







---

Presses de l'Université  
Saint-Esprit de Kaslik

*La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit.  
Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :*

**Université Saint-Esprit de Kaslik**

Faculté de Droit

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 651

Fax : +961 9 600 011

Mél. : fdroit@usek.edu.lb

**usek.edu.lb**

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs  
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.  
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

**Comité scientifique:**

Prof. Frank Emmert, Prof. Steven Roth, Prof. Franck Violet, Prof. Thierry Rambaud,  
D<sup>r</sup> Aref Fakhry, D<sup>r</sup> Céline Baaklini, M<sup>me</sup> Reine Daou, D<sup>r</sup> Bechara Karam.

*La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.*

ISSN 1026-3268

© **PUSEK, Kaslik, 2015**

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 275

Fax : +961 9 600 273

Mél. : pusek@usek.edu.lb

**usek.edu.lb**

# Sommaire

<b><i>Céline Baaklini Ziadé, Simia Abi Khalil, Dina El Maoula</i></b>	
Le don d'organes : Une nécessaire réforme de la législation au Liban .....	7
<b><i>Gaby Chabine</i></b>	
Droit des affaires et environnement. L'expérience libanaise .....	35
<b><i>Haitbam Sakr</i></b>	
La protection du fonctionnaire dans le prononcé de la sanction .....	53
<b><i>Rashad Tabet</i></b>	
Private International Law in the PRC A Study on the Rules Governing the Choice of Law by the Parties in "Foreign-Related" Contracts .....	85
<b><i>Rashad Tabet</i></b>	
The "Hukou" Institution of China: A study on the Evolution of the Household Registration System of the PRC and its Actual Impact on the Basic Rights of Chinese Citizens .....	105
<b><i>Elie Kallas</i></b>	
الخطأ الطبي .....	٧
<b><i>Darina Saliba Abi Chedid</i></b>	
لبنان والحياد: مقارنة قانونية لمفهوم الحياد في القانون الدولي العام .....	٢٩



## Organ donation: the necessary reform of the Lebanese legislation

### Le don d'organes : Une nécessaire réforme de la législation au Liban

---

*Céline Baaklini Ziadé, avocate à la Cour, Professeur Assistant, Faculté de Droit – USEK*

*Simia Abi Kbalil, avocate à la Cour, Chargée d'enseignement, Faculté de Droit – USEK*

*Dina El Maoula, Présidente du Centre de Recherches et de Coopération Académique, Membre de la Commission Universitaire d'Éthique Médicale et de Bioéthique de l'Université libanaise.*

#### **Abstract**

Medicine does not only aim to deliver quality medical acts and not to harm patients. The most important obligation is to ensure the protection of human life by all possible means. For that reason the purpose of organ donation is to replace vital organs suffering from a disease to prevent them from operating normally by other organs in good condition, taken from other people. This topic is the subject of a certain awareness as to its importance in the Lebanese society. It is not regulated by the Lebanese legislator, although it has a specific regime of consent's evidence, it is worth revisiting. A comparative study with French law turns out to be of great utility in order to reform our national law on the matter, which dates back to 1983.

La médecine n'a pas uniquement pour but d'administrer des actes médicaux de qualité sans porter préjudice aux patients, mais plus encore, et surtout, elle tend de nos jours à assurer la protection de la vie de l'homme par tous les moyens envisageables. C'est ainsi que s'inscrit le don d'organes ayant pour but de remplacer des organes vitaux atteints d'une maladie ne permettant plus leur fonctionnement normal, par d'autres organes en bon état, prélevés sur d'autres personnes. Ce sujet d'actualité est l'objet d'une certaine prise de conscience vue son ampleur de la part de notre société libanaise.

Le don d'organes est une discipline qui chevauche entre plusieurs domaines, le droit, la médecine, la religion, la morale et l'éthique, elle nécessite donc une attention particulière. Nous venons donc par notre article mettre l'accent sur l'importance de ce domaine, qui est peu réglementé par le législateur libanais, qui connaît un régime spécifique de preuve du consentement et qui mérite d'être revisité. Une étude comparative avec le droit français s'avère être de grande utilité afin de mettre l'accent sur la nécessité de reformer notre droit national en la matière qui date de 1983. Les donneurs peuvent être vivants au moment du prélèvement, ou même déjà morts, d'où, nous distinguons deux hypothèses, tout d'abord celle du cadre juridique du prélèvement sur une personne vivante et ensuite sur une personne décédée.

### **Paragraphe 1 : Le cadre juridique du prélèvement sur une personne vivante**

Le prélèvement d'organes sur une personne vivante est un acte très important, voire très sensible puisque c'est un vrai don, qui dépasse le cadre des choses matérielles, et touche au corps humain, qui est hors commerce, qui n'est pas du tout une chose, et qui nécessite donc un respect incontestable. Les greffes d'organes sur une personne vivante (foie, poumon, rein...) ont connu une croissance remarquable, « en l'an 2000, une intervention chirurgicale sur deux pourrait être une greffe d'organes et de tissus d'origine humaine<sup>1</sup> ». Ainsi, ce genre de prélèvement est soumis à des principes généraux que nous allons élaborer tout d'abord (A), avant d'analyser, par la suite, les règles relatives au prélèvement d'organes (B).

---

1. G. BINAME, « La xénotransplantation », in *Journal international de bioéthique*, vol. 6, 1995, n° 2, p. 117.



## **A. Les principes généraux à l'utilisation et au don des organes**

Les principes généraux que suscite la question des prélèvements d'organes sur une personne vivante imposent le respect tout d'abord de la religion (1), mais aussi, de certains principes éthiques (2).

### **1. La religion face au don d'organes**

Le christianisme, l'islam, le judaïsme, n'ont pas tous la même vision quant au prélèvement d'organes sur une personne vivante, même dans une même confession, nous trouvons des courants permissifs et d'autres plus restrictifs. Ainsi, nous allons commencer par analyser la position de la religion (a), avant de déterminer une exigence commune toute particulière qui concerne le respect de l'ordre public (b).

#### ***a. La position de la religion***

Le prélèvement d'organes n'est pas uniquement une question d'actualité sociale et juridique, mais plus encore, il touche aux convictions religieuses et aux prémisses morales de toute la société moderne. La règle générale qui gouverne en la matière est qu'aucune religion n'interdit formellement le don d'organe<sup>2</sup>, cependant des nuances existent pour chaque religion. C'est ainsi que pour le judaïsme, cette activité est en contradiction avec deux principes, qui sont tout d'abord l'interdiction de toucher aux cadavres, et ensuite, la prohibition de retirer les bénéfices des dépouilles. Cependant, le judaïsme permet de déroger à ces règles afin de sauver la vie d'une personne. Quant aux personnes vivantes, une obligation et un principe primordial règnent, celui du caractère sacré de la vie et par conséquent, du devoir fondamental de préserver et sauvegarder la vie humaine, malgré toute autre obligation et même loi.

Pour le christianisme, le don d'organes est admis en général, tant que les risques que devra encourir le donneur sont proportionnels aux bénéfices dont jouira le bénéficiaire et sera inscrit dans le cadre de l'amour, du partage et du don, qui sont les bases de la foi chrétienne. Cependant cette pratique n'est acceptée que si le donneur donne son consentement clair et précis. Plus encore, le don d'organe est interdit s'il entraîne la mort ou la défiguration du donneur. Cette même approche est confirmée en droit musulman, où il n'y a pas d'interdiction légale à la pratique du don d'organes. En effet, le respect

---

2. P. BRUZZONE, Article publié au site suivant : [http://www.nootdt.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=141&Itemid=33&lang=en](http://www.nootdt.org/index.php?option=com_content&view=article&id=141&Itemid=33&lang=en) Consulté le 23 février 2015.

de l'individu prime sur toute autre considération, et tant qu'il a pour but de sauver une vie en péril. Ainsi, chrétiens et musulmans favorisent le don d'organe tant qu'il est considéré comme une forme de solidarité humaine. Cependant, si dans ces trois religions, le prélèvement d'organes est permis, néanmoins, cette pratique devrait toujours respecter et être soumise à l'Ordre Public.

### *b. Le respect de l'Ordre Public*

Le prélèvement d'organes devrait toujours respecter l'ordre public. Cette notion, qui est difficile à cerner, est définie par Weill comme suit : « L'Ordre Public suppose un conflit au sein de l'Etat, entre deux sources de règles juridiques : la source principale, celle d'où dérivent les règles juridiques protégeant les intérêts généraux de la communauté nationale, et une source secondaire parlant au nom des intérêts juridiquement différents. Pour nous borner au droit civil, le conflit se présente entre les règles juridiques du droit national et les règles posées entre les particuliers par une convention, celle-ci valant loi dans les rapports entre les particuliers<sup>3</sup> ». Cette notion d'Ordre Public reflète donc la nécessité de réaliser un certain ordre et équilibre dans la société. Ainsi, toute convention qui porte sur le corps humain est considérée nulle, puisque le corps est hors du commerce et le respect et la sauvegarde de son intégrité vont de pair et relèvent de l'Ordre Public<sup>4</sup>. Mais ce principe n'est pas absolu, puisque ce qui est contraire à l'ordre public touche aux intérêts publics qui sont garantis. Ainsi, la convention portant sur le corps humain, n'implique pas tout de suite une atteinte à l'Ordre Public. D'autre part, le consentement du donneur ne justifie pas une telle intervention sur son corps, à moins que ça ne soit justifié par un intérêt thérapeutique vital et tant que l'Ordre Public et les bonnes mœurs sont préservés.

Par conséquent, le prélèvement d'organes devrait, non seulement être conforme aux principes imposés par la religion et les croyances, sous réserve de ne pas enfreindre l'Ordre Public, mais aussi, il devrait respecter la volonté des parties sous réserve de ne pas enfreindre certains grands principes fondamentaux.

---

3. A. WEILL, *Introduction générale au droit. Les obligations*, Dalloz, 1986, p. 286.

4. J. HEMARD, « Le consentement de la victime dans le délit de coups et de blessures », in *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, n° 15, 1939, p. 300.

## 2. Le respect des principes fondamentaux

L'obtention du consentement devient une nécessité et marque toute son ampleur grâce à son exigence comme condition à l'application des principes éthiques (a), mais aussi comme condition à la préservation de la gratuité et de l'anonymat des dons d'organes (b).

### a. Le consentement

L'obtention du consentement du patient est l'un des principes essentiels qui justifient tout acte et intervention sur le corps de la personne, que serait-ce si l'acte a pour objet de prélever des organes vitaux ? Le donneur vivant, ne peut, même avec son consentement prélever qu'un rein, la moitié du foie ou du pancréas, un seul poumon ou la moelle osseuse. Le consentement s'inscrit donc non seulement comme étant un principe éthique à respecter, mais plus encore, une condition essentielle à exiger.

### b. La gratuité et l'anonymat

En droit libanais, l'alinéa 3 de l'article 30 de la loi de 1994, telle que modifiée en 2012<sup>5</sup>, prohibe expressément le commerce des organes humains. Le corps humain devant être protégé et respecté dans son intégrité<sup>6</sup>.

Cet alinéa est renforcé dans son application par l'alinéa 4 de l'article premier du décret-loi numéro 109 qui exige le respect de la gratuité inconditionnelle en matière de prélèvement d'organes. En France, le Code civil (C. Civ.) consacre le principe de non-patrimonialité du corps humain, ses éléments et ses produits<sup>7</sup> ainsi qu'il interdit les conventions portant

- 
5. Loi n° 288 du 22 février 1994, publiée au J.O. n° 9 le 3 mars 1994, modifiée par la loi n° 240 du 22 octobre 2012, publiée au J.O. le 25/10/2012, n° 45, p. 4877 et s.
  6. C. D'AUTUME, « Vers un encadrement international du développement des sciences de la vie », in *Gaz. Pal.* 1996. 2. 784.  
S. Durrande, « Les héritiers du droit au respect », in *D.S.* 1989, p. 189.  
B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *D.S.* 1997, p. 185.  
R. Nerson, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », in *RTD civ.* 1970, p. 661.  
Pettiti L.-E., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », in *D.S.* 1997, p. 61.
  7. L'article 16-3 du C. civ. napoléonien dispose : « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

sur le corps humain<sup>8</sup>. Le principe de gratuité a pour fondement la notion de donation telle que réglementée par le C.O.C. de 1932 aux articles 504 et suivants et aux articles 893 et suivants du C. Civ. français ; la donation étant reconnue comme une cession de tout ou partie des biens sans contre-prestation correspondante. Ce principe de gratuité des dons effectués à partir du corps humain se présente comme corollaire du principe de la non-patrimonialité du corps, qui est affirmée en France, tant par le C. Civ.<sup>9</sup> que par le Code de la santé publique (CSP)<sup>10</sup>.

Tout comme la gratuité, l'anonymat se présente comme un des principes éthiques les plus importants en matière de dons d'organes, afin de préserver l'intimité du donneur s'il est vivant ou celle de sa famille en cas de son décès. Au Liban, le Code de déontologie médicale ne pose pas ce principe en tant que règle législative, contrairement à son équivalent français qui la consacre tant par le C. Civ.<sup>11</sup> que par le Code de la santé publique<sup>12</sup>.

Ces principes fondamentaux doivent dépasser ce seul cadre au Liban afin de devenir des règles législatives imposées par le législateur afin de préserver le caractère sacré de cette activité, ainsi que son aspect confidentiel, notamment pour éviter toute tension familiale. Tant que ces pratiques sont anonymes et surtout gratuites, le risque du trafic d'organes est contrôlé et limité. En effet, la mise en place d'un système contraignant et imposant des sanctions disciplinaires et pénales anéantirait la voie aux trafics de tous genres ou du moins, sèmerait suffisamment d'obstacles et d'embûches au travers de ces pratiques, de façon à les rendre plus ardues, plus risquées de

- 
8. L'article 16-5 du C. civ. napoléonien déclare nulles : « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits* ».
  9. L'article 16-6 du C. civ. napoléonien dispose : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* ».
  10. L'article L. 1211-4 du Code de la santé publique dispose « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits* ».
  11. L'article 16-8 du C. civ. napoléonien dispose : « *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ».
  12. L'article L. 1211-5 du Code de la santé publique français énonce : « *Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur; ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée* ».

sorte à rendre le prix à payer trop cher en termes de réputation, de peines d'emprisonnement et de pénalités pécuniaires. Après avoir analysé les principes généraux à l'utilisation et au don d'organes, il convient de préciser, à présent, les règles relatives au prélèvement d'organes.

## **B. Les règles relatives au prélèvement d'organes**

De toute évidence, il existe certaines divergences quant aux règles relatives au prélèvement d'organes entre le droit français et libanais, malgré que ce dernier soit fortement inspiré par le droit français.

### **1- Les règles de la loi française**

En France, la loi procède à une distinction entre le prélèvement sur une personne vivante majeure (a) et une personne vivante mineure ou faisant l'objet d'une protection légale (b).

#### ***a- La situation du majeur***

Il est possible de prélever une partie de l'organe chez une personne vivante sans aucun risque.

Il est intéressant de remarquer que les atteintes portées au corps d'une personne lors de prélèvement d'organes n'ont pas de bénéfice direct pour cette personne ni un intérêt thérapeutique pour elle. En effet, les prélèvements s'effectuent au profit du receveur uniquement ce qui contribue à renforcer la solidarité entre les hommes et les sentiments humains.

Le 22 décembre 1976 fut votée en France la loi n° 76-1181 dite loi Caillavet<sup>13</sup> du nom de son instigateur. Par cette loi, le consentement libre et exprès pour le prélèvement sur une personne vivante était obligatoire. En juillet 1994, trois lois dites de bioéthiques vinrent abroger la loi Caillavet. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, a apporté des améliorations à l'ancienne loi par des dispositions imposant le consentement libre et éclairé du donneur et évitant toutes les pratiques illicites touchant à l'intégrité physique de la personne. Cette loi vient renforcer les trois principes fondamentaux précités: la gratuité, l'anonymat et le consentement. Elle précise dans son article 16 qu'en cas de prélèvement d'organes sur une personne vivante, en vue de

---

13. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, in JO du 23 décembre 1976, p. 7365.

don, le consentement libre et écrit du donneur vivant est obligatoire et ce prélèvement doit être, impérativement, dans un but thérapeutique pour le receveur. Ce dernier doit être le père, la mère, le fils, la fille, le frère ou la sœur du donneur. En cas d'urgence le donneur peut être le conjoint.

