, M. le juge Nazareth a suggéré que la *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, peut servir à interpréter la *Loi fondamentale* (voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* à la p. 43). Relativement au terme «autonomie», prenons l'exemple du Tibet, qui est une «région autonome» au sens de l'article 30(1) de la *Constitution de la R.P.C.*, *ibid.* Ainsi que l'explique Donna Deese Skeene, *supra* note 1 à la p. 179 :

In 1951 China entered into an agreement with Tibet for the "peaceful liberation of Tibet." Under this agreement Tibet became a National Autonomous Region of the People's Republic of China as provided for in article 30(1) of the Chinese Constitution. This agreement, like the Joint Declaration, promised the people of Tibet the right to regional autonomy. Yet, instead of enjoying the independence that they were promised, the Tibetans have suffered oppression, violence, and poverty under Chinese rule.

However, differences do exist between the Hong Kong and Tibet situations. Tibet is classified as a National Autonomous Region under article 30(1) of China's Constitution, while Hong Kong is classified as a Special Administrative Region under article 31 of the Constitution. In addition, in Hong Kong's case a third party, Britain, is involved in the agreement. These distinctions, plus the fact that Hong Kong is a prosperous financial and business center, may give China more reason to uphold Hong Kong's autonomy. [notes omises]

Quant à l'expression «indépendance judiciaire», qui est elle aussi enchâssée dans la *Constitution de la R.P.C.*, *ibid.*, art. 60, voir *supra* note 109 et *infra* note 222-24 et texte correspondant.

¹²⁴ La valeur de la *Déclaration conjointe* comme outil d'interprétation a été reconnue par M. le juge en chef Chan (voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* à la p. 11) ainsi que par M. le juge Mortimer (voir *ibid.* à la p. 74).

B. Adoption des lois antérieurement en vigueur par la Zone administrative spéciale de Hong-Kong

Outre sa Mini-Constitution, la Zone administrative spéciale de Hong-Kong se voit également dotée d'un ensemble de lois. À cet égard, tout comme la *Déclaration conjointe*, la *Loi fondamentale* indique à l'article 8 que les lois antérieurement en vigueur à Hong-Kong, soit la *common law*, les règles d'équité, les ordonnances, la législation subordonnée et le droit coutumier, seront maintenues, à l'exception de celles contrevenant à la *Loi fondamentale*¹²⁵. L'article 160 de cette dernière précise que, lors de l'établissement de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong le 1^{er} juillet 1997, les anciennes lois seront adoptés comme lois de la nouvelle zone.

C'est cet article qui était au centre du débat dans l'affaire *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*¹²⁶. La question posée à la Cour d'appel était la suivante : l'article 160 de la *Loi fondamentale* constituait-il une adoption automatique des lois antérieurement en vigueur à Hong-Kong, ou prévoyait-il plutôt qu'un acte formel d'adoption par l'A.P.N. et/ou le Conseil législatif de Hong-Kong était requis pour intégrer ces lois au système juridique post-réunification¹²⁷ ? Cette question a été soulevée, dans le cadre d'un procès pour corruption, par les procureurs de la défense. Ces derniers ont allégué que les infractions de *common law* dont leurs clients avaient été accusés en 1995 n'existaient plus depuis le 1^{er} juillet 1997, puisqu'aucun acte formel d'adoption n'avait validement intégré la *common law* au système juridique post-réunification. La question, référée d'urgence à la Cour d'appel, concernait donc rien de moins que la survie de la *common law* à Hong-Kong.

L'affaire faillit ne pas être entendue lorsque l'Aide juridique refusa de continuer à financer les procureurs de la défense ; cependant, la majorité d'entre eux choisirent de présenter quand même des soumissions à la Cour. Trois ténors juridiques, qui assistaient à l'audience, quittèrent la galerie des spectateurs et offrirent de diriger gratuitement la défense lors de l'audition, qui eût lieu l'après-midi même¹²⁸. La position de la

¹²⁵ Sur la signification du mot «loi», les commentaires faits précédemment, voir *supra* note 61, s'appliquent ici *mutatis mutandi*. D'ailleurs, l'art. 8 de la *Loi fondamentale*, *ibid.*, fournit la même énumération non-exhaustive de sources normatives que celle faite dans la *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, ann. I, art. II, al. 1. L'article 160 de la *Loi fondamentale* précise aussi que les documents, les certificats, les contrats et les droits et obligations qui étaient valables suivant les anciennes lois demeureront valables et seront reconnus et protégés, à condition qu'ils ne contreviennent pas à la *Loi fondamentale*. Ce point n'était pas abordé dans la *Déclaration conjointe* et est quelque peu inquiétant puisqu'il risque d'affecter rétroactivement la stabilité des relations juridiques entre les parties.

¹²⁶ *Supra* note 99.

¹²⁷ Voir *ibid.* à la p. 4 (M. le juge en chef Chan). Voir aussi les jugements de M. le juge Nazareth (*ibid.* à la p. 40) et de M. le juge Mortimer (*ibid.* à la p. 65).

¹²⁸ Voir C. Parsons, «Court "Must Accept" Body» *South China Morning Post* (23 juillet 1997) 1. Les procureurs de la défense étaient Me K. Egan, Me D. Tang et Me J.P. Chandler. Ils ont été rejoints par Me G. Li, S.C. (ancienne présidente du *Hong Kong Bar Council*), Me M. Ng (ancienne députée du dernier Conseil législatif de la colonie représentant la profession juridique) et Me P. Harris (avocat spécialiste des droits de la personne), qui ont dirigé gratuitement la défense. La Zone administrative spéciale de Hong-Kong était représentée par le Procureur général, D. Fung, et par Me A.A. Bruce, S.C. et Me A. Wan.

défense était que toutes les lois en vigueur avant la réunification avaient été invalidées à minuit le 30 juin 1997, à l'exception de celles ayant été spécifiquement réadoptées. Cette position a finalement été rejetée par la Cour d'appel. Cependant, ce scénario avait été envisagé par certains auteurs avant la réunification¹²⁹.

Un processus d'identification des lois existantes aux fins de leur réadoption avait d'ailleurs été entamé, vers la fin de l'année 1983, par le Groupe de liaison, mais, quelques mois avant la réunification, ce processus accusait un certain retard. Plusieurs raisons ont été avancées pour l'expliquer : d'une part, la compilation requise était importante. Il fallait en effet examiner tout ce qui était susceptible de constituer une loi antérieurement en vigueur à Hong-Kong suivant les termes de la *Loi fondamentale*, c'est-à-dire la *common law* (et donc la jurisprudence), les règles d'équité, les ordonnances, la législation subordonnée et le droit coutumier¹³⁰. D'autre part, il y avait parfois des divergences d'opinion quant aux lois devant être considérées comme ayant été antérieurement en vigueur à Hong-Kong. Au sein du Groupe de liaison, chaque proposition de l'équipe de la Grande-Bretagne faisait l'objet d'une analyse minutieuse de l'équipe de la R.P.C., le tout étant sujet aux commentaires des autorités chinoises concernées, entre autres dans des champs d'activités spécialisés tels l'aviation ou le transport de marchandises. De longues discussions et négociations ont eu lieu relativement à certaines lois particulièrement délicates¹³¹.

Outre les problèmes reliés à l'identification des lois et à leur adoption, il fallait également modifier les lois le cas échéant pour les rendre conformes au niveau substantif à la *Loi fondamentale* et effectuer les ajustements de terminologie appropriés. Plus de 630 ordonnances du *Hong Kong Statute Book* et plus de 1100 textes de législation subordonnée avaient ainsi besoin d'être adaptés¹³². Au niveau de la terminologie, il s'agissait d'éliminer certains mots dotés d'une couleur coloniale ou royale et d'apporter certaines précisions. Remplacer «Gouverneur» par «Chef de l'exécutif», ou «Sa Majesté» par une référence au gouvernement central, au Président de la R.P.C. ou au Premier ministre, selon le cas, n'est pas très compliqué. Mais d'autres questions plus épineuses se sont posées : par exemple, le système juridique post-réunification comprend deux juges en chef, compte tenu de l'ajout de la Cour d'appel de dernière

¹²⁹ Ainsi, l'un d'entre eux remarquait que dans un tel scénario, la situation de Hong-Kong serait différente de celle de plusieurs anciennes colonies britanniques, où ce pré-requis d'adopter à nouveau la législation pour la maintenir en vigueur n'avait pas été imposé, ce qui, selon cette hypothèse imposait à Hong-Kong des obstacles particuliers dans le cadre de la décolonisation à cet égard. Voir C. Galloway, «Political Disputes and Rush to Reform Cast Shadows Over Post-97 Legal System» *China Law & Practice* (février 1997) 41 à la p. 41.