A savoir qu'en cas de prélèvement d'organes sur une personne vivante, le consentement est révoquant à tout moment. Les termes de l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique français disposent que « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur. »

Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organes dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur.

Le donneur préalablement informé, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3, des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assurera au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et deuxième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tous moyens, par le procureur de la République. Le consentement est révoquant sans aucune forme précise et à tout moment.

L'autorisation prévue au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3.

Les prélèvements sur les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent également, sauf en cas d'urgence vitale, être soumis à l'autorisation de ce comité lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire.

L'Agence de la biomédecine est informée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante.

Par ailleurs, le Gouvernement remet au Parlement, tous les quatre ans, un rapport sur l'application du présent article, et notamment les dérogations autorisées au titre de son deuxième alinéa.

Par conséquent, l'information n'est pas réservée au donneur et la sollicitation du consentement est soumise à des procédures selon chaque cas.

Le comité déjà mentionné, est composé de cinq membres siégeant, composé de deux médecins, d'une personne spécialisée dans le domaine des sciences humaines et sociales, d'une personne spécialisée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et d'un pédiatre<sup>14</sup>. Concernant l'information, le donneur majeur ne faisant pas objet d'une mesure de protection légale, doit être informé sur les risques, les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement, ainsi que sur les répercussions éventuelles sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. L'information doit aussi porter sur les résultats attendus de la greffe pour le receveur. Après information du donneur, celui-ci doit consentir à l'acte de prélèvement. Le consentement doit être exprimé par écrit devant le président (ou son délégué) du tribunal de grande instance du domicile du donneur. L'écrit doit être signé par le donneur et par le magistrat. Lorsque ce dernier est loin de son domicile, le consentement est donné devant le tribunal de grande instance de son lieu de domicile ou devant le tribunal où se situe l'établissement qui effectue le prélèvement.

En cas d'urgence, le donneur adresse par tout moyen au procureur de la République un document signé, dans lequel il fait part de son consentement au don et atteste de la nature de son lien avec le receveur.

Le non-respect de ces règles est pénalement sanctionné par l'article 511-3 du Code pénal français qui dispose: « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et cinquième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue d'un don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de

---

14. Article L. 1241-3 CSP français.

protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique ».

L'article 511-5 ajoute : « Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1241-1 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende. Le fait de prélever sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale des cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sans avoir respecté les conditions prévues, selon le cas, aux articles L. 1241-3 ou L. 1241-4 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende ». La situation diffère en présence d'un mineur.

#### *b- La situation du mineur*

Aucun prélèvement d'organes, de tissus, de cellules et aucune collecte de produits du corps humain en vue de dons ne peut avoir lieu sur un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Toutefois, le prélèvement de moelle osseuse d'un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur est permis.

Antérieurement, la loi du 22 décembre 1976 disposait : « si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté ». Le décret du 31 mars 1978 prévoyait que : « si le mineur est capable de s'exprimer, le comité procède ou fait procéder à son audition, en ayant soin de ménager sa sensibilité. Il l'informe ou le fait informer sous son contrôle des conséquences que le prélèvement est susceptible d'entraîner.

Il peut le soumettre à tout examen utile ».

Sachant qu'en matière de prélèvement d'organes sur un mineur, si ce dernier l'accepte alors que l'autorité parentale le refuse, l'accord du mineur est sans valeur. Cependant, si l'autorité parentale autorise le prélèvement alors que le mineur le refuse, ce refus doit être respecté.

En 2004, un nouveau texte est venu réviser les dispositions de la loi de 1994 en modifiant les unes et en renforçant les autres. Ainsi, en application de l'article L. 1231-2 CSP, aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection. Les restrictions mises pour les incapables ont pour but de protéger cette catégorie de personnes faibles et dont le consentement n'est pas libre. Toutefois, nous remarquons que les



règles de prélèvement d'organes sont différentes des règles de prélèvement d'autres composants du corps ou organes. Nous prendrons l'exemple du prélèvement de sang ou de ses composants, l'article L. 1221-5 CSP prévoit que ce prélèvement ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué, à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible. Ce prélèvement nécessite l'accord écrit des deux parents. Cependant, le refus du mineur fait obstacle à la réalisation du prélèvement. De même, le prélèvement de tissus ou de cellules et la collecte de produits du corps humain en vue d'un don ne sont possibles sur les mineurs et les majeurs protégés (art. L. 1241-2 CSP).

L'article L. 1241-4 précise : « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale au bénéfice de son frère ou de sa sœur. Si la personne protégée fait l'objet d'une mesure de tutelle, ce prélèvement est subordonné à une décision du juge des tutelles compétent qui se prononcera après avoir recueilli l'avis de la personne concernée lorsque cela est possible, du tuteur et du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3.

Si la personne protégée fait l'objet d'une mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice et si le juge des tutelles compétent estime, après l'avoir entendue, que la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci est subordonné à une autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3, après recueil du consentement de l'intéressé dans les conditions prévues à l'article L. 1241-3. Hors les cas où la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci ne peut être pratiqué que dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article mentionné.

En l'absence d'autre solution thérapeutique, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être effectué sur une personne protégée au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce. Toutefois, seules peuvent faire l'objet d'un prélèvement, les personnes protégées qui font l'objet d'une mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice et qui ont été reconnues comme ayant la faculté de consentir au prélèvement par le juge des tutelles compétent après avoir été entendues par celui-ci. Le consentement sera recueilli et l'autorisation de prélèvement sera délivrée par le comité d'experts dans les conditions prévues au troisième

alinéa. Avant de formuler l'avis mentionné au deuxième alinéa ou de délivrer les autorisations prévues aux troisième et quatrième alinéas, le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 s'assurera que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur compatible au receveur.

Le refus de la personne protégée fait obstacle au prélèvement.

Par ces dispositions, nous remarquons tout d'abord que le consentement requis doit être un consentement formel effectué par écrit et qu'ensuite le consentement dans certains cas autorise le prélèvement et dans d'autres il ne joue aucun rôle et qu'enfin le prélèvement demeure interdit pour les mineurs et les majeurs protégés pour renforcer leur protection.

Cependant, l'article 19 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la bioéthique n'admet le prélèvement sur un donneur vivant que « si l'on ne dispose pas d'organe approprié d'une personne décédée, ni de méthode thérapeutique alternative d'efficacité comparable ».

Un autre cas de prélèvement spécifique est mentionné par l'article L. 1235-2 CSP. C'est le cas de prélèvement d'organe à l'occasion d'une intervention chirurgicale : « Les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale, pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation.

Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'utilisation ultérieure des organes ainsi prélevés est en outre subordonnée à l'absence d'opposition des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, dûment informés de l'objet de cette utilisation. Le refus du mineur ou du majeur sous tutelle fait obstacle à cette utilisation ».

D'après cette Convention : « Lorsqu'une partie du corps humain a été prélevée au cours d'une intervention, elle ne peut être conservée et utilisée dans un but autre que celui pour lequel elle a été prélevée que conformément aux procédures d'information et de consentement appropriées »<sup>15</sup>.

En France, seules les personnes inscrites sur une liste nationale peuvent bénéficier d'une greffe d'organes. C'est l'établissement français des greffes, établissement public de l'État, qui procède à l'enregistrement de l'inscription des patients sur la liste. Pour le donneur mineur, en cas de prélèvement de moelle osseuse, l'information est donnée à chacun des titulaires de l'autorité

---

15. Art. 22 de La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Oviedo 1997).

parentale ou au représentant légal. Le mineur doit être informé relativement à son âge et à son degré de maturité et de compréhension<sup>16</sup>.

Au Liban, la réglementation dans ce domaine reste succincte, quant à la pratique, elle est encore plus restreinte.

## **2. La situation en vigueur au Liban**

Le principe qui gouverne l'activité de prélèvement d'organes au Liban consiste en une interdiction de ce dernier; interdiction qui est toutefois tempérée (a), mais où le consentement connaît un formalisme particulier qui déroge aux règles générales du droit médical (b).

### ***a. Les règles générales***

L'article 192 du C.O.C. dispose : « est nul le contrat dont une obligation porte sur un objet illicite ou immoral. Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent donner lieu à une obligation. Toutefois, on doit tenir compte pour l'application de cette règle, de la relativité de la notion de commerce, certains biens répugnant à certaines opérations alors qu'ils se prêtent parfaitement à d'autres ». Comme tout contrat, la licéité de l'objet<sup>17</sup>, est imposée même en matière de prélèvement d'organes. Ainsi, la chose objet de l'obligation, ce sur quoi elle repose, doit être licite, suffisamment déterminée et dans le commerce. C'est justement la notion de l'objet qui permettra au juge d'évaluer la licéité de la convention. Ainsi que la collecte de sang, les prélèvements d'organes, de tissus, de cellules ou d'autres produits du corps humain sur la personne vivante ou décédée ne peuvent être pratiqués que dans les cas et les conditions définis par la loi<sup>18</sup>. Plus encore, le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, d'organes, de cellules ou d'autres produits du corps contre un paiement quelconque est sanctionné par le Code de déontologie médicale libanais qui prévoit à l'article 30, alinéa 3 que le commerce d'organes humains est complètement prohibé. Le droit libanais interdisant le don d'organes. Néanmoins, une exception existe en la matière, ce qui justifie que cette interdiction soit tempérée. Le Code de déontologie médicale tel que amendé par la loi de 2012 a subi de profondes modifications en matière de dons d'organes.

---

16. Art. R.1231-4 CSP français.

17. V. les articles 1126 et suivants du C. civ. français, et les articles 186 et suivants du C.O.C.

18. Code de déontologie médicale, art.16.

En effet, l'ancienne loi autorisait à l'alinéa 6 de l'article 30<sup>19</sup> le don d'organes dans un but thérapeutique. La nouvelle loi du 22 octobre 2012, réitère cette condition, et en prévoit d'autres, d'une importance particulière, que nous allons envisager dans le paragraphe qui suit. En ce qui concerne le décret-loi numéro 109 de 1983 relatif au prélèvement d'organes dans un but médical et scientifique<sup>20</sup>, comme son nom l'indique, il n'autorise cette pratique que pour des intérêts médicaux et scientifiques, et par conséquent il impose à son article premier, la majorité et le consentement libre et éclairé du donneur<sup>21</sup>. De plus, il impose au donneur majeur la consultation du médecin qui va réaliser ce prélèvement, et qui sera tenu de l'informer sur les conséquences et les risques d'une telle intervention.

### ***b. L'importance du formalisme du consentement***

Au Liban, le consentement des personnes intéressées était, sous l'empire de l'ancien Code de déontologie médicale, une condition essentielle afin de pratiquer le prélèvement d'organes. Ce qui est étonnant, c'est que la nouvelle loi de 2012 ayant modifié le Code de déontologie médicale, n'a pas repris expressément cette condition, mais l'a plutôt exigée en cas de prélèvement sur une personne décédée, imposant désormais l'expression au préalable de la volonté du défunt dans un testament ou le consentement de sa famille<sup>22</sup>. Sachant que, le décret-loi de 1983<sup>23</sup>, a imposé la majorité et le consentement libre et éclairé<sup>24</sup> du donneur. Généralement, le consentement ne revêt pas une forme particulière. Ainsi, il peut être écrit ou oral, exprimé ou tacite. Citons par exemple, la loi italienne relative à la transplantation de reins de

19. L'article 30 alinéa 6 de l'ancien Code de déontologie médicale libanais dispose : « *Le prélèvement d'un organe est autorisé chez une personne vivante, majeure, jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti par écrit devant témoin, après avoir été informée des conséquences du prélèvement.*

*Il est interdit d'encourager un donneur à donner un organe dont l'ablation mettrait sa vie en danger.*

*Le prélèvement d'organe à partir d'un cadavre est autorisé à condition que, de son vivant, le défunt ait autorisé ce prélèvement, ou après accord de sa famille et cela pour des fins thérapeutiques ou scientifiques ».*

20. Loi du 16 septembre 1983, n° 10.

21. D. TOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain. Pas un individu biologique » in *LPA*, n° 149, 1994, p. 28.

22. Loi n° 288 du 22 février 1994, publiée au J.O. n° 9 le 3 mars 1994, modifiée par la loi n° 240 du 22 octobre 2012, publiée au J.O. le 25/10/2012, n° 45, p. 4877.

23. Décret-loi n° 109 du 16 septembre 1983, n° 1059.

24. D. TOUVENIN, n° 1, p. 28.

1967<sup>25</sup> qui exige au donneur d'exprimer son consentement par un document qui se présente au juge responsable. De plus, le droit Koweïtien, exige que le don soit fait par écrit en présence de deux témoins, et tandis que le droit se contente de l'obtention du consentement écrit et clair.

Quant au décret-loi de 1983<sup>26</sup>, il impose le consentement du bénéficiaire et non seulement celui du donneur. Ainsi, l'opération d'implantation ne pourra avoir lieu sans l'accord préalable du bénéficiaire de l'opération. De la sorte, le refus du bénéficiaire aura pour conséquence naturelle l'engagement ou non de la responsabilité du médecin. Ainsi, si le bénéficiaire insiste sur le refus d'opérer la transplantation, le médecin sera exonéré de toute responsabilité à cet égard en prouvant le refus du patient par écrit malgré son importance cruciale pour son état de santé. C'est ainsi qu'un problème se pose à ce niveau, d'une part le droit au refus de soins et d'autre part, la nécessité d'obtenir le consentement du bénéficiaire d'une transplantation d'organe en cas de coma ou de perte de conscience ou en cas de nécessité<sup>27</sup> et où la seule façon de lui sauver la vie nécessite le recours à la transplantation. La volonté du législateur, étant d'imposer le consentement préalable et écrit du bénéficiaire sans aucune dérogation, afin de limiter et d'interdire aux médecins toutes enfreintes à la loi.

L'obligation d'information revêt une importance particulière en la matière, où elle devrait être plus étendue et plus sensible et délicate que dans tout autre domaine du droit médical. Plus encore, c'est à la base de l'information que le donneur et le bénéficiaire décideront ou non d'effectuer le prélèvement.

Le Liban, face à la sensibilisation générale au don d'organe, a institué en 1999, un Comité national pour le don et la greffe des organes et des tissus. En 2009, les choses se sont améliorées suite à un protocole de coopération entre le gouvernement espagnol d'une part, et le gouvernement libanais représenté par le ministère de la Santé et l'Organisation nationale pour le

---

25. Loi italienne n° 458, publiée le 26 juin 1967 relative à la transplantation de reins, citée au site suivant : [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/05\\_organ\\_transplantation\\_en/CDBI\\_INF\(2003\)11rev2fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/activities/05_organ_transplantation_en/CDBI_INF(2003)11rev2fr.pdf)  
Consulté le 24 février 2015.

26. Décret-loi n° 109 du 16 septembre 1983, n° 1059.

27. L'état de nécessité est défini à l'article 229 du Code pénal libanais ainsi « *N'est pas punissable l'acte nécessaire pour détourner de soi-même ou d'autrui, ou d'un bien appartenant à soi-même ou à autrui, un péril grave, imminent et qu'on n'avait pas volontairement fait naître, pourvu que l'acte soit proportionné au péril* ».

don et la greffe des organes et des tissus d'autre part, qui ont mis en place et établi une structure nationale pour le don d'organes<sup>28</sup>.

Il n'est pas sans intérêt de signaler qu'au Liban, le décret-loi du 16 septembre 1983 et le Code de déontologie médicale ne traitent pas la question du lien exigé entre le donneur et le receveur. Ainsi pour le Code de déontologie médicale, le prélèvement d'organe est autorisé chez une personne vivante, majeure, jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti par écrit devant un témoin, après avoir été informée des conséquences du prélèvement.

Il est interdit d'encourager un donneur à donner un organe dont l'ablation mettrait sa vie en danger<sup>29</sup>. Cependant, le 21 juin et le 10 octobre 1996, le Comité de bioéthique de l'ordre des médecins a proposé deux amendements aux termes desquels :

« Le receveur d'un prélèvement de tissus ou d'organe humain à partir d'un corps vivant doit être génétiquement apparenté au donneur. Il doit avoir qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur (relation de parenté jusqu'au 3<sup>e</sup> degré).

En cas d'urgence et exceptionnellement quand le receveur ne peut envisager une donation provenant d'une personne génétiquement apparenté, le donneur peut être, le conjoint ou une personne émotionnellement liée avec qui un lien étroit et durable a été établi d'une façon indiscutable ».

« Le donneur et le receveur doivent avoir la même nationalité. Ils peuvent cependant être de nationalités différentes, quand ils sont liés génétiquement jusqu'au 1<sup>er</sup> degré (père, mère, frère, sœur, fils, fille, oncle, tante) ou quand ils sont émotionnellement liés (époux...) ».

Ces amendements ne furent pas retenus. Et le Ministre de la santé précisa qu'il n'intervient pas dans l'approbation ou la non-approbation des transplantations rénales et laisse aux médecins seuls le soin de la bonne estimation de chaque cas séparément après les avoir soumis au Comité d'éthique de l'hôpital concerné. Nous souhaitons donc une intervention rapide du législateur à cet égard afin de trancher cette question et éviter toutes les mauvaises interprétations.

---

28. Pour plus de détails sur le Comité national pour le don et la greffe des organes et des tissus au Liban, sa création, son organisation et ses activités, V. : [http://nootdt.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=156&Itemid=4&lang=en](http://nootdt.org/index.php?option=com_content&view=article&id=156&Itemid=4&lang=en)  
Consulté le 24 Février 2015.

29. Art. 30 (al.6) du Code de déontologie médicale libanais (Loi n° 288 du 22 février 1994).

Concernant l'identification des parties, la règle au Liban est la même qu'en France ; aucune information permettant l'identification à la fois du donneur et du receveur ne peut être divulguée.

Par cette règle, le législateur a voulu écarter toute possibilité de recours éventuel à l'encontre du receveur ou du donneur et d'écarter toute possibilité de commerce d'organes.

En matière de prélèvement d'organes sur une personne décédée, nous constatons une différence nette des règles libanaises et françaises.

## **Paragraphe2 : Les règles juridiques relatives au prélèvement sur une personne décédée**

Si le consentement éclairé du donneur en cas de prélèvement sur une personne vivante s'avère être nécessaire, cette obligation ne se pose plus en cas de prélèvement sur une personne décédée. D'où un problème se pose, pouvons-nous prélever les organes d'une personne décédée sans aucune condition ni contrainte ? Afin de répondre à ce problème, il est essentiel tout d'abord d'aborder les principes en vigueur (A), puis de déterminer le cadre juridique relatif au prélèvement sur une personne décédée (B).

### **A. Les principes en vigueur**

Le don d'organes a largement contribué à la sauvegarde de la vie de centaines, voire de milliers de personnes. Malgré ce constat, le nombre de greffes d'organes n'est pas assez abondant puisqu'il n'y a pas suffisamment d'organes et de tissus à donner face à la demande existante. Ce fait a poussé les médecins à recourir aux cadavres afin de combler la pénurie des organes humains. Les personnes décédées sont désormais devenues la source principale pour le don d'organes. Cependant, la première règle ou principe qui se pose en la matière est la nécessité d'un constat de mort (1), que nous allons analyser tout d'abord, et ensuite, la nécessité du consentement (2).

#### **1. La nécessité d'un constat de mort**

Afin de constater de façon irrévocable la mort, il faut préciser tout d'abord la définition de la notion de mort (a), avant de déterminer par la suite, le critère déterminant de l'instant du décès (b).

##### ***a. La définition de la mort***

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée a été admis et réglementé dans plusieurs pays sous certaines conditions. Quand nous

parlons de prélèvement d'organes sur une personne décédée, ceci suppose à l'évidence le constat d'une mort<sup>30</sup>, avant de procéder à n'importe quel acte médical. De la sorte, se pose le problème de la définition médicale et juridique de la mort, vues les importantes conséquences juridiques que pose la détermination de l'instant de la mort, notamment sur les successions<sup>31</sup>.

Au Liban, l'article premier du décret-loi de 1984 relatif à l'application du décret-loi de 1983<sup>32</sup> se rapportant au prélèvement de tissus et d'organes humains pour des motifs thérapeutiques et scientifiques, précise cette notion de mort, en considérant que la personne est réputée décédée quand s'arrête de fonctionner de façon irréversible son système circulatoire ou le travail du cerveau et du tronc cérébral. De la sorte, et conformément à cette définition, la personne est morte par le constat d'un arrêt total du travail du cœur, qui est l'organe essentiel et moteur de la circulation sanguine. Cette définition, quoi que juridique va à l'encontre de la position récente de la médecine. En effet, à travers les différentes méthodes de réanimation, tel que les chocs électriques ou autres, le cœur peut être réanimé, et fonctionner de nouveau normalement, comme si rien ne s'était passé. En ce qui concerne l'arrêt des fonctions du cerveau et du tronc cérébral, aussi, ceci n'entraîne pas la mort immédiate puisque dans de tels cas, le cœur peut toujours battre et fonctionner malgré l'absence du travail du cerveau, nous parlons alors d'état végétatif.

En France, le prélèvement d'organes ne peut être effectué sur une personne décédée qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques<sup>33</sup>. Cette pratique obéit à un ensemble de conditions prévues aux articles L.1232-1 et suivants et R.1232-1 et suivants du Code de la santé publique français. Toutefois la mort doit être constatée grâce à un critère bien déterminé et déterminant.

### *b. Le critère déterminant de l'instant du décès*

En France, afin de garantir l'impartialité des médecins, le législateur impose que les médecins effectuent le constat de mort. Plus encore, ceux établissant les prélèvements doivent appartenir à deux services différents.

30. Patrick DE GOUSTINE, *La détermination de la mort en droit positif*, in R.D.S.S. 1990, p. 597.

31. Ibrahim NAJJAR, *Droit patrimonial de la famille, droit matrimonial, successions*, 3<sup>e</sup> éd. 2003.

32. Décret-loi n° 109 du 16 septembre 1983, n° 10.

33. Philippe PEDROT, *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, ellipses, 2006, Vis : « Prélèvement d'organes », p. 348.



Par ailleurs, la loi<sup>34</sup> exige pour le constat de mort, la réunion de trois critères à savoir l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral, l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, et enfin l'absence totale de ventilation spontanée. En Amérique et dans certains pays du Moyen-Orient, comme notamment en Egypte, le critère actuel afin de déterminer le constat de mort, repose sur l'instant de décès des cellules du cerveau de façon irréversible, même si le cœur continue son travail, puisque de toute façon, cet organe peut survivre par réanimation. Cependant, en dépit d'un constat de mort, affirmé par les critères prévus par les législateurs de chaque pays, le prélèvement d'organes ne peut être effectué sur des personnes décédées, qu'après avoir recueilli au préalable leur consentement clair ou présumé. Or, la situation au Liban se démarque nettement de celle en vigueur en France, où, réside le principe du consentement présumé.

## **2. La nécessité du consentement**

En France, les prémisses de la loi sur le don d'organes furent posées par la loi Caillavet de 1976<sup>35</sup>. En effet, cette loi pose le principe du consentement présumé de la personne sur laquelle le prélèvement d'organes a lieu suite à son décès (a), ce qui se démarque nettement de la situation en vigueur au Liban. (b).

### ***a. Le consentement présumé en France***

En France, la règle en la matière, telle que prévue par la loi Caillavet<sup>36</sup>, est celle du consentement présumé de la personne. Cette optique du législateur a pour objet de favoriser les prélèvements d'organes, en ne laissant pas aux parents par exemple la faculté de choisir après le décès de leur fils, puisque souvent, leur émotion les empêchera de procéder à de tels actes. De la sorte, le législateur tend à faire développer la science et la médecine et prolonger les vies en favorisant le prélèvement d'organes sur personnes décédées. Cela veut dire que toute personne est considérée

---

34. Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et publié au Code de la santé publique français.

35. Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 dite loi Caillavet, publiée au JO de la République française le 23 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques, abrogé par les lois n° 94-653 et 94-654, du 29 juillet 1994 publiées au JO de la République française le 30 juillet 1994, p.11060.

36. ID, n° 35.

de façon présumée avoir accepté le prélèvement d'organes quand son décès survient, tant qu'elle n'a pas manifesté son refus de son vivant. « La loi Caillavet avait consacré une présomption de consentement faisant de tout individu un donneur potentiel d'organes pour après sa mort<sup>37</sup> ». Cette loi fut abrogée par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994<sup>38</sup>, qui n'ont tout de même pas modifié la présomption de consentement au prélèvement d'organes post mortem, et qui fut même consacrée par le Code de la santé publique français à l'article L.1232-1 qui dispose : « ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement ». Néanmoins, ce principe n'est pas sans limites, puisque la loi impose le consentement écrit au niveau de certains domaines d'application, tel par exemple en cas d'autopsie clinique<sup>39</sup> ou des prélèvements effectués à des fins scientifiques<sup>40</sup>. Enfin, si le consentement présumé est le principe, toute personne a le droit d'y déroger en manifestant de son vivant, son refus de prélever ses organes après sa mort. Ainsi, la présomption de consentement n'a pas un caractère absolu, et ne s'applique donc que si « la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus du prélèvement<sup>41</sup> ». La loi précise que le refus devrait être indiqué sur « un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret pris en Conseil d'Etat<sup>42</sup> ».

En Belgique, la loi du 13 juin 1986 a admis le principe du consentement présumé du défunt à condition que celui-ci n'ait pas exprimé son refus de son vivant. Contrairement à d'autres pays comme le Liban, l'Allemagne, l'Italie... où la loi n'autorise le prélèvement que si la personne avait, de son vivant, explicitement consenti au prélèvement.

---

37. *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies* : éd. législatives, tome I, II, 2003, p. 1513.

38. Lois du 29 juillet 1994, n° 94-653 et 94-654, publiées au JO de la République française le 30 juillet 1994, p. 11060.

39. Article L.1232-3 du Code de la santé publique français.

40. Article L.1232-1 et 2 du Code de la santé publique français.

41. Article L.1232-1 du Code de la santé publique français.

42. Article L.1232-1 du Code de la santé publique français.

### ***b. Le consentement au Liban***

L'article 2 du décret-loi du 16 septembre 1983 relatif au prélèvement d'organes dans un but médical et scientifique exige à titre de conditions pour le prélèvement d'organes sur personne décédée, l'obtention du consentement préalable du défunt par testament, ou par tout autre acte écrit, soit par l'acquisition de l'accord de la famille du défunt. Par conséquent, nous déduisons que le silence de la personne ne vaut pas acceptation, au contraire, si le donneur n'a pas exprimé de façon claire, nette et précise sa volonté de donner ses organes à titre gratuit de son vivant, cela veut dire qu'il a refusé cet acte. Néanmoins, ce droit passe à sa famille et ses héritiers, qui peuvent à leurs tours accepter le prélèvement. Cependant, si la personne exprime clairement, de son vivant, son refus catégorique d'effectuer un prélèvement, sa volonté devrait être respectée à la lettre.

L'article 4 du décret-loi ajoute que le fait d'ouvrir le cadavre pour un but scientifique, est admis et durant ce processus, il est permis de prélever les tissus et organes du corps du défunt sous les conditions cités dans l'article 2.

Si le cadavre du défunt est l'objet d'une enquête judiciaire, le prélèvement ne peut avoir lieu que par accord de l'autorité judiciaire.

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée a été aussi mentionné dans le code de déontologie médicale libanais (loi n° 288 du 22/2/1994). L'article 30 al.6 de ce code autorise le prélèvement d'organes à partir d'un cadavre à condition que, de son vivant, le défunt ait autorisé ce prélèvement ou après accord de sa famille et cela pour des fins thérapeutique ou scientifique. Notons que toute personne peut de son vivant remplir auprès de l'organisation nationale pour le don et la greffe des organes et des tissus (NOOTDT) une carte de donneur qui exprime sa volonté claire de prélever ses organes en cas de décès. Cependant, malgré cette carte, le consentement de sa famille reste indispensable à moins qu'il ne passe par devant notaire pour qu'il certifie la carte en présence de deux témoins. C'est dans ce seul cas que son consentement devient irrévocable.

Ainsi nous remarquons qu'au Liban, le consentement présumé ne peut pas autoriser le prélèvement sur un cadavre.

### **B. Les règles relatives au prélèvement d'organes**

A l'instar de l'étude des règles relatives au prélèvement d'organes sur une personne vivante, il faut déterminer à présent, le cadre juridique du prélèvement sur une personne décédée. Ce qui nécessite d'élaborer d'une

part le principe qui règne en la matière (1), et d'énoncer, d'autre part, les dérogations à ce principe (2).

## 1. Le principe

Le principe en la matière est celui de la prohibition du prélèvement sur une personne décédée (a), et ce principe ne manque certainement pas de justifications (b).

### *a. La prohibition du prélèvement*

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'article L.1232-1 du Code de la santé publique français, n'admet le prélèvement d'organes sur une personne décédée que dans des conditions bien précises : « Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi. Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille». Ainsi, la personne qui entend s'opposer à un prélèvement peut exprimer son refus notamment par l'inscription de sa volonté sur le registre national automatisé. Elle peut également refuser le prélèvement, par d'autres moyens : papier dans son portefeuille, information dans ses poches... C'est ainsi que le refus peut porter sur tout prélèvement ou être limité à certaines catégories de prélèvement. Plus encore, une personne est admise dans un hôpital qui est autorisé à effectuer des prélèvements après décès, peut changer d'avis, et exprimer son refus dans le registre de l'hôpital. Cependant, si cette personne ne pouvait pas s'exprimer et d'infirmier ou de confirmer son consentement, toute indication recueillie qui laisse croire qu'elle entend s'opposer à un prélèvement, sera prise en compte et précisée dans le registre de l'hôpital. Les membres de la famille, les proches ou toute autre personne pouvant témoigner de cette opposition peuvent également le consigner dans le registre.

### *Les justifications*

Bien que les prélèvements d'organes sur une personne décédée représentent en France 95 % des prélèvements<sup>43</sup>, nous ne pouvons que nous

---

43. *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies*, n° 37, p. 1514.

interroger sur l'atteinte à l'intégrité du cadavre qu'ils engendrent. Il s'agit de respecter la dépouille de la personne décédée et de ne pas agir *post mortem* de telle manière que sa volonté déclarée expressément ou implicitement de son vivant soit bafouée après sa mort. A ce stade, nous ne pouvons que nous poser la question suivante : quelle utilité aurait une personne décédée pour des organes qui finiront par se décomposer avec le reste de son enveloppe charnelle ? Pourquoi ne pas généraliser l'autorisation de prélever des organes si cela pouvait aider à sauver des vies ou bien faire avancer la recherche scientifique ? La réponse est sûrement d'ordre moral et tient au respect de la volonté du défunt, tel le testament qui doit être observé. D'un point de vue juridique, l'article 16-3 du Code civil dispose : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Plus encore, l'article 225-17 du Code pénal précise : « Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15,000 euros d'amende ».

Dans la société libanaise, rares sont les personnes qui acceptent un prélèvement même après la mort. Mais à quoi vont servir leurs organes après la mort, si ce n'est que pour aider d'autres à voir, à respirer, à voir battre leur cœur et donc à vivre ? Les gens s'attachent aux choses temporelles et matérielles même si elles sont vouées à se décomposer et disparaître après leur mort. Le Liban gagnerait à poursuivre une campagne de sensibilisation aux bienfaits du don d'organes dont la finalité serait de sauver des vies, de donner espoir à des malades, de permettre à un aveugle de voir la lumière du jour. Cette mutilation apparente du corps périssable est en réalité un geste de générosité ultime qui permettrait au donneur une pérennité à travers la survie de l'un de ses organes auprès d'un receveur qui en avait tant besoin. Le législateur français en posant comme règle générale le principe du consentement présumé, a voulu favoriser cet acte de bienfaisance, et nous souhaitons que son homologue libanais soit plus permissif à ce niveau, parce que tout d'abord les personnes au Liban n'ont pas encore pris l'habitude de rédiger des testaments dans le but de faire un don d'organes et ensuite la carte du donneur ne suffit pas comme nous l'avons déjà évoqué.