¹³⁰ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 8.

¹³¹ Par exemple, le *Official Secrets Act* (R.-U.), 1989, c. 6. Voir aussi «1995-1997 Round-Up», lettre de M. Ng, à titre de député siégeant au *Legco*, aux membres de la profession légale qu'elle représentait, 30 juin 1997, Hong-Kong à la p. 5.

¹³² Voir A. Linning et G. Halford, «Hong Kong Takes Its Leap of Faith: Part 2» *Int'l Com. Litigation* (décembre 1996 et janvier 1997) 27 à la p. 27.

instance¹³³. Quelques mois avant la réunification, les responsabilités du juge en chef de la colonie n'avaient pas encore été réparties entre chacun d'entre eux. Même l'A.P.N. n'avait pas donné d'indication sur la division des responsabilités, de sorte qu'il était difficile pour les gens travaillant à l'adaptation des textes de lois de faire les modifications appropriées. Ce n'est là qu'un exemple des nombreuses difficultés rencontrées par les gens travaillant à l'adaptation des textes de lois. Finalement, un autre obstacle à l'adaptation résultait des différences culturelles entre Hong-Kong et la R.P.C., en particulier au niveau de l'écriture. En effet, en R.P.C., on utilise des caractères chinois simplifiés pour écrire alors qu'à Hong-Kong, les caractères traditionnels ont été conservés. Il n'est pas toujours aisé pour les scribes de passer d'un système d'écriture à l'autre.

Au début de 1997, le retard accumulé suscitait déjà certaines inquiétudes et l'on s'est demandé si le processus d'identification des lois pourrait être complété avant le 1^{er} juillet 1997, et ce qui adviendrait dans le cas contraire : faute d'identification et de ré-adoption, ne risquait-il pas d'y avoir un vide juridique à certains égards au lendemain de la réunification ?

Le 23 février 1997, le Comité permanent de l'A.P.N. a adopté une *Décision à l'égard de la Loi fondamentale de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*¹³⁴, selon laquelle les lois existant antérieurement à Hong-Kong¹³⁵, exception faite de celles contrevenant à la *Loi fondamentale*, étaient adoptées comme constituant les lois de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong. Le comité a du même souffle déclaré 14 anciennes lois de Hong-Kong entièrement contraires à la *Loi fondamentale* et 10 autres partiellement contraires, invalidant donc lesdites lois en tout ou en partie. Dans *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*¹³⁶, la défense a souligné que cette décision du Comité permanent démontrait bien la nécessité d'un acte formel d'adoption des lois antérieurement en vigueur, suivant l'article 160 de la *Loi fondamentale*¹³⁷, et que compte tenu du fait que cette décision avait invalidé, entre autres, l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)* en vertu de laquelle la *common law* s'appliquait à Hong-Kong¹³⁸, la *common law* n'avait pas été intégrée au système juridique post-réunification¹³⁹.

Cette prétention a été rejetée par la Cour d'appel, qui a affirmé que l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)* ne constituait pas le point de départ de la

¹³³ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 90, al. 1.

¹³⁴ Publiée dans le *FA ZHI RI BAO* (Quotidien du système juridique) le 27 février 1997. Voir aussi *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99 aux pp. 41-42, qui reproduit les paragraphes 1 et 4 de la décision.

¹³⁵ Soit la *common law*, les règles d'équité, les ordonnances, la législation subordonnée et le droit coutumier. Voir *supra* note 61.

¹³⁶ *Supra* note 99.

¹³⁷ Voir *ibid.* aux pp. 13 (M. le juge en chef Chan), 41 (M. le juge Nazareth) et 72-73 (M. le juge Mortimer).

¹³⁸ *Supra* note 33.

¹³⁹ Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99 aux pp. 13 (M. le juge en chef Chan), 45 (M. le juge Nazareth) et 73 (M. le juge Mortimer).

common law à Hong-Kong, puisque cette dernière y existait depuis 1844¹⁴⁰. Selon la Cour, l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)* faisait référence à plusieurs lois impériales, de sorte qu'elle devait être invalidée par le Comité permanent comme étant contraire à la *Loi fondamentale*, mais la survie de la *common law* n'en était pas affectée¹⁴¹.

La Cour d'appel a indiqué que la décision du Comité permanent n'avait pas principalement pour objet d'adopter les lois antérieurement en vigueur à Hong-Kong, même si elle disait les adopter ; ceci était peut-être spécifié par souci de clarté, mais ce n'était pas vraiment nécessaire car ces lois avaient été automatiquement intégrées au système juridique post-réunification par l'article 160 de la *Loi fondamentale*. Selon la Cour d'appel, la décision du Comité permanent était plutôt destinée à identifier les lois contrevenant à la *Loi fondamentale* et à les déclarer invalides¹⁴².

Faut-il prendre pour acquis que les lois intégrées au système juridique post-réunification par la décision du Comité permanent et par l'article 160 de la *Loi fondamentale* comprennent les lois ayant fait l'objet de divergences non résolues au cours du processus d'identification des lois entrepris au sein du Groupe de liaison et les lois non identifiées mais qui devaient l'être ou étaient susceptibles de l'être plus tard ?

Il semblerait que la réponse à cette question soit affirmative. En effet, d'une part, le Comité permanent de l'A.P.N. prévoit spécifiquement à l'article 4 de sa décision qu'à compter du 1^{er} juillet 1997, les lois adoptées pour la Zone administrative spéciale de Hong-Kong feront l'objet, le cas échéant, de modifications, d'adaptations, de restrictions ou d'exceptions lorsqu'elles seront appliquées afin d'assurer leur conformité aux dispositions de la *Loi fondamentale*. D'autre part, l'article 6 de sa décision précise que si jamais on s'aperçoit *a posteriori* que certaines des lois adoptées vont à l'encontre de la *Loi fondamentale*, on pourra les déclarer invalides. M. le juge en chef Chan a également indiqué que l'article 160 de la *Loi fondamentale* avait pour but de permettre l'invalidation des lois non seulement au moment de l'établissement de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong, mais également par la suite¹⁴³, ce qui suggère une adoption globale sujette à l'invalidation de certaines lois *a posteriori*. De plus, M. le juge Mortimer déclare : «The Basic Law adopts the common law save where excepted as being in contravention of it in the Standing Committee of the NPC's Decision of 23rd February 1997»¹⁴⁴.

On peut également se demander quelle est la date charnière quant à l'intégration des lois au système juridique post-réunification. L'expression : «lois antérieurement

¹⁴⁰ Voir *ibid.* aux pp. 14 (M. le juge en chef Chan), 45 (M. le juge Nazareth), 70 et 75 (M. le juge Mortimer). La Cour a insisté sur le fait que l'*Ordonnance sur l'application de la loi anglaise (1966)* avait succédé à d'autres ordonnances plus anciennes ; voir *supra* note 33.

¹⁴¹ Voir *ibid.* à la p. 14 (M. le juge en chef Chan).

¹⁴² Voir *ibid.* aux pp. 13-14 (M. le juge en chef Chan) et 42 (M. le juge Nazareth).

¹⁴³ Voir *ibid.* à la p. 11.

¹⁴⁴ *Ibid.* à la p. 75.

en vigueur à Hong-Kong»¹⁴⁵ réfère-t-elle aux lois en vigueur jusqu'à minuit le 30 juin 1997, à celles qui existaient au moment où la *Loi fondamentale* a été promulguée en 1990, ou faut-il plutôt prendre comme point de référence la date où le gouvernement chinois et le gouvernement britannique se sont entendus, c'est-à-dire le jour de la signature de la *Déclaration conjointe* en 1984¹⁴⁶ ? Dans un article paru au début de 1997 dans un journal pro-chinois, le journal *Dagong*, qui a pour titre «Une attitude de tolérance face au problème à l'égard des anciennes lois de Hong-Kong»¹⁴⁷, l'auteur affirme qu'il s'agit uniquement des lois en vigueur au moment de la signature de la *Déclaration conjointe* et que toutes les modifications¹⁴⁸ et les nouvelles lois¹⁴⁹ adoptées après la *Déclaration conjointe* sont exclues¹⁵⁰.

La Cour d'appel a plutôt adopté la position que le seul point de départ possible était le 30 juin 1997¹⁵¹. Elle a donc unanimement conclu qu'en vertu de l'article 160 de la *Loi fondamentale*, toutes les lois en vigueur à Hong-Kong à minuit le 30 juin 1997 qui n'avaient pas été spécifiquement invalidées par la décision du Comité permanent ont automatiquement été intégrées au système juridique post-réunification¹⁵². La Cour a également confirmé que la structure judiciaire de Hong-Kong était demeurée en place et que les procédures civiles et criminelles devaient suivre leur cours¹⁵³.