## **2. Les dérogations**

Nous allons aborder d'une part l'acceptation du prélèvement pour des fins scientifiques ou thérapeutiques (a) avant de préciser les conditions prévues (b).

***a. L'acceptation du prélèvement pour des fins scientifiques ou thérapeutiques***

Beaucoup de vies ont été sauvegardées grâce au don anonyme d'organes. La volonté de ces personnes de faire bénéficier une autre si leur vie prenait fin subitement était expressément formulée et enregistrée. Ces donateurs déclarés sont plutôt rares, puisque personne ne songe à sa propre fin prématurée. Ainsi, l'obligation s'impose au médecin de recueillir le témoignage des proches et de s'assurer par tout moyen que le défunt, de son vivant, n'avait pas formulé une opposition au don d'organes. Il n'est en effet pas rare de voir l'objection des proches sur un don par respect au défunt, pourtant ce dernier n'avait jamais exprimé un refus de son vivant. L'article L.1232-1, alinéa 2 du Code de la santé publique français, rétablit l'équilibre en la matière, les proches étant désormais invités à répondre à la question suivante : le défunt avait-il exprimé à un moment ou un autre un refus quant au don d'organes ? Si la réponse est négative, et que les conditions nécessaires sont réunies, alors le médecin peut procéder au prélèvement. Ainsi les proches n'ont pas eu à autoriser l'acte explicitement, ils ne l'ont pas opposé implicitement. Le prélèvement d'organes est donc autorisé quand il répond à des fins thérapeutiques et scientifiques mais à condition qu'il soit en conformité avec la volonté du défunt, mais trois conditions doivent toutefois être réunies pour légitimer l'acte.

***b. Les conditions prévues***

Tout d'abord, la mort doit être dûment constatée et le procès-verbal de constat de la mort doit être établi par deux médecins qui appartiennent à un service différent de celui qui va effectuer le prélèvement tel que précisé à l'article L.1232-4 du Code de la santé publique français. Ensuite, la finalité du prélèvement doit être clairement établie. Ainsi l'article L.1232-1 du Code de la santé publique vise les finalités scientifiques et thérapeutiques, alors que l'article L.1232-2 du même code précise le cas de la recherche de la cause du décès. Enfin, le consentement doit être obtenu.

Les importants changements et les progrès réalisés dans tous les domaines ont presque bouleversé notre société et ont contribué à l'évolution des codes juridiques, plus particulièrement dans le domaine de la santé. Dans l'antiquité, l'entrée même volontaire d'un malade dans une clinique signifiait nécessairement l'acceptation de tous les traitements que le médecin décide de lui faire subir.

Désormais, nous vivons un mouvement en faveur des droits du patient et d'une plus grande prise en compte de son autonomie, notamment par son

droit d'être loyalement informé et son droit de librement consentir à toute intervention médicale qu'elle soit à but thérapeutique ou scientifique, ce qui l'assimile de plus en plus à un consommateur de soins.

Le principe fondamental, étant l'inviolabilité de l'intégrité et la dignité de la personne. Ce qui implique qu'avant toute intervention sur une personne qu'elle soit thérapeutique ou non, le médecin doit obtenir son consentement conscient, éclairé et libre après l'avoir bien informé. Cependant, malgré une information très claire et complète, nous constatons une hésitation profonde de la personne en ce qui concerne le don d'organes bien que ce don soit un geste de solidarité humaine et sociale et de grande générosité.

Par cette étude, nous mettons l'accent sur l'importance du sujet du « don d'organes », qui malgré la promulgation de plusieurs lois et règlements et malgré les directives établies et les efforts élaborés de la société civile au Liban, ce sujet, si important en France, n'est pas encore très connu et appliqué au Liban.

En effet, l'organisation NOD<sup>44</sup> a élaboré un projet de loi à cet effet qui comble toutes les lacunes du système libanais et ce projet qui a été approuvé par toutes les autorités responsables, attend toujours sa publication officielle pour entrer en vigueur. Cependant, ce projet ne couvre pas les amendes en vigueur actuellement s'avèrent très minimales par rapport à l'infraction commise.

Nous espérons donc, après l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi une tentative de modification du Code pénal en ce qui concerne les amendes dans le domaine du don d'organes.

Une autre difficulté pratique surgit au Liban quant à l'application et l'évolution de ce domaine. C'est notamment le manque de moyens, d'ambulances spécialisées et d'équipes médicales entraînées pour pouvoir déplacer les personnes victimes d'accidents ou de mort spontanée sur les routes jusqu'aux hôpitaux d'une façon à ce que les organes restent viables. Donc en raison de l'absence de tels moyens avancés, le prélèvement sur les décédés dans les accidents de la route se résumait aux tissus seulement cornées. A noter aussi que le déplacement des organes transplantables à part la technique, a besoin d'équipements trop coûteux que la NOOTDT ne peut pas supporter sans le financement de l'Etat libanais.

---

44. National Organization for Organ and Tissues Donation and Transplantation.

Sans vouloir critiquer le système libanais mais uniquement, la dans le but de mettre en lumière les lacunes et les points faibles du système de la pratique à ce sujet, mais aussi de lancer un cri de solidarité afin de sensibiliser la société sur l'importance de ce sujet et de réaliser une certaine prise de conscience sur la nécessité d'agir !

La perte d'un être cher est une épreuve difficile, d'autant plus lorsque le décès survient subitement. Cependant, le don d'organes permet à la vie de se poursuivre d'une autre manière.

Malheureusement, notre société libanaise n'accorde pas beaucoup d'importance à la valeur du don d'organes. Il faudrait que ce domaine devienne au centre des intérêts de l'État. L'État doit prendre des initiatives en augmentant les campagnes de sensibilisations auprès des citoyens et du personnel hospitalier et en finançant plus ce secteur car malgré tous les efforts élaborés par notre société et notamment par la NOOTDT, seule organisation au Liban active dans ce domaine, les personnes sont encore ignorantes de ce sujet.

La solution qui peut paraître claire et simple à certains égards, n'est pas une tâche facile. Ceci est dû à la démographie Libanaise et à la diversité des religions présentes. Le pluralisme religieux et culturel dans un pays de très petite superficie où coexistent dix-huit communautés religieuses faisant obstacle à l'unification des lois applicables relevant parfois du statut personnel et des autorités religieuses.

Comment pouvons-nous appliquer une loi commune à des personnes appartenant à des religions et rites différents ayant chacune des principes, des croyances et des convictions différents de l'autre ?

Ainsi : « Chacun de nous peut devenir un héros pour une personne qui se bat pour sa vie. Un héros du don d'organes !<sup>45</sup> ».

---

45. <http://www.unjourunevie.fr/limportance-du-don-dorganes/> Consulté le 24 février 2015.



## **BIBLIOGRAPHIE**

- BINAME G., « La xénotransplantation », in *Journal international de bioéthique*, Vol. 6, 1995, p.117.
- D'AUTUME C., « Vers un encadrement international du développement des sciences de la vie », in *Gaz. Pal.* 1996, p. 2. 784.
- DE GOUSTINE Patrick, La détermination de la mort en droit positif, in *R.D.S.S.* 1990, p. 597.
- Dictionnaire permanent de bioéthique et biothechnologies : éd. législatives, tome I, II, 2003.
- DURRANDE S., « Les héritiers du droit au respect », in *D.S.* 1989, p. 189.
- EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *D.S.* 1997, p. 185.
- HEMARD J., « Le consentement de la victime dans le délit de coups et de blessures », in *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, n° 15, 1939, p. 300.
- NAJJAR Ibrahim, *Droit patrimonial de la famille, droit matrimonial, successions*, 3<sup>ème</sup> éd. 2003.
- NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », in *RTD Civ.* 1970. 661.
- PEDROT Philippe, *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, paris, ellipses, 2006.
- PETTITI L.-E. : « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », in *D.S.* 1997. 61.
- TOUVENIN D., « La personne et son corps : un sujet humain. Pas un individu biologique » in *LPA.* n° 149, 1994.28.
- WEILL A., *Introduction générale au droit. Les obligations*, Dalloz, 1986.
- <http://www.nootdt.org>.



# Business Law and Environment, the Lebanese experience

## Droit des affaires et environnement. L'expérience libanaise<sup>1</sup>

---

*Gaby Chabine, Docteur en droit, Juge judiciaire, Professeur des Universités*

### **Abstract**

The Lebanese law encompasses measures specifically dedicated to environment protection. Several hundred texts related to environmental concerns were identified by the Ministry of Environment. However, the founding text of the Lebanese environment law remains Statute No. 444 of 2002. This Statute provides the general principles of legal policy thereof. Among these principles: the precautionary and preventive actions occupy an essential place.

But what is the impact of these measures on investment and business?

The article provides an overview before making an assessment of this experience.

- 
1. Intervention au séminaire « Droit des affaires, droits fondamentaux et développement économique » organisé conjointement par l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF) et l'Université Senghor (Alexandrie-Egypte) dans le cadre de l'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient (EDDMO), du 17 au 19 février 2015.

Monsieur le Professeur Albert Lourde, recteur de l'Université Senghor,

Madame le Professeur Leila Saadé, Présidente de l'EDDMO,

Monsieur le Professeur Hervé Sabourin, directeur régional de l'AUF,

Chers collègues enseignants, juges, et doctorants,

Permettez-moi d'abord de vous exprimer ma profonde gratitude pour m'avoir offert l'opportunité de participer à cette grande manifestation scientifique.

Mesdames et Messieurs,

Au cœur de cette époque, ô combien triste et terrible, notre si cher Moyen-Orient n'a besoin que de science, de culture... et de beaucoup d'espérance<sup>2</sup> (!).

(...) Mais passons maintenant à nos propos.

\*\*\*\*

*« Nous n'héritons pas de la terre de nos parents,  
nous l'empruntons à nos enfants »*

Antoine de Saint-Exupéry

Un abîme sémantique semble séparer les vocables dont il s'agit dans nos développements: affaires et environnement.

Le terme *affaires* renvoie, presque systématiquement, à la quête du profit, le profit le plus grand...encore et encore. L'expression *environnement* semble suggérer, quant à elle, une démarche généreuse, un comportement altruiste...une vision quasi romantique (!).

Le poids des mots est à cet égard fort significatif.

Or, comme l'exprime si bien Henry FORD, le grand entrepreneur américain du début du XX<sup>e</sup> siècle, *« l'entreprise doit faire des profits, sinon elle mourra. Mais si l'on tente de faire fonctionner une entreprise uniquement sur le profit, alors elle mourra aussi (...) »*

---

2. L'auteur fait allusion à la triste annonce du martyr des vingt-deux travailleurs coptes – massacrés par la barbarie et l'ignorance en Lybie – et qui a coïncidé avec le jour de l'ouverture des travaux du séminaire.

Pendant longtemps, le souci environnemental était considéré comme l'antonyme du développement économique, de la croissance. Cette mentalité, héritée de l'après-guerre à l'époque où les économies dites occidentales et celles du Japon pourchassaient frénétiquement le rêve de la croissance infinie, commence heureusement à bouger.

De nos jours, l'Homme commence à comprendre qu'il n'est guère possible de poursuivre la recherche du développement et du profit illimité sur une planète aux ressources naturellement limitées.

Nos sociétés commencent à comprendre qu'il serait possible de concilier développement et protection de l'environnement.

Aussi, notre intervention aux travaux de cette assemblée s'inscrit dans cet ordre d'idées. Nous allons exposer, dans le respect des contraintes issues de l'emploi du temps, l'expérience libanaise en matière de droit de l'environnement en dressant un état des lieux puis en tirant un bilan.

## L'état des lieux

Le ministère libanais de l'environnement dénombre dans notre pays pas moins de 730 textes normatifs relatifs à l'environnement. Une véritable « *nébuleuse environnementale*<sup>3</sup> » complexe et protéiforme<sup>4</sup>.

Cependant, l'émergence d'un véritable droit autonome de l'environnement au sein de notre système juridique demeure une donnée relativement récente<sup>5</sup>. Ainsi, il a fallu attendre 2002 pour voir émerger une loi, symbolique certes (*symbolic act*), mais aussi à vocation pratique, entièrement dédiée à la protection de l'environnement.

- 
3. Jean UNTERMAIER, Hyam MALLAT (sous la direction de Nadine Nassif), *Droit de l'environnement*, ouvrage édité par l'UNDP – Liban, 2010, p. 13.
  4. Pour une bibliographie sommaire sur le droit libanais de l'environnement, nous pouvons indiquer :
    - Jean UNTERMAIER, Hyam MALLAT (sous la direction de Nadine Nassif), *Droit de l'environnement*, ouvrage édité par l'UNDP – Liban, 2010.
    - Y. KHALIL, *Les établissements dangereux, insalubres et incommodes en droit libanais*, éditions Economica, 1991.
  5. Le ministère du Plan avait déjà constitué, dès 1971, une commission et un groupe de travail afin de projeter les bases d'une législation environnementale d'ensemble. Cette tentative fut abandonnée suite à un changement politique. La même tentative a été par la suite lancée en 1995 sans plus de succès.

La lecture de cette fameuse loi n° 444/2002 du 29 juillet 2002 révèle rapidement l'attachement du législateur libanais aux standards internationaux de protection de l'environnement. En réalité, notre droit a fait siens les principes du droit international de l'environnement et s'est également inspiré – comme par fidélité à une tradition désormais centenaire – des règles et dispositions du Code français de l'environnement.

Nous allons examiner dans un premier temps l'évolution et les sources du droit libanais de l'environnement, avant d'exposer, dans un second temps, ces principes normatifs et le cadre institutionnel qui lui a été dédié.

### **Évolution et sources du droit libanais de l'environnement**

Décrire l'évolution du droit libanais de l'environnement c'est retracer l'histoire du Libanais avec sa montagne.

Ce vaillant montagnard a dû, pendant longtemps, vaincre les éléments et dompter les ardeurs de la nature de son pays pour vivre... pour rester en vie. Une nature fière qui se décline en un chapelet de monts et de vallées. Une nature austère, écrasée l'hiver par la neige et l'été par le soleil de la méditerranée.

Au cœur de cette bataille pour la survie, l'environnement est un ennemi. La protection de ce dernier une déclaration de guerre contre l'Homme.

Plus tard, le libanais conçoit son environnement comme une source de richesses. Les Phéniciens établissent tout autour de la méditerranée un ensemble de comptoirs commerciaux pour y vendre les produits issus de leur territoire : le bois de nos cèdres éternels ont servi, ici même en Alexandrie, à édifier les monuments grecs qui ont longtemps fait la fierté de cette métropole.

La nature devient alors une bourse qu'il va falloir fructifier... l'enrichissement du libanais passait dès lors obligatoirement par l'appauvrissement de son environnement.

A partir des débuts du siècle dernier, le Libanais, enfin libéré du joug ottoman, commence à se rendre compte du caractère épuisable des richesses de la nature ; mais aussi du caractère irréversible des atteintes contre son environnement. Désormais, la prise de conscience environnementale s'accélère et se manifeste dans les domaines les plus variés.

Notre droit n'échappe point à cette nouvelle donne et l'on voit émerger les textes normatifs fondateurs de notre dispositif légal environnemental<sup>6</sup>.

Cet ensemble de textes de droit interne a été complété par la loi-cadre n° 444 du 29 juillet 2002 qui est actuellement la *magna carta* du système normatif libanais en matière d'environnement.

Cette évolution s'accompagne par une diversification des sources. Ainsi, à côté d'un effort de codification sur le plan interne, le Liban a entamé dès 1992 une politique soutenue visant à adhérer aux conventions et protocoles du droit international de l'environnement. Actuellement, le Liban fait partie des signataires des conventions suivantes : (par ordre chronologique) :

- Les deux conventions relatives à la couche d'Ozone (1993).
- Les deux protocoles annexes à la convention de Barcelone de 1986 sur la protection de la méditerranée.
- La convention sur les changements climatiques de Rio de Janeiro de 1992.
- La convention sur la biodiversité de Rio de Janeiro de 1992.
- La convention de Bâle sur le transport des déchets de 1994.
- La convention de Paris sur la lutte contre la désertification de 1994.
- La convention Ramsar de 1999.

### **Principes du droit libanais de l'environnement**

A l'instar du droit français et des normes internationalement admises, l'article 3/L.444 ouvre le ballet des principes fondamentaux du droit libanais de l'environnement par l'affirmation du droit à un environnement sain et stable.

Ce droit est reconnu à toute personne humaine et va de pair avec le devoir (qui incombe aussi à toute personne) de veiller à la protection de l'environnement et d'assurer les besoins des générations présentes sans compromettre les besoins des générations suivantes.

---

6. Voir par exemple : la loi de 1940 sur la protection de la forêt, la loi de 1933 sur la protection des sites archéologiques, la loi 1931 sur l'hygiène et l'habitat, la loi sur l'industrie et les établissements classés de 1932, la loi sur la pêche de 1921, la loi sur la chasse de 1952... etc.

Ce droit à l'environnement, sorte de droit premier de l'Homme est aussi une finalité, une quête ultime.

Solennellement, la loi n°444/2002 du 29 juillet 2002, continue son exposé des principes, sur une tonalité didactique, par un listing des normes « *que doit respecter toute personne privée ou publique*<sup>7</sup> » (art.4/L.444).

Ces principes s'inspirent de *concepts* et renvoient à des *standards*, à des conduites communément tolérées ou admises.

Au titre des concepts, source de principes, le droit libanais s'attarde singulièrement (art.2/L.444) sur la *diversité biologique*<sup>8</sup>, *l'équilibre et la pérennité des écosystèmes*<sup>9</sup>...etc.

Les standards « *formulent (...) un ensemble d'obligations caractérisant des conduites jugées normales et s'imposant à ce titre*<sup>10</sup> ». Grâce à ces standards, le droit libanais fait pénétrer les concepts environnementaux dans la sphère de la juridicité<sup>11</sup>. Citons au titre de ces standards « *les connaissances scientifiques disponibles* », « *la meilleure technique propre et disponible* », « *le coût environnemental économiquement supportable* ».

Aussi, entreprises, administrations, mais aussi justice sont invitées, dans leur évaluation du comportement écologique – le leur mais aussi celui

---

7. Notons sur le plan méthodologique l'usage systématique et la répétition inlassable par la loi 444/2002 de l'expression « toute personne privée ou publique ». Il s'agit pour le législateur, sans doute, d'affirmer l'égalité des deux secteurs privé et public face à la responsabilité environnementale.

8. Voir autour de ce concept, François Ramade, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, éditions Dunod, Paris 2008.

9. Pour un examen approfondi de l'ensemble des concepts, voir Jacques Lecomte, « La nature singulière ou plurielle ? » in *INRA, Les dossiers de l'environnement*, n° 29, 2006.

10. Jean UNTERMAIER, Hyam Mallat (sous la direction de Nadine Nassif), *Droit de l'environnement*, ouvrage édité par l'UNDP – Liban, 2010, p. 15.

11. La nouvelle conception des droits de l'Homme (qualifiée par certains de « romantique ») construit, sur la base de ces standards, une véritable théorie des « devoirs environnementaux ». Ainsi, l'article 3/L.444 édicte à l'encontre de tous « le devoir de veiller à la protection de l'environnement ».



des autres – à se référer à ces standards<sup>12</sup>, donc d'agir « *comme le ferait un administrateur soigneux et diligent*<sup>13</sup> ».

Les principes que consacre le droit libanais de l'environnement se subdivisent en deux catégories : D'une part, les principes normatifs<sup>14</sup> qui sont source d'obligations et de droits. D'autre part, les principes dits de gestion lesquels opèrent des choix ou déterminent des modalités d'actions.

Toutefois, cette distinction entre principes normatifs et de gestion n'est pas toujours évidente : un seul principe peut parfois présenter deux faces dont chacune se prête mieux à l'une des deux qualifications<sup>15</sup>. Ainsi, nous suivrons dans nos développements qui suivent le même cheminement qui fut celui du législateur libanais, sans considération pour la nature normative ou de gestion des différents principes.

C'est l'article 4/L. 444 qui a été consacré à l'énumération des principes (lesquels sont au nombre de onze). Énumération entérinée par ailleurs par des définitions sommaires.

Ces principes sont :

- Le principe de précaution,
- Le principe de prévention,
- Le principe du pollueur-payeur,
- Le principe de la protection de la biodiversité,
- Le principe de la lutte contre la dégradation des ressources naturelles,
- Le principe de participation,

---

12. Cette démarche n'est pas entièrement novatrice. Le *bonus pater familias* du droit civil constituait déjà un standard d'appréciation du comportement juridiquement acceptable. (Cette expression a malheureusement été remplacée en droit civil français par l'expression « raisonnable ». Voir l'article de Jonathan Parienté paru dans *Le monde* du 20 janvier 2014, Le « bon père de famille » va disparaître du droit français.)

13. Voir la définition donnée par le Grand Larousse encyclopédique de l'expression « bon père de famille ».

14. Selon l'expression de Karel Vasak in *Le droit international des droits de l'homme*, RCADI 1974, Vol. 140, p. 12 et s., les principes écologiques appartiennent aux « droits de l'Homme de la troisième génération ».

15. À cet égard, l'ouvrage dirigé par Dr. Nadine Nassif (voir note n° 3) donne l'exemple du principe de prévention qui est certainement un principe normatif, mais qui débouche également sur la suggestion de méthodes et d'actions et constitue, sous cet aspect, un principe de gestion.

- Le principe de coopération,
- Le principe du respect des coutumes locales en milieu rural,
- Le principe de la supervision permanente des seuils de pollution,
- Le principe du recours aux incitations de nature économique,
- Le principe de l'évaluation environnementale permanente.

Trois principes phares intéressent tout particulièrement nos propos : Le principe de précaution, le principe de prévention et le (très controversé !) principe de pollueur-payeur.

### ***Le principe de précaution***

Désormais de portée universelle<sup>16</sup>, le principe de précaution a acquis ses lettres de noblesse et a vigoureusement pénétré la sphère des principes de nature constitutionnelle (Charte constitutionnelle française du 1<sup>er</sup> mars 2005). Il « *définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour (...) l'environnement. (...) il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire (...) et si possible de l'éliminer (...) le dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque(...)*<sup>17</sup> »

Le principe de précaution semble répondre aux inquiétudes et questionnements que pose désormais l'accélération du progrès<sup>18</sup>, notamment dans les domaines qui font appel à des connaissances scientifiques et technologiques non encore « vulgarisées ».

Le droit libanais de l'environnement définit la précaution comme étant le principe qui commande de prendre l'ensemble des mesures efficaces et appropriées, fondées sur les connaissances scientifiques et les meilleurs

---

16. Systématiquement rappelé dans l'ensemble des textes environnementaux à caractère international dès le milieu des années 1980. A titre d'illustration voir : La déclaration de la deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord du 25 novembre 1987 ; La convention de Paris pour la protection du milieu marin pour l'atlantique du nord-est de 1992 ; la convention de Bâle du 22 mars 1989 sur les déchets dangereux et leur élimination ; la convention de Rio de Janeiro (...) etc.

17. Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, le principe de précaution, Rapport au premier ministre, Odile Jacob: La Documentation française, Paris, 2000, p. 215.

18. Pierre BECHMANN et Véronique MANSUY, « Le principe de précaution », éditions du Juris-Classeur, Paris, 2002, p. 1 et s.

techniques propres disponibles, afin de se prémunir contre toute menace de dommage probable et irréversible que peut subir l'environnement<sup>19</sup>. Aussi, notre droit semble en harmonie sur ce point avec les évolutions théoriques et pratiques de ce principe en droit international<sup>20</sup>.

De fait, le principe de précaution inverse la logique d'intervention et de prise de décision environnementale. Il constitue une soupape de sécurité qui déclenche un mécanisme de protection face à la simple éventualité de risque induite par des incertitudes scientifiques. A cet égard, sa raison d'être s'explique, tout comme *le principe de prévention*, par le fait que les atteintes à l'environnement s'avèrent souvent de nature irréversible.

### ***Le principe de prévention***

« *Mieux vaut un sou pour prévenir qu'une bourse pour guérir* ».

Ce vieil adage de la montagne libanaise résume à lui seul la logique qui préside ce fameux principe de prévention.

La prévention vise à régler le problème des atteintes à l'environnement *en amont* des processus qui les engendrent.

C'est le droit européen qui a, le premier, solennellement consacré cette action préventive « (...) *à la source des atteintes à l'environnement*<sup>21</sup> ». L'article 4/L. 444 précise que la prévention doit s'exercer avec les meilleurs « *techniques disponibles* » sans faire de référence aux coûts économiques desdites techniques. Sous réserve de cette dernière affirmation, la définition libanaise du principe de prévention n'est en réalité qu'une simple reprise des termes de l'article L. 110-1 du Code français de l'environnement auprès duquel le législateur libanais s'était largement inspiré en 2002. Ce renvoi aux meilleures techniques disponibles implique que les décideurs doivent à

---

19. En réalité, cette définition ne correspond pas parfaitement à son équivalent en droit français qui privilégie la mise en œuvre du dispositif de précaution même en l'absence de certitudes. Voir Lilian Benoit, le principe de précaution reste... un principe, in *Environnement*, avril 2005, p. 27.

20. Pour un bilan de l'évolution de ce principe en droit international, voir, Martin BIDOUD, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », in *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 3, p. 631 et s.

21. Acte unique européen en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1987.

tout moment se remettre aux scientifiques dans la recherche de la technique appropriée de prévention<sup>22</sup>.

A la différence de la précaution qui se déclenche même en cas d'incertitudes liées aux conséquences dommageables pour l'environnement d'une activité déterminée, la prévention repose sur une évaluation des risques. De fait, il se complète par le onzième principe énoncé par l'article 4/L.444, à savoir celui de l'évaluation environnementale permanente.

Malheureusement, la mise en œuvre des deux principes de précaution et de prévention, ne peut enrayer toute forme d'atteintes à l'environnement. Dès lors, c'est le principe du pollueur-payeur qui entre en jeu.

### *Le principe du pollueur-payeur*

Enfant de la pensée économique des trente glorieuses<sup>23</sup>, ce principe demeure parfois décrié<sup>24</sup> malgré son « *envergure* » désormais universelle<sup>25</sup>. Il signifie, aux termes de l'article 4/L.444, que le pollueur doit supporter « *le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution*<sup>26</sup> ».

De fait, il s'agit concrètement de faire financer les mesures de lutte contre la pollution, décidées par les puissances publiques, par les entreprises polluantes elles-mêmes, sans pour autant les obliger à faire cesser leur activité source de ladite pollution. Il est dès lors évident que la pérennité du système « pollueur-payeur » repose sur le fait que son coût demeure inférieur aux profits engendrés par l'activité nuisible à l'environnement.

- 
22. Eric NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, éditions Bruylant, 1999, p. 513 et s.
  23. Période historique (de 1946 à 1975) pendant laquelle les économies occidentales (et le Japon) connurent une croissance exceptionnelle et régulière et à l'issue de laquelle elles sont entrées dans l'ère de la société de consommation. Voir, [www.larousse.fr/encyclopedie/](http://www.larousse.fr/encyclopedie/).
  24. Voir par exemple, Robert Hainard, *expansion et nature*, éditions Le courrier du livre, Paris, 1972, p. 174 et s. Cité dans l'ouvrage dirigé par Dr. Nadine Nassif (voir note n° 3), p. 31.
  25. Henri SMETS, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ? » in *Revue générale de droit international public*, avril-juin 1993, n°2 p. 339 et s.
  26. Dans la définition de ce principe, le droit libanais a suivi, à la lettre, la recommandation de 1972 de L'OCDE sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international.

Ce principe traduit donc une prise en compte des soucis économiques et des contraintes liés à la croissance par le droit de l'environnement<sup>27</sup>.

En effet, malgré une parenté apparente avec la théorie de la responsabilité civile, le principe du pollueur-payeur n'a ni une vocation morale, ni forcément une finalité de réparation et de justice. Il s'agit, en réalité, d'une faveur accordée au monde de l'entreprise, d'une sorte de *permis onéreux de polluer*<sup>28</sup>. Ceci s'explique aisément par la logique économique qui le sous-tend, elle-même dénuée de toute dimension morale ou de justice distributive<sup>29</sup>.

Le professeur Untermaier résume cette logique par une expression saisissante : « *je paie, donc je pollue*<sup>30</sup> »

Malheureusement, la pudeur des spécialistes de la protection de l'environnement aboutit souvent à *aménager* cette réalité, voire à *l'occulter* entièrement.

### **Cadre institutionnel de protection de l'environnement en droit libanais**

Le Liban a dédié aux préoccupations environnementales tout une structure institutionnelle articulée autour d'un ministère de l'environnement assisté d'une police environnementale.

C'est la loi n° 216/93 du 2 avril 1993 qui, pour la première fois dans l'histoire du pays, va offrir à la protection de l'environnement son ministère<sup>31</sup>. Plus tard la loi n° 690/2005 du 26 août 2005 est venue préciser les prérogatives et les missions dévolues à ce ministère. Au titre de ces missions, il y a lieu de citer, à titre d'exemple :

- L'élaboration des politiques générales, des plans et projets relatifs à la sauvegarde de l'environnement.

---

27. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2004, p. 145.

28. Certains auteurs parlent même de « redevances écologiques ».

29. Sur la logique économique du principe pollueur-payeur. Voir la publication de l'OCDE, intitulée « le Principe pollueur-payeur » Paris, 1975.

30. Jean UNTERMAIER, *le droit de l'environnement, réflexions pour un premier bilan, participation au colloque sur l'année de l'environnement organisé par l'Université de Nice*, éditions PUF, Paris 1981, p. 114 et s.

31. Plus tôt, plusieurs ministères d'État à l'environnement – dénué de compétences propres et d'organes administratifs spécialisés – ont été institués en 1981 et 1990 notamment.

- L'élaboration de projets de lois et la participation à l'établissement des normes et mesures, de toutes natures, ayant traits à la politique environnementale.
- Suggérer l'adhésion du Liban aux conventions et protocoles internationaux relatifs à l'environnement.
- ... etc.

Les autres ministères continuent, par ailleurs, à assumer leurs propres missions. Ainsi, le ministère de l'intérieur, organe de tutelle des municipalités, demeure compétent dans la supervision des activités environnementales de ces dernières ; le ministre de l'industrie continue également de jouer son rôle à l'égard des industries...etc.

## **Le bilan**

Qu'en est-il du bilan de l'expérience libanaise, 13 ans après l'adoption de la loi n° 444/2002 ?

En réalité, plusieurs raisons contribuent à dresser un tableau mitigé du dispositif libanais de la prise en compte de la problématique environnementale. Certaines relèvent du domaine de la science juridique, d'autres sont le résultat des difficultés de nature politique, administrative mais aussi économique que connaît malheureusement notre pays depuis le début du XXI<sup>ème</sup> siècle.

Aussi, au titre des raisons relevant de l'art du droit, nous pouvons notamment citer quatre failles de notre droit libanais.

**En premier lieu**, nous avons d'une part la loi 444 qualifiée par le législateur lui-même de loi-cadre, une loi moderne, adaptées aux défis de notre monde contemporain. D'autre part, un ensemble de textes archaïques, comme périmés. Deux exemples nous permettent d'illustrer cette idée : celui des établissements classés et celui de la forêt.

### **L'industrie et les établissements classés**

Depuis de début du XX<sup>ème</sup> siècle, le législateur libanais s'est penché sur la question des établissements dangereux, insalubres ou incommodes. C'est le décret-loi 21/L en date du 22 juillet 1932<sup>32</sup> – amendé par la suite à

---

32. Il a été ainsi jugé que toute exploitation d'un établissement avant l'entrée en vigueur du DL 21 possède un droit acquis de continuer l'exploitation sans permis. Voir, Conseil

plusieurs reprises dont la dernière fut celle du 5 avril 2001 – qui règlemente l'implantation et l'activité de tels établissements industriels.

L'ensemble de ces établissements sont soumis à un contrôle administratif dès lors que « *leur activité implique un danger ou une nuisance quant à la sécurité, la salubrité de l'air, le bruit, l'odeur, la santé publique ou l'agriculture* » (art. 2/DL 21).

Les établissements de première catégorie doivent impérativement être éloignés des habitations.