¹⁴⁵ *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 160 [traduction des auteurs]. Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* aux pp. 15 (M. le juge en chef Chan) et 45 (M. le juge Nazareth).

¹⁴⁶ Voir *Ibid.*

¹⁴⁷ (5 février 1997) [traduction des auteurs].

¹⁴⁸ Selon l'article paru dans le journal *Dagong*, *ibid.*, elles sont au nombre de 1826.

¹⁴⁹ Selon l'article paru dans le journal *Dagong*, *ibid.*, elles sont au nombre de 289.

¹⁵⁰ La question est d'importance puisque, depuis la *Déclaration conjointe*, il y a eu adoption d'une *Charte des droits* (*Hong Kong Bill of Rights Ordinance* (Cap. 383)) et abrogation de certaines lois qui permettaient de restreindre les droits civils tels que la législation sur les mesures d'urgence, la censure, etc. À cet égard, voir McDermott, *supra* note 6 à la p. 271 :

The PRC may argue, with much force, that it is only obligated to preserve laws that were in place in Hong Kong in 1984, not laws Great Britain magnanimously approved after it agreed to relinquish control of Hong Kong. The PRC's position, according to Foreign Ministry spokesman Shen Guofang, is that the enactment of the Hong Kong Bill of Rights and the repeal of the colonial laws "violated the principles agreed by China and Britain that laws in Hong Kong should remain basically unchanged and important issues during the transitional period should be settled through bilateral consultations.

Pour une critique de la mise en œuvre de la *Charte des droits* et un survol des réactions chinoises, voir L. do Rosario, «No Watchdog: Government Drags Its Feet on Human-Rights Body» *Far Eastern Economic Review* (7 juillet 1994) 26 ; S. Holberton, «Patten Is Left Friendless in HK: Human Rights Issue Isolates Governor» *Financial Times* (20 octobre 1995) 6.

¹⁵¹ Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99 aux pp. 15 (M. le juge en chef Chan) et 45 (M. le juge Nazareth).

¹⁵² Voir *ibid.* aux pp. 17 (M. le juge en chef Chan), 45 (M. le juge Nazareth) et 75 (M. le juge Mortimer).

¹⁵³ Voir *ibid.* aux pp. 16-17 (M. le juge en chef Chan), 46-47 (M. le juge Nazareth) et 77-78 (M. le juge Mortimer).

À ce stade, la Cour d'appel aurait pu s'arrêter, puisqu'elle avait effectivement tranché la question qui lui était soumise¹⁵⁴. Elle a néanmoins choisi de disposer des autres arguments de la défense. Supposant donc que l'adoption des lois antérieurement en vigueur n'avait pas eu lieu automatiquement et qu'un acte formel d'adoption était requis, la Cour s'est demandé si la *Hong Kong Reunification Ordinance*¹⁵⁵ promulguée le 1^{er} juillet 1997 par le Conseil législatif provisoire constituait un acte d'adoption valide. Le texte de l'ordonnance était très clair et la question était plutôt de déterminer si l'organe ayant ainsi légiféré, soit le Conseil législatif provisoire, était compétent pour ce faire.

Tel que concédé par le Procureur général devant la Cour d'appel, la *Loi fondamentale* ne prévoyait pas la formation d'un Conseil législatif provisoire¹⁵⁶. Au contraire, lorsqu'elle a été promulguée, l'A.P.N. a simultanément rendu une décision sur le corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong, qui précisait les modalités de sa formation et prévoyait que certains membres du dernier Conseil législatif colonial seraient invités à y siéger si ils remplissaient certains critères¹⁵⁷. Ce que l'A.P.N. n'avait pas prévu, c'est la Réforme électorale de 1995 et les changements qu'elle a entraîné sur la composition du Conseil législatif de Hong-Kong.

La R.P.C. a toujours mis en doute la validité de *Legco*, le dernier Conseil législatif de la colonie, parce que le Gouverneur britannique, Chris Patten, avait démocratisé le processus de sélection de ses membres, comme nous l'avons vu précédemment¹⁵⁸. De plus, les élections du 17 septembre 1995 se sont soldées par la défaite des candidats pro-Beijing et la victoire du parti pro-démocratie dirigé par M. Martin Lee¹⁵⁹.

Les conséquences de l'opposition de la R.P.C. à *Legco* sont doubles. D'une part, plusieurs lois adoptées par cette dernière ont été remises en question après la réunifi-

¹⁵⁴ Voir *ibid.* aux pp. 17 (M. le juge en chef Chan) et 48-49 (M. le juge Nazareth). Voir aussi, pour une critique de la décision de la Cour d'appel et en particulier de ses nombreux *obiter* Ghai, «Dark Day for Our Rights», *supra* note 121.

¹⁵⁵ Pour une discussion de cette ordonnance, voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* aux pp. 17-21.

¹⁵⁶ Voir *ibid.* aux pp. 35 (M. le juge en chef Chan), 57 (M. le juge Nazareth) et 87 (M. le juge Mortimer).

¹⁵⁷ Voir *Décision de l'Assemblée populaire nationale sur la méthode de formation du premier gouvernement et du premier Conseil législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*, 3^e sess., 7^e A.P.N., 4 avril 1990. Une traduction anglaise de cette décision est disponible sur l'Internet : <http://www.cityu.edu.hk/basiclaw/d3.htm> (accédé le 5 août 1997) ; *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* aux pp. 25-26 (M. le juge en chef Chan), 56 (M. le juge Nazareth) et 78-79 (M. le juge Mortimer).

¹⁵⁸ Voir *supra* notes 19-31 et texte correspondant. Voir aussi Deese Skeen, *supra* note 1 à la p. 187 ; C. Sampson, «China Sets Flavour of Lame Duck Election» *The [Toronto] Globe and Mail* (15 septembre 1995) A11 ; S. Holberton, «Patten Urges China to Keep Legco» *Financial Times* (13 septembre 1995) 4 ; voir aussi *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *ibid.* à la p. 79 (M. le juge Mortimer) : «The view of the Government of the PRC was clear. The electoral arrangements unilaterally decided upon by the British Government were in breach of the Joint Declaration, the Basic Law and the Decision of the NPC of the 4th April 1990».

¹⁵⁹ Voir C. Sampson, «Voters Reject China's Muscle: Hong Kong Backs Democracy Slate» *The [Toronto] Globe and Mail* (18 septembre 1995) A10.

cation¹⁶⁰. D'autre part, la R.P.C. a établi un Conseil législatif provisoire qui a adopté formellement des lois avant le 1^{er} juillet 1997 et faisait donc d'une certaine façon concurrence à *Legco*, bien que lesdites lois ne soient entrées en vigueur que lors de la réunification. Le Conseil législatif provisoire a été nommé par un comité de sélection composé de résidents de Hong-Kong qui avaient été choisis par un comité préparatoire établi par le Comité permanent de l'A.P.N.¹⁶¹. Les membres de ce comité de sélection se sont ensuite eux-même nommés au Conseil législatif provisoire ; ils occupent cinquante et un des soixante sièges. Les neuf autres sièges ont été attribués à des résidents de Hong-Kong favorables à la R.P.C.¹⁶². La légalité de ce Conseil législatif provisoire a été contestée avant la réunification¹⁶³ : un élu de *Legco* a même essayé d'intenter une action en justice devant la Cour supérieure de Hong-Kong, le 12 juin 1997. Sa demande d'injonction visant à interdire les réunions du Conseil législatif provisoire et à invalider les lois promulguées par ce dernier avant la réunification a été déboutée et M. le juge Raymond Sears a qualifié l'action de tentative d'impliquer la Cour dans une querelle politique. Il a indiqué qu'à son avis, l'indépendance judiciaire serait mise en péril le jour où la Cour prendrait parti dans une telle querelle. Le Parti démocratique a

¹⁶⁰ En effet, plusieurs lois adoptées par *Legco* ont été «suspendues» ; voir A. Li, S. Cheung et L. Choy, «Pre-July 1 Laws Frozen» *South China Morning Post* (17 juillet 1997) 1.

¹⁶¹ Soit le Comité préparatoire constitué par la *Décision de l'Assemblée populaire nationale sur la méthode de formation du premier gouvernement et du premier Conseil législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong*, *supra* note 157. Suite à l'introduction du projet de loi relatif à la Réforme électorale de 1995, *supra* note 19, le Comité préparatoire s'est vu confier, par une décision du Comité permanent en date du 31 août 1994, la responsabilité d'établir le premier Conseil législatif de la zone. Le Comité préparatoire a décidé, le 24 mars 1996, de former le Conseil législatif provisoire et a alors spécifié qu'il agirait à titre de corps législatif de la zone jusqu'à ce qu'un premier Conseil législatif soit régulièrement constitué au plus tard le 30 juin 1998. Il a précisé certains détails dans une décision en date du 5 octobre 1996 et dans une autre décision en date du 1^{er} février 1997. Le Comité préparatoire a ensuite fait rapport à l'A.P.N. et son rapport a été approuvé par la 5^e sess., 8^e A.P.N., 14 mars 1997. Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99 à la p. 78 et s. (M. le juge Mortimer).

¹⁶² Voir McDermott, *supra* note 6 à la p. 283.

¹⁶³ Selon certains auteurs, la création de ce Conseil législatif provisoire constituait une violation de la *Déclaration conjointe*. Voir D. Lee, «Note: Discrepancy Between Theory and Reality: Hong Kong's Court of Final Appeal and the Act of State Doctrine» (1997) *Columbia J. Transnat'l L.* 175 à la p. 178 ; voir aussi Galloway, *supra* note 129 à la p. 43 ; McDermott, *supra* note 6 à la p. 283. À ce sujet, le Gouvernement britannique a affirmé dans un communiqué officiel daté du 16 avril 1997 :

The Minister at the Chinese Embassy, Mr Wang Qiliang, was called to the Foreign Office on 16 April and told of the British Government's deep concern that the provisional legislature was seeking to operate in parallel with the Legislative Council by reportedly giving first and second readings to a bill on public holidays.

There is only one constitutional legislature with the power to legislate in Hong Kong and that is the existing Legislative Council. Any laws resulting from activity undertaken by the provisional legislature before 1 July would be vulnerable to legal challenge and undermine our efforts to achieve a smooth and successful transition for Hong Kong.

Foreign and Commonwealth Office, FCO Daily Bulletin, «Hong Kong: Provisional Legislature» (16 avril 1997), disponible sur l'internet : <http://www.fco.gov.uk/current/1997/apr/16/bulletin.txt> (accédé le 23 juillet 1997).

indiqué qu'il songeait à en appeler de cette décision, mais la réunification a eu lieu avant qu'un tel appel ait été entendu¹⁶⁴.

C'est donc plutôt dans le cadre de l'affaire *HKSAR c. Ma Wai-Kwan* que la question de la légalité du Conseil législatif provisoire s'est retrouvée devant la Cour d'appel de Hong-Kong¹⁶⁵. Cette dernière a conclu que le Conseil législatif provisoire avait été validement constitué¹⁶⁶, en prenant, tel que précédemment discuté, une approche restrictive quant à l'étendue de sa propre compétence et de ses pouvoirs d'interprétation et en refusant de remettre en question les décisions de l'A.P.N., du Comité permanent et du Comité préparatoire à cet égard¹⁶⁷. La Cour a aussi conclu que le Conseil législatif provisoire avait validement exercé sa compétence en préservant les lois antérieurement en vigueur à Hong-Kong par la *Hong-Kong Reunification Ordinance*¹⁶⁸. Selon la Cour, ceci n'était cependant pas nécessaire, puisque ces lois avaient été automatiquement intégrées au système juridique post-réunification par l'effet de l'article 160 de la *Loi fondamentale*.

C. L'exercice du pouvoir législatif dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong

Les lois intégrées au système juridique de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong sont sujettes aux amendements que pourra choisir d'effectuer le corps législatif de la zone¹⁶⁹. Le Conseil législatif provisoire agira à ce titre jusqu'à ce que le premier corps législatif de la zone soit formé, au plus tard le 30 juin 1998¹⁷⁰.

Tel que prévu dans la *Déclaration conjointe*, le corps législatif de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong est investi du pouvoir de légiférer pour la zone¹⁷¹. Il doit cependant aviser le Comité permanent de l'A.P.N. des lois qu'il édicte mais ceci n'affecte pas leur mise en vigueur¹⁷². Cependant, si le Comité permanent considère, après avoir consulté le comité de l'A.P.N. chargé de la *Loi fondamentale*, qu'une loi élaborée par le corps législatif de la zone n'est pas conforme aux dispositions de la *Loi fondamentale* concernant les affaires relevant de la responsabilité des autorités centrales ou leur relation avec la zone, le Comité permanent ne pourra pas corriger la loi con-

¹⁶⁴ Voir à ce sujet, C. Buddle et C. Yeung, «Democrats' Challenge Halted» *South China Morning Post* (13 juin 1997), accessible sur l'internet à <http://www.hongkong97.comhk/news/ArchiveArticle19970626172756766.html> (accédé le 23 juillet 1997).

¹⁶⁵ Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99.

¹⁶⁶ Voir *ibid.* aux pp. 38 (M. le juge Chan), 61 (M. le juge Nazareth) et 87 (M. le juge Mortimer).

¹⁶⁷ Voir la partie III.B, ci-dessus.

¹⁶⁸ Voir *supra* note 155.

¹⁶⁹ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 8.

¹⁷⁰ Voir *supra* note 161.

¹⁷¹ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 17, al. 1.

¹⁷² Voir *ibid.*, art. 17, al. 2.

cernée mais il aura le pouvoir de la renvoyer et elle deviendra alors immédiatement nulle et non avenue¹⁷³.

Il est intéressant de voir l'approche apparemment non-interventionniste adoptée par la R.P.C. : non seulement elle ne corrigera pas elle-même une loi non conforme à la *Loi fondamentale* mais elle ne vérifiera qu'une loi est conforme que strictement en ce qui a trait à un nombre limité de dispositions de la *Loi fondamentale*, soit celles relatives aux affaires relevant du gouvernement central ou à ses relations avec la zone¹⁷⁴. La R.P.C. aurait pu ne pas limiter ainsi sa vérification de conformité et l'étendre à toutes les dispositions de la *Loi fondamentale*. Il est vrai qu'il existe un problème d'interprétation et qu'on peut se demander ce qui relève du gouvernement central et surtout, ce qui sera considéré comme ayant trait à ses relations avec la zone. On peut aussi se demander quel degré d'indépendance le Conseil législatif de la zone manifestera et jusqu'à quel point il se mettra lui-même à l'écoute de la R.P.C.

Par ailleurs, la R.P.C. s'est montrée plus interventionniste que dans la *Déclaration conjointe* au niveau des lois qui seront en vigueur dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong. L'article 18 de la *Loi fondamentale* indique, en effet, que certaines lois pourront être promulguées directement par la R.P.C. dans la zone, ce qui n'était pas expressément envisagé dans la *Déclaration conjointe*. Ces lois sont listées à l'annexe 3 de la *Loi fondamentale* et il est précisé à l'article 18 que le Comité permanent a le pouvoir d'ajouter des lois à cette annexe ou d'en retirer¹⁷⁵ ! La seule limite imposée est que l'annexe doit se limiter aux lois concernant la défense et les affaires étrangères «ainsi que d'autres affaires dépassant les limites de l'autonomie de la zone fixées par la présente loi»¹⁷⁶, ce qui est assez vague. L'article 18 envisage même que le Comité permanent puisse déclarer, à cause de troubles, un état de guerre ou d'urgence dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong et y appliquer alors d'autres lois nationales. Au niveau strictement légal, on peut donc ergoter sur ce qui dépasse les limites de l'autonomie de la zone ou constitue une affaire relevant du gouvernement central en touchant à sa relation avec la zone, mais pratiquement parlant, la réponse à ces questions n'est pas juridique mais bien politique puisque le système juridique tel que structuré dans la *Loi fondamentale* prévoit, comme nous l'avons déjà vu, que le dernier mot au niveau de l'interprétation de la *Loi fondamentale* appartienne non pas aux tribunaux mais bien à un organe législatif, le Comité permanent.

¹⁷³ Voir *ibid.*, art. 17, al. 3.

¹⁷⁴ Voir *ibid.*

¹⁷⁵ Les six lois qui apparaissent actuellement à l'ann. III de la *Loi fondamentale*, *ibid.*, sont les suivantes : 1. «Resolution on the Capital, Calendar, National Anthem and National Flag of the People's Republic of China» ; 2. «Resolution on the National Day of the People's Republic of China » ; 3. «Order on the National Emblem of the People's Republic of China Proclaimed by the Central People's Government», avec annexe : «Design of the National Emblem, Notes of Explanation and Instructions for Use» ; 4. «Declaration of the Government of the People's Republic of China on the Territorial Sea» ; 5. «Nationality Law of the People's Republic of China» et 6. «Regulations of the People's Republic of China Concerning Diplomatic Privileges and Immunities».