Les établissements de deuxième catégorie peuvent être exploités à proximité des habitations à condition de prendre des mesures de protection variables selon chaque type.

Par ailleurs, tous les établissements – quel que soit leur classification – ne peuvent s'installer que suite à l'obtention d'une autorisation administrative. Celle-ci est accordée par le *Moubafez* pour les établissements de première et deuxième catégories et par le *Caïmacam* pour les établissements de troisième catégorie.

La jurisprudence du Conseil d'Etat libanais considère que les pouvoirs de l'administration dans le cadre de l'appréciation de l'opportunité d'octroyer les permis n'est pas discrétionnaire mais doit être exercée dans un souci d'équité<sup>33</sup>.

Il nous semble certain que ces dispositions ne se concilient nullement avec les soucis environnementaux exprimés par la loi 444/2002, et ne répondent, en aucun cas, aux besoins écologiques d'un secteur industriel digne de pénétrer le XXI<sup>e</sup> siècle.

### **La forêt et son exploitation commerciale**

Le code forestier de 1949 (Loi n° 3 du 7 janvier 1949) a édicté les normes de protection et d'exploitation des forêts. Récemment, ce code a été révisé par la loi n° 558 du 24 juillet 1996 relatif en particulier aux forêts protégées.

Ce code classe les forêts en 4 catégories :

- Les forêts domaniales.

---

d'État libanais, Arrêt n° 204 du 4 avril 1973, Affaire Rechdane contre État libanais, 1973, p. 160.

33. Conseil d'État libanais, Arrêt n° 60 du 23 mars 1971, Affaire Mouawad contre État libanais, 1971, p. 65.

- Les forêts *macha'a* des villages.
- Les forêts propriétés des municipalités.
- Les forêts privées.

L'exploitation des forêts dépend d'une autorisation administrative délivrée par le service des forêts, lequel dépend du ministère de l'agriculture. Elle doit être dans tous les cas supervisée par les gardes champêtres.

Cependant, ledit Code forestier n'établit point une véritable politique pour une exploitation, à la fois intelligente et écologique, de la forêt libanaise.

**En deuxième lieu**, un retard impressionnant semble affecter l'élaboration et l'adoption des décrets nécessaires à la mise en place des politiques juridiques de protection de l'environnement prévues par la loi 444. Ainsi, sur les 20 décrets d'application prévus par le texte-même de la loi, seuls quatre ont été adoptés jusqu'à ce jour. Au titre de ces décrets, celui tant attendu sur l'évaluation de l'impact environnemental, lequel a été enfin adopté sous le n° 8633 en date du 7 août 2012. Nous avons donc une sorte de loi handicapée. Qualifiée d'*Over rated* par certains observateurs du droit libanais.

**En troisième lieu**, le droit libanais de l'environnement – cette « nébuleuse environnementale » – se trouve comme éclaté et éparpillé dans un nombre impressionnant de textes divers dont chacun obéit à sa logique propre et poursuit les soucis qui ont été ceux du moment de son adoption. En somme, nous avons un droit hétérogène. Hétérogène dans sa logique interne et dans ses implications externes.

**En quatrième lieu**, les sanctions en matière d'infractions environnementales sont, presque toujours de nature pénale. Or, les gros pollueurs sont souvent des personnes morales dont la responsabilité pénale ne peut être engagée en droit libanais que suivant les dispositions de l'article 210 du code pénal de 1943. En bref, ce sont essentiellement des amendes qui sont prononcées à l'égard des pollueurs. Amendes dont les montants ne sont pas toujours dissuasifs (dépréciation monétaire, textes et montants rarement mis à jours etc. ...)

Ensuite, au titre des raisons relevant de la situation politique, administrative et économique du pays, citons à titre d'illustrations :



- Un ministère de l'environnement dont le budget annuel représente 0,03 % du budget global de l'Etat<sup>34</sup> et qui manque gravement des moyens humains nécessaires pour son fonctionnement - à ce titre, le cadre administratif de ce ministère ne compte qu'une cinquantaine de fonctionnaires<sup>35</sup>. C'est donc un ministère qui dépend dans son action des initiatives de la société civile, du bénévolat, et du secteur privé en général.
- Le manque des moyens économiques de l'Etat en général qui lui empêchent de mettre en œuvre les grandes orientations juridiques établies par la loi n° 444/2002. Rappelons par exemple qu'au titre des principes énoncés par l'article 4 de cette loi figure la règle de l'incitation économique des entreprises. Or, cette incitation passe par l'injection de fonds publics – sous forme de subventions directes ou indirectes, d'exemptions d'impôts...etc. – et le Liban n'a malheureusement pas les moyens de ses ambitions affichées en 2002.

## **La conclusion**

Pour clore notre modeste contribution à votre séminaire, il nous semble opportun d'ouvrir les horizons de cette réflexion en rappelant le rôle, toujours pionnier, joué par le secteur privé au Liban.

Comme si le libanais, une fois libéré du carcan administratif du secteur public, retrouve sa première nature... celle de ce syrien, syriaque de la côte, phénicien, qui a pendant des siècles sillonné la méditerranée afin de commercer et d'exercer son art d'entrepreneuriat. Si je termine sur cette note c'est parce que la Banque du Liban vient d'honorer, il y a quelques semaines, les entreprises ayant développé des politiques vertes cohérentes.

En réalité, en amont du phénomène juridique décrit ci-haut, se mettent en place des concepts-clés<sup>36</sup> : citoyenneté d'entreprise, développement durable, gouvernance verte ou environnementale, responsabilité environnementale, éthique verte de l'entreprise ...

---

34. Voir le site internet officiel du ministère libanais de l'environnement <http://www.moe.gov.lb/>, consulté le 23 décembre 2014.

35. ID.

36. Voir au sujet de ces concepts clés le remarquable ouvrage de M<sup>me</sup> Élisabeth LAVILLE, *L'entreprise verte*, 3<sup>e</sup> édition, Pearson village mondial, spécialement p. 16 et s.

Aussi, Les préoccupations éthiques sont devenues centrales pour les affaires. Certes, La réflexion autour d'une éthique d'entreprise n'est pas nouvelle : L'utilitarisme anglais de John Stuart Mill, la pensée de Weber sur le capitalisme protestant ou encore le paternalisme social français de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle sont autant de formes de réflexion sur le rôle de l'entreprise et le sens qu'elle doit donner à son action dans la société. Cependant, la formalisation d'une éthique d'entreprise à la fin du 20<sup>e</sup> siècle se situe dans cette dimension autre.

Désormais, certains spécialistes tentent de concilier éthique et environnement sous la bannière de l'utilitarisme. L'utilitarisme qui sert de repère à la moralité.

Par ailleurs, des actions éthiques ont la possibilité dans certains cas d'améliorer l'efficacité de l'entreprise ou bien son image auprès du consommateur. Dans sa théorie de *stakeholder approach*, Freeman démontre que l'entreprise est prise dans un réseau de relations qui structure son organisation et oriente son comportement et ses activités.

C'est une éthique du profit.

Clôtons nos propos par cette réflexion de Jacques Généreux<sup>37</sup> :

**« Jamais notre capacité à produire des richesses n'a été aussi grande et jamais notre incapacité à mettre cette prospérité au service du mieux-être de tous les hommes n'a été aussi flagrante »**

---

37. Jacques GÉNÉREUX, *Manifeste pour l'économie humaine*, Esprit, juillet 2002.

## BIBLIOGRAPHIE

- BECHMANN Pierre et Véronique MANSUY, « Le principe de précaution », éditions du Juris-Classeur, Paris, 2002, p. 1 et s.
- BIDOUD Martin, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », in *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 3, p. 631 et s.
- GÉNÉREUX Jacques, *Manifeste pour l'économie humaine*, Esprit, juillet 2002.
- KHALIL Y., *Les établissements dangereux, insalubres et incommodes en droit libanais*, éditions Economica, 1991.
- KOURILSKY Philippe et VINEY Geneviève, le principe de précaution, Rapport au premier ministre, Odile Jacob: La Documentation française, Paris, 2000, p. 215.
- LECOMTE Jacques, « La nature singulière ou plurielle ? » in *INRA, Les dossiers de l'environnement*, n° 29, 2006.
- NAIM-GESBERT Eric, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, éditions Bruylant, 1999.
- PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2004, p. 145.
- RAMADE François, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, éditions Dunod, Paris, 2008.
- SMETS Henri, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ? » in *Revue générale de droit international public*, avril-juin 1993, n°2 p. 339 et s.
- UNTERMAIER Jean, *le droit de l'environnement, réflexions pour un premier bilan, participation au colloque sur l'année de l'environnement organisé par l'Université de Nice*, éditions PUF, Paris 1981.
- UNTERMAIER Jean, Hyam MALLAT (sous la direction de Nadine Nassif), *Droit de l'environnement*, ouvrage édité par l'UNDP – Liban, 2010.



# The protection of the public agent in the delivery of the sanction

## La protection du fonctionnaire dans le prononcé de la sanction

---

*Haitbam Sakr, Docteur en droit, Professeur Associé, Faculté de Droit – USEK*

### **Abstract**

While the public agent is legally protected during the investigation, he also has the right to have the same protection or guarantee during the delivery of the sanction. It consists, at the beginning, to take the advice of an administrative or jurisdictional bodies, then to offer him assurance and guarantee to defend himself.

Au droit de la communication de dossier s'ajoute des droits qui concrétisent la protection du fonctionnaire dans le prononcé de la sanction. Ces droits résultent essentiellement de la saisine d'un conseil disciplinaire.

En France, la seule perspective de l'intervention d'un tel organisme collégiale à composition mixte peut retenir l'autorité administrative d'engager des poursuites insuffisamment justifiées. Et dans le cas où un fonctionnaire est frappé d'une sanction, il aura une certaine assurance qu'elle lui a été infligée à juste titre. Alors qu'au Liban le conseil disciplinaire siège en tant que « tribunal », qui ne formule pas d'avis, mais il rend des « jugements ».

Dès lors, nous pouvons dire que le conseil disciplinaire, en France, est un organisme consultatif alors qu'au Liban c'est organisme à caractère quasi-juridique.

La protection du fonctionnaire dans le prononcé de la sanction est aussi importante que la protection du fonctionnaire au cours de l'instruction. Elle consiste, d'une part, à subordonner la sanction à l'avis préalable d'organismes administratifs ou parfois à la décision d'organismes à caractère juridictionnel, et d'autre part, à suivre une procédure d'après laquelle le fonctionnaire pourra se défendre dans des conditions particulièrement favorables. Mais cette protection est surtout présente au niveau du contrôle juridictionnel exercé par le juge tout au long de la procédure disciplinaire. D'après ce contrôle nous avons pu saisir les principes qui doivent régir cette procédure (A) ainsi que les recours disponibles contre les sanctions infligées (B).

## A. Déroulement de la procédure

La protection normale, avant de prononcer une sanction importante à l'encontre d'un fonctionnaire, fait intervenir un conseil de discipline. La juridiction française a décidé que cette garantie n'est obligatoire que si un texte la prévoit<sup>1</sup>. Au Liban, certaines catégories de sanctions disciplinaires ne peuvent être prononcées que par le conseil disciplinaire lui-même.

La commission administrative du corps auquel appartient le fonctionnaire poursuivi siège en conseil de discipline, même si elle a connu de l'affaire sous l'angle administratif<sup>2</sup>. Elle siège alors en formation restreinte, c'est-à-dire en présence des seuls membres représentant le grade de l'intéressé et de ceux représentant le grade immédiatement supérieur ; s'ajoutent à eux, en nombre égal, les représentants de l'administration. Les uns et les autres sont tenus au secret professionnel<sup>3</sup>. Ils doivent être indépendants et impartiaux, veillant sur le respect de la défense ainsi qu'à la motivation de l'avis rendu. Au Liban, et d'après la loi n° 54/65 du 2/10/1965 modifiée par la loi n° 201 du 26/5/2000, le conseil disciplinaire est constitué d'un président, magistrat ou un fonctionnaire de catégorie A, et de deux membres fonctionnaires de

- 
1. C.E, 20 mars 1951, Michel, in *RDJ* 1952, p. 887 et C.E, 30 mars 1990, Fédération générale des fonctionnaires F. O., rec. 850 ; in *AJDA* 1990, p. 262.
  2. C.E, 8 avril 1959, Stora, rec. 213.
  3. C.E, 4 novembre 1992, Paillaud, rec. 394 ; in *AJDA* 1993, p. 315, obs. S. Salon, in *RFDA* 1993, p. 204.

catégorie A auxquels on désigne deux autres suppléants. Ils seront désignés par un décret pris au conseil des ministres.

La protection des droits des fonctionnaires à ce niveau est assurée par le contrôle du juge d'après lequel les deux catégories de principes doivent être respectées durant la procédure disciplinaire : la première catégorie relative aux principes régissant la procédure et la seconde concerne les principes régissant la sanction.

### 1. Les principes régissant la procédure

À prime abord, il est nécessaire de signaler que la procédure est précise. Cette précision est l'œuvre du Conseil d'État qui, par ses interventions fréquentes dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique, s'assure du respect des droits de la défense. L'irrégularité de la consultation si elle a été déterminante entraînera selon la Haute juridiction l'annulation de la sanction<sup>4</sup>.

Sans beaucoup s'arrêter sur la composition des conseils de discipline qui doit être conforme au statut, il est à noter que c'est la conséquence directe du principe de subordination hiérarchique qui interdit qu'un supérieur puisse être jugé par un fonctionnaire d'un grade inférieur<sup>5</sup>. D'autre part, le quorum requis peut être fixé par la réglementation ; sinon, il est, suivant le principe général du droit administratif, de la moitié plus un des membres<sup>6</sup>. Le quorum se calcule non sur le nombre total des membres mais sur celui de ceux qui composent la formation habilitée à examiner l'affaire, en début de séance<sup>7</sup>.

Ces questions n'ont pas été jusqu'à présent traitées pas la jurisprudence libanaise. D'ailleurs, la clarté des textes concernant la composition et le quorum du conseil disciplinaire, au Liban, n'a pas permis à la jurisprudence d'en traiter.

Mais cela n'a pas empêché le juge libanais, d'ailleurs comme son homologue français, d'imposer le respect de certains principes qui régissent

---

4. C.E, 21 février 1964, Dame Pittet, rec. 132 et C.E, 19 mars 1976, ministre de l'Économie et des finances c/ Bonnebaigt, rec. 167.

5. C.E, 25 mars 1960, Gamiette, rec. 227. Cette règle joue également en matière de licenciement, d'avancement et de notation, même si aucun texte ne l'a prévu.

6. C.E, 19 juin 1941, Rey, rec. 739.

7. C.E, 10 février 1956, Pouget, rec. 70 et C.E, 8 juin 1962, ministre des Postes et Télécommunications, in *D.* 1962, p. 492, note Dubouis.

le déroulement de la procédure devant le conseil disciplinaire notamment le principe d'impartialité et celui du contradictoire.

### *a. Le principe d'impartialité*

Le principe d'impartialité est considéré un des principes fondamentaux et généraux<sup>8</sup> que doit respecter l'instance disciplinaire, il doit être applicable à tout organisme administratif collégial<sup>9</sup>. Cela signifie qu'il faut garantir l'impartialité de ceux qui décident ou jugent voire même de ceux qui participent à cette décision, ainsi le fonctionnaire sera rassuré de la justice de la commission.

D'après les conclusions de Mme Hubac sur l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de section en date du 27 avril 1988<sup>10</sup>, la partialité peut « *se manifester par l'expression préalable de l'opinion de celui qui va siéger ou résulter de ce que ce dernier est 'intéressé' pour des raisons diverses à la décision qui sera prise* ».

Mais la jurisprudence est exigeante pour reconnaître l'existence de la partialité d'un membre du conseil de discipline. Pour qu'elle accepte d'annuler une sanction pour violation du principe d'impartialité, il faut que le membre du conseil de discipline mis en cause ait pris position publiquement sur l'affaire avant la séance<sup>11</sup> ou qu'il ait manifesté une animosité notoire envers le fonctionnaire dont le cas est examiné par le conseil de discipline<sup>12</sup> ou qu'il soit un complice du fonctionnaire poursuivi<sup>13</sup> ou, qu'au contraire, il ait fait l'objet de la part de ce dernier d'une enquête administrative qui a conduit à une sanction<sup>14</sup>. Il faut donc une expression publique ou une animosité notoire ou un intérêt personnel certain.