¹⁷⁶ *Ibid.*, art. 18, al. 3.

Il est aussi intéressant de noter le système plutôt imaginatif de freins et de contre-poids instauré par les articles 48, 49 et 52 de la *Loi fondamentale*. Ceux-ci prévoient qu'un projet de loi adopté par le corps législatif de Hong-Kong doit, pour entrer en vigueur, être promulgué par le Chef de l'exécutif. Ce dernier peut, s'il considère que le projet concerné n'est pas compatible avec les intérêts d'ensemble de la zone, le renvoyer au corps législatif pour qu'il l'examine à nouveau. Si le corps législatif adopte à nouveau le projet original par une majorité de plus des deux tiers de ses membres, le Chef de l'exécutif doit le promulguer ou négocier un accord avec le corps législatif, à défaut de quoi, il devra (après consultation avec le comité exécutif qui l'assiste¹⁷⁷), dissoudre ce dernier. Il ne peut exercer cette prérogative qu'une fois pendant son mandat.

De plus, si le nouveau corps législatif constitué après une dissolution ordonnée par le Chef de l'exécutif adopte encore à une majorité des deux tiers de tous les membres le projet original, le Chef de l'exécutif doit le signer ou démissionner. L'article 73 de la *Loi fondamentale* prévoit aussi la possibilité que le corps législatif, par motion d'un quart seulement de ses membres, accuse le Chef de l'exécutif de violation de la loi ou de manquement à son devoir. Si suite à une telle accusation, le Chef de l'exécutif refuse de démissionner, il peut y avoir enquête et par après, une motion peut être déposée auprès du gouvernement central de la R.P.C. qui prendra une décision et pourra démettre le Chef de l'exécutif de ses fonctions.

Au niveau des travaux législatifs ordinaires, l'article 74 de la *Loi fondamentale* indique que les projets de loi qui ne concernent pas les dépenses publiques, la structure politique ou le fonctionnement du gouvernement peuvent être introduits individuellement ou conjointement par les membres du corps législatif, mais que l'accord écrit du Chef de l'exécutif est nécessaire pour ceux qui concernent les politiques du gouvernement.

L'article 77 reprend le principe déjà énoncé dans la *Déclaration conjointe*, que les membres du corps législatif sont à l'abri de toute action en justice en ce qui concerne les interventions qu'ils jugeront bon de faire lors des réunions du corps législatif. L'article 78 indique qu'ils ne peuvent être arrêtés lorsqu'ils participent ou se rendent à une réunion du corps législatif.

D. La structure judiciaire dans la Zone administrative spéciale de Hong-Kong

Au niveau de la structure judiciaire de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong, tel que prévu à la *Déclaration conjointe*, l'article 80 de la *Loi fondamentale* confirme que ce sont les tribunaux de la zone qui y exerceront le pouvoir judiciaire¹⁷⁸. La structure en place est maintenue, à l'exception des changements entraînés par

¹⁷⁷ Voir *ibid*, art. 59-64, sur les autorités exécutives.

¹⁷⁸ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(3) et ann. I, art. III, al. 2.

l'établissement d'une Cour de dernière instance¹⁷⁹. Suite à l'adoption de la *Loi fondamentale*, le Conseil législatif de Hong-Kong a adopté une loi créant la Cour d'appel de dernière instance, qui élabore sur son rôle et sa composition¹⁸⁰. Il est possible, en cas de besoin, de recruter des juges d'autres juridictions pour y siéger¹⁸¹.

Les tribunaux de la zone doivent juger les affaires qui leur sont soumises conformément aux lois qui y sont en vigueur ; ils peuvent cependant s'inspirer des précédents d'autres juridictions¹⁸². L'article 85 de la *Loi fondamentale* réitère le principe énoncé dans la *Déclaration conjointe*¹⁸³ à l'effet que les tribunaux de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong exercent leur pouvoir judiciaire de façon indépendante¹⁸⁴ et sont à l'abri de toute interférence, de même que de toute action en justice en ce qui a trait à l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires.

Les dispositions de la *Loi fondamentale* relatives à la nomination des juges et à leur démotion sont, de façon générale, similaires à celles de la *Déclaration conjointe*, déjà discutées¹⁸⁵. On y ajoute à l'article 89 que la question de la démotion du premier juge de la cour de dernière instance ne peut être examinée que pour incapacité de remplir ses fonctions ou mauvaise conduite, par un tribunal nommé par le Chef de l'exécutif et composé de plus de cinq juges locaux.

Les dispositions de la *Loi fondamentale* relatives aux juristes sont aussi similaires à celles de la *Déclaration conjointe*¹⁸⁶, de même que celles relatives aux droits des gens d'être représentés par avocats et d'avoir accès aux tribunaux¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 81-82. Voir aussi Tan, *supra* note 48. Tel que mentionné précédemment, la Cour d'appel a confirmé dans *HKSAR c. Ma Wai-Kwan* que la structure judiciaire de la zone avait été préservée, voir *supra* note 153.

¹⁸⁰ Voir *Court of Final Appeal Ordinance* (Cap. 484), 35 I.L.M. 207 [ci-après *Ordonnance de la C.D.I.*]. Le rôle de la Cour d'appel de dernière instance a suscité des analyses passionnées car certains la perçoivent comme le dernier bastion des droits et libertés à Hong-Kong. Voir entre autres «Courtling Disaster: Britain and China Agree on Court of Not-Quite-Final Appeal» *Far Eastern Economic Review* (22 juin 1995) 5 ; Lee, *supra* note 163 à la p. 180 ; L. do Rosario, «A Court Too Far» *Far Eastern Economic Review* (22 juin 1995) 20 ; pour l'identification des juges siégeant à la Cour de dernière instance, voir H. May Sin-Mi et P. Young, «Continuity in Choice of Top Appeal Judges» *South China Morning Post* (13 juin 1997), reproduit à <http://www.hongkong97.com.hk/news/ArchiveArticle19970622223505506.html> (accédé le 25 juillet 1997) ; P. Young et C. Buddle, «Risk of Bias Forces Judges to Sit Out» *South China Morning Post* (13 juin 1997), reproduit à <http://www.hongkong97.com.hk/news/ArchiveArticle19970622233838975.html> (accédé le 25 juillet 1997) ; H. May Sin-Mi, «New Jobs for Top Judges» *South China Morning Post* (14 juin 1997).

¹⁸¹ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 82.

¹⁸² Voir *Loi fondamentale*, *ibid.*, art. 84. Voir aussi Fung, «Foundation for the Survival of the Rule of Law», *supra* note 40 aux pp. 285-87.

¹⁸³ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(3) et ann. I, art. III, al. 2.

¹⁸⁴ Voir toutefois les remarques sur la signification de l'expression «indépendance judiciaire» faites *infra* note 222-24 et texte correspondant.

¹⁸⁵ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, ann. I, art. III.

¹⁸⁶ Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 94 et *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. I, art. III, al. 6.

¹⁸⁷ Voir *Loi fondamentale*, *ibid.* art. 35 et *Déclaration conjointe*, *ibid.*, ann. I, art. XIII, al. 2. Avant la réunification, les membres de la profession juridique à Hong-Kong jouissaient d'un haut degré

E. Les traités et autres instruments internationaux

Au niveau des affaires internationales, l'article 13 de la *Loi fondamentale* prévoit que le gouvernement central est chargé des affaires étrangères relatives à la Zone administrative spéciale de Hong-Kong¹⁸⁸.

Le sort des centaines de traités internationaux dont Hong-Kong a bénéficié dans le passé a suscité des interrogations¹⁸⁹. Il existe approximativement 200 traités signés par la Grande-Bretagne dont Hong-Kong a bénéficié en tant que colonie sans en être elle-même signataire. La R.P.C. a signé environ 40% d'entre eux¹⁹⁰. Il existe aussi quelques autres instruments internationaux qui lient Hong-Kong directement¹⁹¹. La position de la R.P.C. à l'égard des traités et autres instruments internationaux se résume comme suit : premièrement, les affaires étrangères de Hong-Kong relèvent principalement de la compétence de la R.P.C., à titre d'État souverain¹⁹². La R.P.C. vérifiera donc les traités internationaux qui lient Hong-Kong afin de s'assurer qu'ils ne sont pas susceptibles de porter atteinte son statut d'État souverain. Par conséquent, les traités impliquant Taiwan comme signataire¹⁹³, les clauses accompagnées de conditions et de réserves compromettant possiblement la souveraineté et la dignité de la R.P.C. et les clauses impliquant Hong-Kong à titre de colonie sont sujettes à modification ou à annulation.

d'indépendance ; on y retrouvait également beaucoup de juristes formés à l'étranger, notamment en Angleterre. Il semble toutefois que certaines restrictions aient récemment été imposées à l'indépendance des juristes qui pratiquent en R.P.C. Voir McDermott, *supra* note 6 aux pp. 281-82. Il y a donc lieu de se demander si ce phénomène aura des répercussions à Hong-Kong. Certaines lois affectant plus particulièrement la profession légale ont également fait l'objet de débats à Hong-Kong. Voir à cet égard Ng, «1995-1997 Round-up», *supra* note 131 à la p. 5.

¹⁸⁸ Cependant, d'autres dispositions de la *Loi fondamentale* stipulent aussi que la zone peut, via des consultations et conformément à la loi, maintenir ses relations juridiques avec les organes judiciaires des autres régions de la R.P.C. et qu'avec l'assistance ou l'autorisation du gouvernement central, elle peut même faire des arrangements avec des pays étrangers en matière d'assistance juridique réciproque. Voir *Loi Fondamentale*, *ibid.*, art. 95-96. De manière générale, voir Mushkat, *supra* note 70.

¹⁸⁹ Voir L. Krakinowski, «Unsigned Treaties Threaten Major Legal Vacuum» *South China Morning Post* (30 juin 1997), reproduit dans <http://www.hongkong97.com.hk/news/ArchiveArticle19970629191502514.html> (accédé le 2 août 1997), qui affirme : «[k]ey international treaties remain unsigned, in the last hours before Hong Kong reverts to China, leaving a legal vacuum that will take at least a year to close».

¹⁹⁰ Voir Linning et Halford, «Hong Kong Takes Its Leap of Faith: Part 2», *supra* note 132 à la p. 28.

¹⁹¹ Par exemple, *The International Express Main Agreement Between the United States Postal Service and the Postal Administration of Hong Kong*, 2 janvier et 6 février 1979, 30 U.S.T. 3427, T.I.A.S. n° 9398, cité dans Jackson, *supra* note 36 à la p. 410.

¹⁹² Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, c. VII, «External Affairs», art. 150-57 et *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, art. 3(2) et ann. I, art. XI.

¹⁹³ La R.P.C. considère Taiwan comme faisant partie de son territoire et vise à provoquer éventuellement une réunification, de sorte qu'elle ne reconnaît pas Taiwan comme étant un état indépendant. Voir R.H. Munro, «Giving Taipei a Place at the Table» (1994) 73 *Foreign Affairs* 6:109 à la p. 109 et J. Baum, «Lee's Challenge» *Far Eastern Economic Review* (14 septembre 1995) 20.

Deuxièmement, l'engagement international de Hong-Kong dans les activités commerciales et économiques sera préservé le plus possible. C'est la raison pour laquelle le maintien d'un grand nombre de traités a été accepté par le gouvernement chinois¹⁹⁴. L'article 153 de la *Loi fondamentale* indique à cet égard que les traités internationaux auxquels la R.P.C. n'est pas partie mais dont Hong-Kong bénéficiait peuvent continuer à s'appliquer à la zone. Les traités internationaux conclus par la R.P.C. s'appliqueront à la zone, le cas échéant, par décision du gouvernement central, prise après avoir obtenu l'avis du gouvernement de la zone¹⁹⁵. La Zone administrative spéciale de Hong-Kong est également autorisée par l'article 151 de la *Loi fondamentale* à conclure elle-même des traités internationaux en matière, entre autres, d'économie, de commerce, de finances et monnaies, de transport, de communication, de tourisme et de sport. Hong-Kong demeurera également membre de certaines organisations internationales, dont l'O.M.C. et le Forum de coopération Asie-Pacifique¹⁹⁶.

Troisièmement, il y aura application du principe de réciprocité dans les affaires internationales. Dans sa décision du 23 février 1997 à l'égard des lois antérieurement existantes à Hong-Kong¹⁹⁷, le Comité permanent de l'A.P.N. a décidé d'annuler toutes les clauses accordant des privilèges à la Grande-Bretagne ou à d'autres pays du Commonwealth, sauf celles prévoyant des traitements préférentiels mais réiproques entre Hong-Kong et la Grande-Bretagne ou d'autres pays.

À certains égards, il risque d'y avoir des changements au niveau des traités internationaux qui peuvent affecter directement les gens qui font affaire à Hong-Kong et qui l'utilisent comme porte d'entrée de l'immense marché de consommateurs que représente la R.P.C. Par exemple, il est possible que la qualification et le traitement des investissements directs ou indirects effectués par les compagnies de Hong-Kong ou par les compagnies étrangères à travers l'intermédiaire d'une compagnie de Hong-Kong en R.P.C. soient affectés. Selon la loi chinoise, tous les investissements venant de Hong-Kong avant la réunification se qualifiaient comme étant des investissements étrangers. Par conséquent, ces investissements jouissaient souvent d'un traitement préférentiel au niveau de leur encadrement juridique. Si les investissements en provenance de Hong-Kong se qualifient plutôt dorénavant comme des investissements internes, il faudra évaluer l'impact de ce changement avant d'effectuer un investissement via Hong-Kong.

F. Le bilinguisme officiel et la traduction en chinois des textes anglais

Tel que prévu à la *Déclaration conjointe*, l'article 9 de la *Loi fondamentale* stipule que le chinois acquiert le statut de langue officielle. Hong-Kong va ainsi rejoindre les

¹⁹⁴ Voir *Loi Fondamentale*, *supra* note 8, art. 153, al. 2.

¹⁹⁵ Voir *ibid.*, art. 153, al. 1.

¹⁹⁶ Voir J.T. Kennedy, «Note: The New Chinese Revolution: Hong Kong's Insurance Against Chinese Noncompliance with the 1984 Joint Declaration» (1994) 15 N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 83 à la p. 90, n. 53. Pour une énumération des organisations internationales et des traités auxquels la zone continue d'être partie, voir *Hong Kong 1996*, *supra* note 91 aux pp. 41-42.

¹⁹⁷ Voir *supra* note 134.

rangs d'autres pays qui ont un système juridique bilingue : le Canada, la Malaisie, Chypre, etc.¹⁹⁸.

Ce passage au bilinguisme officiel marque le point culminant d'une lente évolution historique¹⁹⁹. La traduction en chinois des textes de loi et dans certains cas, de la jurisprudence, est un travail de longue haleine. Hong-Kong et la R.P.C. n'ont donc pas attendu au 1^{er} juillet 1997 pour s'y atteler. Une équipe de quarante-trois scribes du département de la justice de Hong-Kong, dirigée par Tony Yen, le rédacteur en chef législatif de la colonie, et une équipe de la R.P.C. se sont mobilisées pour traduire en chinois les centaines de lois qui existaient en langue anglaise²⁰⁰.

La *Official Languages Ordinance (1974)*²⁰¹ a été amendée dès le 5 juillet 1995 pour permettre que la langue chinoise soit utilisée devant tous les tribunaux de Hong-Kong. Depuis le 1^{er} juillet 1997, l'utilisation de la langue chinoise est officiellement généralisée non seulement devant les tribunaux mais aussi dans tout le système juridique²⁰². Cette application immédiate du bilinguisme dans le système juridique de Hong-Kong engendre des difficultés significatives pour le maintien d'un système juridique basé principalement sur la loi anglaise, mais ces difficultés découlent elles-mêmes en partie du fait que la Grande-Bretagne a permis que subsiste pendant plus d'un siècle un système presque complètement unilingue anglais alors que plus de 98 % des justiciables étaient Chinois²⁰³.

L'introduction de la politique bilingue dans la pratique de la justice met les juges, les avocats et les employés du secteur de la justice qui ont été formés depuis le début de leur carrière dans la langue anglaise, face, tout à coup au défi de pratiquer leur profession en chinois. Plus de 53% des juges et de 29% des procureurs de la Couronne (incluant les dix procureurs ayant le plus d'ancienneté) ne sont pas chinois²⁰⁴. Même ceux qui le sont disent qu'il sera difficile pour eux de plaider ou de présider en chinois

¹⁹⁸ C. Hunter et C. Galloway, «Rapid Push for Bilingual System Causes Concern» *China Law & Practice* (mars 1997) 51 à la p. 51.

¹⁹⁹ Voir Zhao, *supra* note 87.