- 
8. C.E., 29 avril 1949, Bourdeaux, rec. 188 et C.E., 19 janvier 1951, Facchinetti, rec. 33 et C.E., 20 janvier 1960, Mazières, rec. 37.
  9. C.E., 7 juillet 1965, Fédérat. nationale des transporteurs routiers, rec. 413 et C.E., 3 décembre 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Très bœuf, in *AJDA* 2000, p. 126, note M. Guyomar et P. Collin.
  10. C.E., sect., 27 avril 1988, Sophie, rec. 160 ; in *AJDA* 1988, p. 446, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre.
  11. C.E., 29 décembre 1943, Rozin, rec. 308 et C.E., sect., 18 février 1949, Viet, rec. 84.
  12. C.E., 16 février 1979, Baillet, rec. 603 et C.E., 10 mai 1996, OPHLM de la Vienne, req. n° 115303 et dans le même sens C.E.L., 18 octobre 1995, Ido, in *RJA* 1997, I, 42.
  13. C.E., 4 décembre 1957, Dampenon, rec. tables, p. 598.
  14. C.E., 12 mars 1954, Deullin, rec. 804.



De sa part, le Conseil d'État libanais refuse le cumul entre le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de jugement, car la décision ou le jugement disciplinaire infligeant une sanction doit être renforcé par l'impartialité de l'organisme qui le prononce, sinon il sera vicié<sup>15</sup>. De même il a considéré que la participation du chef d'état major de l'armée au conseil disciplinaire aboutira au cumul des pouvoirs ce qui est en contradiction avec les principes généraux<sup>16</sup>.

En revanche, le Conseil d'État n'admet pas que le cumul des fonctions, entrant dans le cadre normal des compétences, puisse autoriser la mise en cause de l'impartialité du fonctionnaire qui en bénéficie, en dehors de tout parti pris personnel. Ainsi, le chef de service à qui il appartient, dans l'exercice normal de ses attributions, de prescrire l'ouverture des poursuites contre un des fonctionnaires placés sous son autorité, peut, sans commettre une irrégularité, présider le conseil disciplinaire<sup>17</sup> ou en faire partie<sup>18</sup> dès lors que son attitude a révélé qu'il ne manquait pas de l'impartialité nécessaire.

De ce principe dérive un autre qui est celui selon lequel ne peuvent siéger au conseil les personnes qui n'en sont pas légalement membres. Leur présence et participation forment une atteinte à l'indépendance du conseil. Ainsi, il en résulte que cette présence rend l'avis émis par le conseil disciplinaire vicié et illégal<sup>19</sup>. Néanmoins, la jurisprudence a considéré que la présence nécessaire de certaines personnes à la séance, sans avoir participé au délibéré<sup>20</sup> ni au vote<sup>21</sup>, ne vicie pas la procédure.

Contrairement, si le fonctionnaire, sans être membre au conseil de discipline, a participé à la délibération dans des conditions de nature à influencer le sens du vote, cette présence « active » vicie la procédure,

---

15. C.E.L, 12 mai 2002, El-Helou, in *RJA* 2005, II, 780.

16. C.E.L, 3 novembre 1959, Gh. Gh., rec. 1960, p. 27.

17. C.E, 11 juillet 1958, Tordo, rec. 431 et C.E, 12 juillet 1969, Le Bais, rec. 380 et C.E, 28 septembre 1994, Bechouche, rec. tables p. 1013 et C.E.L, 10 août 1995, Echeykha, req. n° 905.

18. C.E, 12 juillet 1969, Le Bris, rec. 381.

19. C.E, 13 janvier 1988, centre hospitalier de Châteaubriant, rec. 5 et C.E, 26 février 1988, Chaminas, rec. 86 ; in *AJDA* 1988, p. 414, note S. S.

20. C.E, 30 mai 1994, Coulon, rec. 1014 ; Dr. adm. 1994, n° 469 et 5 mai 1995, Jamot, Dr. adm. 1995, n° 506 et C.E, 15 octobre 1954, société financière de France, in *AJDA* 1954, p. 461, concl. P. Laurent.

21. C.E, 7 juin 1967, Dame Armspach, rec. 236 et C.E, 19 mars 1969, Doussinaud, req. n° 58746 et C.E, 4 juin 1958, ministre des anciens combattants c/ Veille, rec. tables p. 598.

quel que soit le rang qu'il occupe dans la hiérarchie<sup>22</sup>, même solution a été retenue si un avocat, autre que celui de l'intéressé, a assisté aux débats et y a pris la parole<sup>23</sup>.

L'impartialité des membres du conseil disciplinaire suscite la question d'abstention des membres ainsi que la demande de récusation.

Concernant l'abstention des juges ou des membres du conseil, celle-ci est considérée faisant partie des procédures administratives non acceptables que si elle émane du juge lui-même ou s'il a déjà manifesté une opinion publiquement. Mais d'après les règles de droit et les principes généraux, le juge ne peut siéger – surtout en matière disciplinaire – s'il présente par ses attitudes une certaine partialité. Ce principe jurisprudentiel est applicable, sans aucun texte, à tous les membres des organismes disciplinaires, administratifs et judiciaires lorsqu'ils siègent en conseil.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu'il est impossible à un magistrat d'être membre de la commission judiciaire qui statue sur une affaire dont il a déjà tranché. Dans ce cas, le magistrat doit s'abstenir d'office de la commission<sup>24</sup>.

De son côté, le Conseil d'État libanais a considéré que le chef de la commission d'inspection central devait « *s'abstenir d'office vu les positions qu'il a pris à l'égard du requérant [...] et parce qu'il était dépourvu de toute réalité et indépendance ce qui confirme son impartialité à statuer sur l'affaire* »<sup>25</sup>.

Dans le cas où le membre prend lui-même l'initiative de s'abstenir d'office, l'organisme disciplinaire doit lui demander de ne plus participer aux séances concernant l'affaire, sinon sa décision sera viciée et illégale<sup>26</sup>.

Concernant la demande de récusation, bien qu'elle soit liée au principe d'impartialité et concomitante à son esprit, la jurisprudence a considéré, contrairement au cas d'abstention d'office, que le fonctionnaire poursuivi

22. C.E, 13 décembre 1989, centre hospitalier régional c/ Mme Roignant, in *AJDA* 1990, p. 340, concl. T. Tuot et concl. P. Laurent sur C.E, 15 octobre 1954, société financière de France, in *AJDA* 1954, p. 461.

23. C.E, 26 février 1988, Chaminas, rec. 86 ; in *AJDA* 1988, p. 414, note S. S.

24. C.E, 2 mars 1973, Dlle Arbousset, rec. 190 ; in *RDP* 1973, p. 1066, concl. G. Braibant et C.E, 7 janvier 1998, Trany, rec. 1 ; in *AJDA* 1998, p. 445 concl. Schwartz.

25. C.E.L, 18 octobre 1995, Tabet Ido, in *RJA* 1997, I, 42.

26. C.E, 11 février 1953, Bozel Maltéra, rec. 62 et dans le même sens v. Rapport de la Haute Commission pour la discipline au Liban, 2000, p. 35.

ne peut demander la récusation d'un membre du conseil de discipline en absence d'un texte explicite<sup>27</sup>. Ainsi le Conseil d'État a estimé que « [...] le droit de récusation n'existe pas dans la fonction publique de l'État à l'égard des membres d'un conseil de discipline »<sup>28</sup>.

Par contre, la loi libanaise exige cette demande. Cette dernière doit être présentée à l'organisme même qui statue sur l'affaire avant de discuter sur le fond sous peine de la refuser. Dans tous les cas, comme la demande de récusation n'est pas d'ordre public, elle ne peut pas être présentée directement et pour la première fois devant le juge d'appel ou de cassation<sup>29</sup>.

Il est bien évident que la composition du conseil de discipline ainsi que l'impartialité de ses membres assurent une protection au fonctionnaire que le juge renforce en contrôlant l'application du principe du contradictoire.

### ***b. Le principe du contradictoire***

Au principe précédent vient s'ajouter un autre aussi important qui régit la matière, il s'agit du caractère contradictoire de la procédure<sup>30</sup>. Néanmoins, la jurisprudence n'est pas exigeante. En effet, le Conseil d'État déclare que cette obligation « *s'agissant non d'une procédure pénale, mais de la procédure à suivre devant un organisme administratif, (implique) seulement que la commission [...] ne puisse fonder ses avis que sur les éléments de preuve, faits et griefs qui ont été portés à la connaissance des parties intéressées et sur lesquels celles-ci ont pu s'expliquer [...]* »<sup>31</sup>. Au fond, il s'agit de faire respecter le principe des droits de la défense devant le conseil de discipline<sup>32</sup>.

Ainsi, le fonctionnement des conseils de discipline est dominé par l'obligation de respecter les garanties de la défense. À cet égard la jurisprudence du Conseil d'État laisse, en l'absence de texte, liberté d'appréciation des modalités et de l'état de l'instruction aux conseils de discipline.

---

27. C.E, 9 mars 1938, Huguet, rec. 251 et C.E, 6 mai 1955, Esch Chadley, rec. 338.

28. C.E, 10 mai 1995, Arvieu, req. n° 135431 et C.E, 8 novembre 1995, Ville de Dôle, req. n° 116452.

29. C.E.L, 18 octobre 1995, Ido, préc.

30. C.E, 23 avril 1969, Part, rec. 219 et C.E.L, 8 mai 2002, Bou Mansour, in *RJA* 2005, tome II, p. 751.

31. C.E, Ass., 13 mars 1981, Ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris et autres, rec. 135.

32. Pour la Conseil Constitutionnel, le principe du contradictoire est un corollaire du principe des droits de la défense et a, comme lui, valeur constitutionnelle : C.C. 29 décembre 1989, in *RFDA* 1990, p. 159.

C'est pourquoi, le caractère contradictoire de la procédure ne s'oppose pas à ce que, pour sanctionner un fonctionnaire, l'administration retienne des faits avoués par lui dans le cadre d'une procédure judiciaire et non contestés au cours de la procédure disciplinaire<sup>33</sup>. De même, n'est pas irrégulier l'avis par lequel le conseil de discipline tient compte d'éléments qui n'ont pas été discutés devant lui, dès lors, que l'intéressé a été mis à même de s'expliquer<sup>34</sup>.

En revanche, si l'administration a été conduite, postérieurement à la réunion du conseil de discipline, à recueillir divers témoignages qui n'ont pu être présentés au conseil et si ceux-ci l'ont été hors la présence de l'intéressé et ne lui ont pas été communiqués, la procédure est irrégulière<sup>35</sup>. De même, l'entretien du président seul avec un témoin, après la clôture des débats et avant la délibération, vicie la procédure<sup>36</sup>.

La procédure contradictoire n'est régulière que si elle a permis à l'intéressé de discuter les griefs formulés à son encontre<sup>37</sup>. Ni la comparution de l'intéressé<sup>38</sup>, ni l'audition des témoins qu'il présente sont obligatoires en l'absence du texte<sup>39</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État a estimé que la procédure ne sera pas viciée si l'intéressé a refusé de comparaître<sup>40</sup>, ou s'il a mis l'autorité hiérarchique dans l'impossibilité de lui envoyer une convocation à temps<sup>41</sup>. La solution sera contraire si le fonctionnaire a été empêché, par une raison qui n'est pas imputable ni à sa négligence ni à sa mauvaise foi, de se présenter ou de se faire représenter<sup>42</sup>.

---

33. C.E, 26 juillet 1982, ministre de l'Intérieur c/ Simoné, rec. 287.

34. C.E, 8 octobre 1990, ville de Toulouse c/ Mirguet, rec. 270 ; in *AJDA* 1991, p. 156.

35. C.E, 9 mai 1962, ministre de la Santé publique c/ Fresnais, rec. 311.

36. C.E, 8 décembre 1958, Dupré, rec. 617, concl. Kahn, dans cette affaire, il n'y pas seulement atteinte au caractère contradictoire de la procédure mais à l'indépendance du conseil.

37. C.E, 17 octobre 1958, Boulo, rec. 488 et C.E.L, 23 octobre 2001, Abdallah c/ l'État, in *RJA* 2005, tome I, p. 25.

38. C.E, 9 février 2000, Bitauld, Dr. adm. 2000, n° 63.

39. C.E, 21 octobre 1931, Lota, rec. 886.

40. C.E, 26 mai 1950, Dupuis, rec. 324.

41. C.E, 21 mars 1934, Marteau, rec. 385.

42. C.E, 30 mars 1962, Pruvost, rec. 234 et *a contrario* C.E, 22 décembre 1965, rec. 973 et C.E, 29 septembre 1982, Vernel, rec. 320.

Le fonctionnaire, une fois cité et appelé à présenter des observations orales ou écrites, doit disposer d'un délai suffisant pour pouvoir préparer sa défense<sup>43</sup>. La durée de ce délai varie suivant le cas<sup>44</sup>.

Le chemin de la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire n'est pas entièrement parcouru et seuls certains traits essentiels de la procédure juridictionnelle sont applicables<sup>45</sup>. Il reste que sur certains points capitaux, la procédure disciplinaire diffère de la procédure juridictionnelle et notamment les débats du conseil de discipline ne sont pas publics et celui-ci peut statuer *ultra petita*.

Le conseil peut prescrire toutes les enquêtes nécessaires<sup>46</sup>. Le dossier soumis au conseil doit être complet<sup>47</sup>, en principe, c'est le même qui a été communiqué à l'intéressé<sup>48</sup>.

Il est jugé illégal le fait de faire état au cours des délibérations d'éléments qui ne figurent pas au dossier de l'intéressé<sup>49</sup>. Si des griefs nouveaux sont formulés, l'intéressé doit être mis en mesure de s'expliquer à leur sujet<sup>50</sup>.

Le conseil de discipline apprécie la suite à donner aux demandes de remise de l'affaire<sup>51</sup> et le délai dans lequel il peut rendre son avis<sup>52</sup>.

De ces deux principes que nous venons d'exposer, nous pouvons dégager les principales étapes de la procédure disciplinaire devant le conseil de discipline. Cette procédure commence par la convocation de l'intéressé et des membres du conseil, puis la séance du conseil qui passe par trois temps forts et deux éventualités : l'exposé des faits, l'audition de l'intéressé et des

---

43. C.E, 31 mai 1933, Forges, rec. 591 ; et C.E.L, 4 avril 2000, Abed Es-Sater, préc.

44. Elle varie en fonction de la difficulté de l'affaire ou suivant la réglementation applicable : C.E, 1<sup>er</sup> mars 1996, Reynes, rec. 988.

45. Notamment par exemple l'audition de l'intéressé, la possibilité de présenter des observations écrites ou orales, audition de témoins, assistance d'un défenseur... etc.

46. C.E, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice Georges Renon, rec. 424.

47. C.E, 22 juillet 1936, Forges, rec. 832.

48. C.E, 22 juillet 1936, Godard, rec. 830 ; et C.E.L, 10 mars 1993, Hanna, in *RJA* 1994, p. 199.

49. C.E, 28 avril 1961, Fraunié, rec. 1077.

50. C.E, 30 septembre 1988, Barré, rec. 394.

51. C.E, 14 novembre 1934, Blaison, rec. 1048.

52. C.E, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice Georges Renon, préc.

témoins, l'assistance d'un ou plusieurs défenseurs, la possibilité de prescrire des enquêtes et les suspensions des séances<sup>53</sup>.

Lorsque la procédure est correctement achevée un délibéré secret aura lieu. Mais, sauf disposition spéciale, le scrutin n'a pas à être obligatoirement secret<sup>54</sup>. Ce délibéré aboutira au prononcé de la sanction. D'où il est important de relever les principes qui régissent la sanction.

## 2. Les principes régissant la sanction

La sanction disciplinaire est une punition qui atteint le fonctionnaire dans son honneur comme dans sa fonction, donc elle est à la fois morale et matérielle<sup>55</sup>.