²⁰⁰ Ces efforts parallèles ont l'avantage de permettre une double vérification et d'augmenter potentiellement la qualité de la traduction, mais peuvent aussi aboutir à des versions différentes à cause d'écarts juridiques, sociaux et culturels et ainsi créer des problèmes. De plus, la traduction en chinois des textes de loi et de la jurisprudence pose des problèmes particuliers. D'une part, la langue juridique anglaise se prête mal à la traduction en chinois. On y retrouve une foule d'expressions archaïques, difficiles à traduire sans référence au contexte historique. De plus, la structure complexe de l'anglais juridique, qui abonde en virgules et en propositions subordonnées, rend la traduction difficile. La langue chinoise a une structure beaucoup plus simple, ce qui rend les traductions littérales lourdes et difficiles à comprendre. Voir A.S.Y. Cheung, «Towards a Bilingual Legal System — The Development of Chinese Legal Language» (1997) 19 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 315.

²⁰¹ *Laws of Hong Kong*, ch. 5. Voir également Zhao, *supra* note 87 à la p. 295.

²⁰² Voir *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 9.

²⁰³ Voir *supra* note 87 et texte correspondant.

²⁰⁴ Voir Colmey, «Handover Strategies», *supra* note 47 à la p. 20.

puisque leur formation a été faite en anglais²⁰⁵. Très peu de jugements existent actuellement en chinois même si une préparation de résumés des causes en chinois a été entreprise²⁰⁶.

Par ailleurs, l'article 10(B) de l'*Interpretation and General Clauses Ordinance*²⁰⁷ de Hong-Kong stipule, à l'alinéa 1, que les versions chinoise et anglaise sont chacune authentiques. L'alinéa 2 crée une présomption à l'effet que les deux versions ont le même sens. L'alinéa 3 indique qu'en cas de divergence entre les versions chinoise et anglaise, il faut tenter de les réconcilier le plus possible. La *Loi fondamentale* semble toutefois accorder une priorité à la langue chinoise, puisqu'elle stipule que «en plus de la langue chinoise, l'anglais peut être utilisé également»²⁰⁸. De plus, dans une décision du Comité permanent²⁰⁹, il a été décidé que lorsqu'il y a des divergences entre le texte chinois et le texte anglais, le texte chinois de la *Loi fondamentale* l'emportera et ce principe d'interprétation a été reconnu par la Cour d'appel de Hong-Kong²¹⁰. Ceci aurait-il pour résultat de court-circuiter jusqu'à un certain point l'*Interpretation and General Clauses Ordinance*²¹¹ puisque toutes les lois de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong doivent respecter la *Loi fondamentale* et son interprétation et que cette loi elle-même semble accorder une position prioritaire au chinois dans tous les cas ?

Margaret Ng, procureur et membre de l'ancien Conseil législatif de Hong-Kong représentant l'élément fonctionnel légal, signale par ailleurs que les fondations culturelles de la *common law* sont tellement différentes de celles du système juridique chinois que la traduction des concepts de base est difficile²¹². Par exemple, la *common law* insiste sur l'équité procédurale, alors que la justice chinoise est plutôt orientée vers les résultats²¹³. Si le chinois se voit octroyer une position prioritaire par la *Loi fondamentale*, il est possible que cela dénature partiellement les concepts originaux. De plus, la terminologie juridique chinoise utilisée en R.P.C. porte l'empreinte de l'idéologie socialiste et a des significations particulières qui émergent des interprétations législatives officielles et autres. Plutôt que d'adopter la terminologie de la R.P.C., Hong-Kong est en train d'essayer de développer sa propre terminologie pour éviter que son système

²⁰⁵ Voir Karp, *supra* note 87 à la p. 20 ; voir aussi G. Manuel, «Solicitors Call for Rethink on Court Changes» *South China Morning Post* (3 mai 1997) 3.

²⁰⁶ Voir Colmey, «Handover Strategies», *supra* note 47 à la p. 20.

²⁰⁷ (Cap. 1) ; voir Galloway, «Political Disputes and Rush to Reform Cast Shadows Over Post-97 Legal System», *supra* note 129 à la p. 44.

²⁰⁸ *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 9.

²⁰⁹ Voir *Décision du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale sur le texte anglais de la Loi fondamentale de la Zone administrative spéciale de Hong-Kong de la République Populaire de Chine*, 14^e sess. du Comité permanent, 7^e A.P.N., 28 juin 1990. Une traduction anglaise est disponible à <http://www.cityu.edu.hk/BasicLaw/D5.htm> (accédé le 5 août 1997).

²¹⁰ Voir *HKSAR c. Ma Wai-Kwan*, *supra* note 99. La Cour a cependant conclu qu'il n'y avait pas de divergence entre les deux versions et que le recours au texte chinois n'était pas nécessaire. Voir *ibid.* aux pp. 7 et 12-13 (M. le juge Chan), et 45 (M. le juge Nazareth).

²¹¹ *Supra* note 207.

²¹² Voir l'entrevue publiée dans «The Post-97 Language Challenge» *China Law & Practice* (mars 1997) 51 et voir aussi *supra* note 200.

²¹³ Voir *ibid.*

juridique ne subisse trop l'influence, par la voie d'un langage commun, de celui de la R.P.C., mais il est permis de se demander jusqu'à quel point cette tentative aura du succès²¹⁴.

Le passage au bilinguisme constitue donc un défi pour l'avenir du système juridique de Hong-Kong. Certains affirment que les problèmes de traduction vont entraîner à court terme l'abandon de la *common law* en faveur du système juridique de la R.P.C.²¹⁵. D'autres soutiennent au contraire que l'instauration d'un système bilingue pourra se faire sans heurt malgré les difficultés rencontrées²¹⁶. D'une façon ou d'une autre, le système juridique de Hong-Kong va certainement se siniser.

IV. Les perspectives d'avenir du système juridique post-réunification de Hong-Kong

Avant le 1^{er} juillet 1997, Hong-Kong ne dépendait pas juridiquement de la R.P.C. mais elle se trouvait dans une position de dépendance économique vis-à-vis d'elle. Depuis longtemps, la R.P.C. constitue un grand marché pour les capitaux, les technologies et les marchandises venant de Hong-Kong et cette dernière sert de porte d'entrée de ce marché pour les investisseurs étrangers²¹⁷. La prospérité de Hong-Kong est liée au développement économique de la R.P.C. et Hong-Kong entretient, entre autres, beaucoup de liens avec le Sud de la R.P.C. à cet égard²¹⁸. Lors de la réunification, l'indépendance juridique de Hong-Kong vis-à-vis de la R.P.C. (qui était la contrepartie de sa dépendance vis-à-vis du système juridique de la Grande-Bretagne) a pris fin, en conséquence de son nouveau statut de région et de la *Loi fondamentale* promulguée par la R.P.C.

²¹⁴ Voir Cheung, *supra* note 200 aux pp. 334-36.

²¹⁵ Voir Berring, *supra* note 1 à la p. 211. Cet auteur donne quatre autres raisons pour expliquer la disparition de la *common law*, soit (1) la complexité du système de *common law* et ses «nonsensical rituals» (*ibid.* aux pp. 436-39) ; (2) l'absence d'une tradition d'indépendance judiciaire en R.P.C. au sens occidental du terme, tradition qui est au coeur même des systèmes de *common law* (voir *ibid.* aux pp. 439-40) ; (3) la tradition légale chinoise, qui perçoit le droit comme un outil du souverain plutôt que comme un moyen de protéger des droits fondamentaux inhérents à la personne (voir *ibid.* aux pp. 440-44) et (4) l'absence de moyens de forcer la R.P.C. à respecter la *Déclaration conjointe* et la *Loi fondamentale* (voir *ibid.* aux pp. 444-45).

²¹⁶ Voir Cheung, *supra* note 200 à la p. 335, qui note l'exemple de la Malaisie, de l'Inde et du Pakistan, où l'anglais survit dans le domaine légal, bien qu'il n'ait plus le statut de langue officielle.

²¹⁷ La R.P.C. et Hong-Kong sont devenus l'une pour l'autre le partenaire commercial le plus important et celui responsable du plus grand investissement étranger. Voir *Hong Kong 1995*, *supra* note 15 à la p. 69 ; P.S.P. Hsu, «Taiwan, Hong Kong and China: The Chinese Productivity Triangle» (1993) 27 *Int'l Lawyer* 523 aux pp. 525-26 ; C. Chimeng, *L'économie de Hong Kong qui s'appuie sur la partie continentale de la patrie*, Beijing, China Intercontinental Press, 1997.

²¹⁸ En fait, dans le 9^e plan économique quinquennal de la R.P.C. (1995-2000), le gouvernement central a même jugé bon de rappeler le Sud à l'ordre en indiquant que la réunification de Hong-Kong à la R.P.C. devrait profiter à l'ensemble de la R.P.C. et non seulement au Sud. C'est que certaines provinces plus indisciplinées, comme le Guandong, avaient déjà mis sur pied leur propre plan pour profiter des retombées économiques de la réunification de Hong-Kong !

Même si la *Déclaration conjointe* et la *Loi fondamentale* prévoient que le système juridique pré-réunification de Hong-Kong sera préservé, il est important d'avoir une idée de ce à quoi ressemble le système juridique de la R.P.C., car il ne manquera pas d'influencer celui de Hong-Kong. Le système juridique chinois est un mélange de droit traditionnel et moderne, chinois et étranger. Depuis plus d'un siècle, les Chinois se sont efforcés de «combiner l'Orient et l'Occident» pour s'adapter à l'évolution extérieure. Le système juridique de la R.P.C. est tributaire à divers degrés de plusieurs sources avec lesquelles les juristes occidentaux ne sont généralement pas familiers. Qu'il s'agisse des enseignements du sage Confucius ou de ceux prônés par le légisme ancien ou École des lois (le *Fa Jia*)²¹⁹, du droit traditionnel chinois qui s'est développé durant les siècles de la Chine Impériale et par la suite²²⁰ ou de l'influence majeure de l'idéologie socialiste²²¹, on s'avance sur un territoire inconnu qui porte l'empreinte d'une culture et d'une vision du monde très différente des fondations des systèmes juridiques occidentaux.

Il faut prendre garde, quant on approche le droit chinois, de tenir compte de cette empreinte et de ne pas se laisser surprendre par la réalité de certains concepts juridiques qui est parfois masquée par une étiquette qui nous est familière. Par exemple, bien que la législation chinoise affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire en R.P.C.²²² (tout comme la *Loi fondamentale* l'affirme pour la Zone administrative spéciale de Hong-Kong²²³), l'appréciation des faits ou l'application du droit d'un tribunal de R.P.C. peuvent être influencées par le pouvoir administratif et le Parti communiste, ce qui ne correspond évidemment pas à la notion occidentale d'indépendance judiciaire : le pouvoir administratif et le Parti communiste peuvent intervenir par l'intermédiaire de comités de base auprès du tribunal ou envoyer des rapports ou avis à ce dernier ou aux parties concernées, etc... Cet interventionisme découle de l'idéologie socialiste, qui a inspiré tout le système politique chinois²²⁴ ; il est également conforme, jusqu'à un certain point, à un héritage historique : après tout, ce sont les Chinois qui ont inventé la bureaucratie. Les fonctionnaires et politiciens qui assistaient l'empereur dans l'administration de la Terre du Milieu étaient respectés, ayant passé des examens difficiles pour accéder au statut de membre de la Bureaucratie céleste. En Chine, la bureaucratie a traditionnellement joué un rôle plus important que le système juridique.

²¹⁹ Selon Bjarne Melkevik, il s'agit du «socle de la culture juridique chinoise» : «Un regard sur la culture juridique chinoise : L'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit» (1996) 37 C. de D. 603 à la p. 606.

²²⁰ Voir W.P. Streng et A.D. Wilcox, dir., *Doing Business in China*, Yonkers (New York), Juris Publishing, 1996, § 2.01.

²²¹ Voir *ibid.*, § 2.02.

²²² Voir *Constitution de la R.P.C.*, *supra* note 60, art. 126.

²²³ Voir *Loi Fondamentale*, *supra* note 8, art. 85. Voir également les remarques faites précédemment au sujet du sens du mot autonomie, *supra* note 123.

²²⁴ Voir Q.H.J. Gu, «Les principaux recours dans le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers en Chine» (1996) 37 C. de D. 813 aux pp. 845-46. Voir aussi *supra* note 106.

Par ailleurs, lorsque les communistes ont pris le pouvoir en 1949, il n'y avait pas de système juridique élaboré en place²²⁵. Ce n'est que cinq ans plus tard que la R.P.C. a adopté une constitution et a entrepris d'établir le système juridique actuel par l'adoption de quelques lois générales. Le travail législatif n'est d'ailleurs pas terminé et plusieurs lois devront encore être adoptées avant que le vide juridique qui subsiste dans certains secteurs ne soit comblé et qu'il y ait un système juridique complet en place. Pour établir ce système juridique, la R.P.C. s'est inspirée de la tradition du droit civil, telle qu'elle s'est manifestée en Asie (entre autres, au Japon et à Taiwan) plutôt que de la *common law* de Grande-Bretagne sur laquelle est fondé le système juridique de Hong-Kong.

Le contraste entre le système juridique de la R.P.C. et le système juridique de Hong-Kong est donc marqué. La R.P.C. allie la tradition du droit civil à une culture juridique à la fois chinoise et socialiste, où l'intervention étatique est monnaie courante, alors que Hong-Kong est une juridiction de *common law* imprégnée de culture occidentale où l'intervention étatique est réduite au minimum.

Bien que le système juridique de Hong-Kong soit plus avancé et plus perfectionné que celui de la R.P.C., il subira certainement jusqu'à un certain point l'influence du système juridique de la R.P.C. Par exemple, bien que la R.P.C. se soit engagée dans la *Déclaration conjointe* et la *Loi fondamentale* à ne pas appliquer à Hong-Kong le système et les politiques socialistes²²⁶, les conceptions du droit socialiste vont certainement affecter d'une manière ou d'une autre le développement du système juridique de Hong-Kong. L'article 158 de la *Loi fondamentale*, qui confère le pouvoir de l'interpréter à un organe législatif plutôt qu'aux tribunaux²²⁷, est un exemple parmi d'autres.

Le système juridique de la R.P.C. sera sans doute lui aussi influencé par celui de Hong-Kong²²⁸. L'élite chinoise, soucieuse de rétablir un pays puissant, a toujours attaché une grande importance à l'Occident, et la R.P.C. a cherché à se rapprocher des pratiques internationales, à un rythme variable selon l'époque. Ce mouvement s'est accéléré durant la réforme actuelle. Le nouveau mouvement législatif s'inspire abondamment du droit étranger, en particulier de celui des pays développés. Les lois commerciales, économiques et financières de Hong-Kong influenceront fort probablement celles de la R.P.C.²²⁹, compte tenu du fait que Hong-Kong est une plaque tournante de l'économie et un modèle qui fera partie de la R.P.C. elle-même.

²²⁵ Voir E.L. Semmens, «Investment in China: Some Legal Aspects of Negotiating Transactions in China», 24^e Congrès annuel de l'Association internationale des jeunes avocats, Vancouver, 24-29 août 1986 [non publié].

²²⁶ Voir *Déclaration conjointe*, *supra* note 7, ann. I, art. I, al.1 ; *Loi fondamentale*, *supra* note 8, art. 5.

²²⁷ Voir *supra* note 105 et texte correspondant.

²²⁸ Voir Fung, «Foundation for the Survival of the Rule of Law», *supra* note 40 aux pp. 314-15.

²²⁹ Voir l'exemple de Shenzhen, qui s'est inspirée de plusieurs lois de Hong-Kong, mentionné par Fung, *ibid.* aux pp. 315-16.

Conclusion

Comme nous pouvons le constater, il y a eu dans la *Déclaration conjointe* et ensuite dans la *Loi fondamentale* l'expression d'une volonté de maintenir en partie le système juridique pré-réunification après le 1^{er} juillet 1997. Il existe cependant un écart entre cette volonté et la réalité. Le transfert de la juridiction sur Hong-Kong et la naissance d'un nouveau régime politique, économique et juridique ne peuvent pas s'effectuer sans heurt. Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un pays souverain comme la R.P.C. prenne des mesures pour encadrer d'une façon ou d'une autre le système juridique d'une de ses régions, même si elle est dite autonome, et certains changements sont probables à cause de l'influence inévitable sur le système juridique de Hong-Kong de celui de la R.P.C., dont les fondements idéologiques sont complètement différents. Nous ne sommes pas en mesure de prédire le sort de Hong-Kong, mais le scénario le plus probable est que Hong-Kong continuera de jouer le rôle de pont entre la R.P.C. et le reste du monde et d'être un centre d'affaires important en Asie malgré la transition. Cependant, il y aura inévitablement un rapprochement entre le système juridique de Hong-Kong et celui de la R.P.C. Le système juridique de Hong-Kong sera de plus en plus chinois. La vraie question pour les gens d'affaires à long terme, ce sera la confiance envers l'ensemble du système juridique chinois et la capacité de s'adapter à ce système et d'identifier les stratégies gagnantes.