L'avis du conseil sur la sanction que lui paraissent devoir justifier les faits reprochés à l'intéressé, est transmis à l'autorité disciplinaire. Pour certaines catégories de fonctionnaires<sup>56</sup>, la sanction est subordonnée à l'avis préalable des juridictions spéciales. Au Liban, pour certaines catégories de sanctions c'est le conseil lui-même qui impose la sanction, sa décision pourra donner lieu à un recours en cassation devant le Conseil d'État.

En général donc, il appartient à l'autorité disciplinaire de prendre ensuite la décision de sanction laquelle doit être motivée<sup>57</sup>. L'avis du conseil de discipline, en l'absence de texte, ne la lie pas<sup>58</sup>, mais le Conseil d'État a pu restreindre le pouvoir de cette autorité lorsqu'il a précisé quand certains cas cet avis peut lier l'autorité administrative<sup>59</sup>. L'avis n'a pas à être communiqué à l'intéressé<sup>60</sup>, sauf celui-ci en fait la demande.

L'avis du conseil de discipline est minutieusement réglementé. De cette minutie dérive le principe de la motivation de la sanction d'une part et les caractères de cette sanction.

---

53. En cas de poursuites devant la juridiction répressive, le conseil peut proposer de surseoir à statuer jusqu'à intervention de la décision : C.E, 27 mai 1955, Kowalewski, rec. 297.

54. C.E, 17 avril 1970, Rey, rec. 253 ; in *AJDA* 1971, p. 176.

55. A. PLANTEY, *La fonction publique, Traité général*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2001, p. 470.

56. Par ex. les magistrats et les membres de l'enseignement.

57. C.E, 31 janvier 1996, Lambert, Dr. adm. 1996, n° 160.

58. C.E, 18 janvier 1963, Perreur, S. 1963. J. 118, concl. Méric ; in *AJDA* 1963, p. 371 ; D. 1963, p. 234.

59. C.E, 9 décembre 1994, ville de Toulouse, rec. 1014.

60. C.E, 5 juin 1959, Seitz, rec. 349 et C.E, 17 avril 1970, Rey, rec. 253 ; in *AJDA* 1971, p. 176.

### *a. Le principe de la motivation de la sanction*

Le conseil de discipline vote la sanction proposée par le rapport introductif d'instance. Les personnes qui ne sont statutairement membres du conseil ne peuvent pas participer au vote<sup>61</sup>.

Suivant la procédure administrative générale, sauf exception réglementaire, en cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante<sup>62</sup>. Cette règle a été modifiée par le nouveau statut général pour les fonctionnaires auxquels il s'applique. La voix du président n'est plus prépondérante dans les commissions administratives paritaires. Si aucune majorité ne se dégage sur aucune sanction, l'avis est réputé donné<sup>63</sup>.

L'avis du conseil de discipline porte donc sur une sanction qui doit être motivée en fait et en droit<sup>64</sup>.

Nous remarquons ici que jusqu'en 1979, le Conseil d'État refusait de voir dans la motivation de la sanction, un principe de procédure disciplinaire<sup>65</sup>. Ce principe n'est plus, aujourd'hui, contesté.

Mais, concernant les décisions prises par l'autorité hiérarchique compétente, nous signalons ici que la jurisprudence considère que les décisions administratives – y compris les décisions disciplinaires – n'ont pas à être motivées par opposition aux décisions judiciaires qui doivent l'être sous peine de nullité. Cette ancienne jurisprudence est toujours maintenue en vigueur aussi bien en France qu'au Liban<sup>66</sup>. Le principe est donc la non exigibilité de la motivation des décisions administratives, sauf en présence du texte<sup>67</sup>.

Par contre, concernant les décisions prises par les organismes de disciplines – comme la commission administrative paritaire en France et la Haute commission pour la discipline au Liban – celles-ci doivent être toujours motivées car elles forment des décisions à caractère juridictionnel prises par

---

61. C.E, 17 mai 1935, Ancelin, rec. 566 et C.E, 29 juillet 1953, Pouzelgues, rec. 418.

62. C.E, 12 janvier 1967, Damez, rec. 999.

63. C.E, 23 décembre 1988, ministre délégué auprès du ministre de l'Équipement, rec. 875.

64. C.E, 19 décembre 1990, Kromwell, rec. 546.

65. C.E, 13 octobre 1967, Doh, rec. 374.

66. C.E, 30 avril 1880, Harouel, rec. 419 et C.E, 24 mai 1974, Diot, rec. 307 et C.E.L, 3 novembre 1994, Makarem, in *RJA* 1996, tome I, p. 41.

67. C.E, 7 juillet 1978, CEVAPIC, rec. tables p. 718 ; in *D.* 1979, p. 187, note Couzinet et C.E.L, 3 novembre 1994, Makarem, préc.

des organismes administratifs à caractère juridictionnel aussi. La motivation de ces décisions n'est pas à être exigée par un texte, la jurisprudence la considère un principe général voire un principe fondamental indiscutable<sup>68</sup>.

Cette obligation est importante, parce que propre à réduire le risque de sanctions insuffisamment étudiées ou prononcées pour des motifs inavouables. Pour qu'elle remplisse pleinement sa fonction, la motivation doit être telle, précise la jurisprudence, que le fonctionnaire « *puisse, à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la sanction qui le frappe* »<sup>69</sup>.

La motivation par référence aux avis formulés au cours de la procédure est admise<sup>70</sup>. Mais cette jurisprudence n'est plus applicable aux corps régis par le statut général, la motivation par référence à l'avis d'une commission n'est pas suffisante<sup>71</sup>, l'autorité supérieure doit prendre ses responsabilités<sup>72</sup> éventuellement en s'appropriant expressément les termes de l'avis émis. Cette règle n'est pas applicable aux corps que ne régit pas le statut général<sup>73</sup> ou sans texte<sup>74</sup>.

D'après une jurisprudence datant de 1968 et intéressant les décisions administratives en général, elle est légale s'il apparaît qu'au vu du seul ou des seuls motifs justifiant la sanction l'autorité disciplinaire aurait prononcé la même sanction. Surabondants, les motifs illégaux sont neutralisés et sans incidence sur la régularité de la sanction<sup>75</sup>.

En vertu de la jurisprudence libanaise, la motivation est considérée une procédure substantielle et une composante essentielle de la décision, car

68. Odent (R) ; *Contentieux administratif*, 1976-1981, p. 937 et C.E.L, 28 janvier 1975, req. n° 68, non publié.

69. C.E, 27 avril 1994, Moreau, Dr. adm. 1994, n° 381, obs. H. T.

70. C.E, 5 juin 1959, Seitz, rec. 319.

71. C. E, 6 mai 1949, Tromp, rec. 202 et C.E, 28 mai 1965, Dlle Riffault, rec. 315 ; in *AJDA* 1965, p. 266 ; in *Rev. adm.* 1965, p. 591, concl. N. Questiaux.

72. C.E, 17 novembre 1982, Kairenga, rec. 385 ; in *DA* 1983, n° 22.

73. C.E, 13 juillet 1967, ministre de l'Éducation nationale, rec. 331.

74. C.E, 13 octobre 1967, ministre des Armées, rec. 374.

75. C.E, 21 février 1969, Kopacki, rec. 112 ; *AJDA* 1969, p. 156, chron. J.-P. Dewost et R. Denoix de Saint Marc et C.E, 2 juin 1976, Jadraque, préc. et C.E, 21 octobre 1977, Fontaine, in *AJDA* 1978, p. 111 et C.E, 26 octobre 1994, Ravel, rec. 1013 ; in *LPA* 10 avril 1995, p. 14, note F. Mallol, in *RDP* 1995, p. 1388 et C.E.L, 1er juillet 1998, Kattar, préc.



elle se rapporte aux garanties du fonctionnaire dans le cadre du droit de la défense qui lui est attribué par les lois en vigueur<sup>76</sup>.

Ce principe répond, en réalité, à trois nécessités essentielles :

- la première se rattache à la démocratie de l'activité administrative, du fait que l'administration explique au fonctionnaire et l'informe des raisons qui l'ont porté à prendre une telle décision.
- la deuxième se rapporte à la transparence et la bonne gestion, car la motivation exige de l'administration une bonne « étude » de l'équité et de la crédibilité de ses décisions. Ce qui empêche la prise des décisions à l'aveuglette et injustifiables.
- la troisième concerne, d'une part, l'appui du droit de la défense, et d'un autre part, le contrôle administratif et juridictionnel exercé sur la décision<sup>77</sup>.

À côté de ce principe de la motivation de la sanction existent d'autres principes qui régissent le domaine de la sanction disciplinaire et qui s'inspirent du droit pénal.

### ***b. Les principes se rapprochant du droit pénal***

L'application de certains principes par la répression disciplinaire, fait reprocher celle-ci de l'instance pénale. C'est en ce sens que le régime disciplinaire ressemble à la poursuite pénale.

Ainsi quatre principes trouvent leur champ d'application dans les deux répressions, ces principes sont : la légalité de la sanction, une sanction pour punir une faute, la non-retroactivité, et la proportionnalité de la sanction.

#### *1°. Le principe de la légalité*

Si en matière disciplinaire, la règle « *nullum crimen sine lege* » n'est pas, en principe, applicable, l'administration ayant compétence pour apprécier elle-même, sous le contrôle du juge, l'existence d'une faute, il en va différemment de la règle de procédure pénale « *nulla poena sine lege* »<sup>78</sup>.

---

76. C.E.L., 7 novembre 1979, in *Hatem*, req. n° 332, non publié.

77. C.E.L., 26 mai 1998, l'État c/ Richa, in *RJA* 1999, tome II, p. 523.

78. Il n'y pas de sanction sans texte.

Ce premier principe du droit disciplinaire est d'origine jurisprudentielle. Le Conseil d'État l'impose depuis longtemps<sup>79</sup>. Ainsi, l'autorité administrative ne peut infliger que les sanctions prévues au statut<sup>80</sup>. D'ailleurs, les différents statuts au Liban aussi bien qu'en France énumèrent les sanctions et les classent en groupes.

Nous avons pu relever un cas dans lequel la question de la révocation avec ou sans suspension a été suscitée, la révocation étant dans tous les cas suivie de la perte des droits à pension.

Mais, le Conseil d'État paraît bien avoir une autre interprétation. Saisi d'un recours contre l'arrêt de révocation avec suspension des droits à pension, pris, le 13 mars 1989, à l'encontre d'un fonctionnaire de la police nationale, il a fait droit à la demande de sursis à exécution, estimant cet arrêt illégal. Si nous nous reportons aux conclusions du commissaire du Gouvernement exposées à propos de la demande de sursis à exécution, l'autorité disciplinaire ne pouvait légalement, le 13 mars 1989, assortir la révocation de la suspension des droits à pension. Pour justifier sa position, le commissaire du Gouvernement déclare : « *le nouveau statut issu de la loi du 11 janvier 1984 remplace ces deux sanctions (la révocation avec et sans suspension des droits à pension) par une seule, la révocation, sans qu'il soit précisé quel est le régime de pension alors applicable. Cette modification nous paraît procéder d'une inspiration 'libérale' et favorable aux agents publics ; elle doit être, en conséquence, interprétée comme interdisant désormais l'infliction de la révocation avec suspension des droits à pension. En outre, elle a le mérite d'une certaine logique juridique puisqu'elle conduit à distinguer les aspects purement statutaires de la législation sur les pensions* »<sup>81</sup>.

Ainsi, il nous semble que le Conseil d'État, qui a suivi les conclusions du commissaire du Gouvernement, adopte une interprétation des dispositions susmentionnées en sens contraire de l'intention expresse du législateur.

79. C.E, 11 mars 1932, Hirigoyen, rec. 255 et C.E, 26 octobre 1951, Delamotie, rec. 724 et C.E, 30 mars 1962, Bertaux, rec. 237 et C.E.L, 18 janvier 2001, l'État c/ Chédid et autres, in *RJA* 2004, tome I, p. 215.

80. C.E, 12 juin 1942, Belpomme, rec. 195 et C.E, 13 octobre 1965, Brisson, rec. 972 et C.E, 20 mai 1996, Syndicat national des enseignements du second degré, rec. 995 et C.E.L, 10 mars 1967, M. S. c/ L'État, rec. 30 et C.E.L, 22 avril 1997, El Khoury, in *RJA* 1998, tome II, p. 436.

81. C.E, 28 septembre 1990, M<sup>me</sup> Durand, rec. 846.

Il faut ajouter que l'adoption par l'administration d'une sanction qui ne figure pas dans le statut applicable, est censurée par le juge alors même que ce grief n'a pas été soulevé<sup>82</sup> car le moyen est d'ordre public<sup>83</sup>.

2°. *La règle non bis in idem*

Ce second principe s'inspire aussi du droit pénal. La règle selon laquelle « un fonctionnaire ne peut faire l'objet, pour les mêmes faits, de plusieurs peines infligées simultanément ou dans le même temps »<sup>84</sup>, s'applique aussi dans le droit disciplinaire. Autrement dit, d'après cette règle une seule sanction peut punir la faute du fonctionnaire<sup>85</sup> telle qu'elle est définie lors de la communication du dossier<sup>86</sup>.

Le Conseil d'État y voit un principe général du droit en considérant que « [...] c'est en vertu d'un principe général du droit dont le respect s'impose même en l'absence d'une texte expresse, qu'une infraction ne peut servir de base à deux mesures répressives »<sup>87</sup>. Seul le législateur peut porter atteinte à ce principe<sup>88</sup>.

L'application de ce principe ne pose pas des difficultés réelles que lorsque l'administration accompagne la sanction disciplinaire d'une mesure présentée comme étant prise dans l'intérêt du service.

Très souvent, en effet, l'administration après avoir prononcé une sanction, telle que la rétrogradation ou la radiation du tableau d'avancement, mute d'office le fonctionnaire ainsi sanctionné. Le Conseil d'État a tendance à admettre assez facilement la légalité de la deuxième mesure en estimant

---

82. C.E.L., 8 juin 1965, A.M c/ Conseil supérieur des Douanes, rec. 207 et C.E.L., 16 décembre 1968, T.A c/ L'État, rec. 1969, p. 93.

83. C.E., 24 novembre 1982, héritiers Malonda, rec. 720.

84. S. SALON, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, Thèse, Paris, 1976, p. 106.

85. C.E., 2 août 1928, Lorillot, rec. 1007 et C.E., 11 décembre 1942, ville d'Alger, rec. 346 et C.E., 24 juin 1960, Trolliet, rec. 423 et C.E., 4 mai 1962, Lacombe, rec. 300.

86. C.E., 20 décembre 1936, de Lacour, rec. 1009.

87. C.E., 23 avril 1958, commune de Petit-Quevilly, in *AJDA* 1958, 2, 383 et dans le même sens C.E.L., 14 octobre 1971, El-Khatib c/ l'État, req. n° 255 et C.E.L., 12 août 1978, Kaddoura, in *RJA* 1978, p. 1.

88. La règle n'interdit pas qu'un fonctionnaire relevant de deux services différents par la voie du détachement, fasse l'objet de deux sanctions, l'une dans l'emploi de détachement, l'autre dans le corps d'origine. V. sur ce point l'article 6 du décret du 4 novembre 1992 relatif aux fonctionnaires territoriaux stagiaires.

que « dans les circonstances de la cause, le déplacement d'office a été dépourvu de caractère disciplinaire »<sup>89</sup>.

Certes, généralement, la commission de fautes disciplinaires par le fonctionnaire sanctionné rend difficile son maintien dans son affectation présente, ne serait-ce que sur le plan des relations internes au service. Mais la question se pose différemment lorsque la mutation d'office a précédé la sanction officielle et se situe au cours de la procédure disciplinaire.

Il nous semble bien que, dans ce cas, la mutation d'office, qui est prise sur le fondement des faits reprochés au fonctionnaire, soit déjà une sanction disciplinaire et que la sanction expresse, prise postérieurement, viole la règle *non bis in idem*<sup>90</sup>.

*D'autre part, le Conseil d'État a considéré que si une sanction a été prise à l'encontre d'un fonctionnaire, une nouvelle sanction peut être infligée pour des griefs différents de ceux qui ont motivé la première, ou bien si la faute s'est prolongée*<sup>91</sup> ou si la juridiction n'a annulé la première que pour vice de forme<sup>92</sup>, ou enfin en se fondant sur un comportement général du fonctionnaire, dans lequel on a pu prendre en considération des faits antérieurs déjà punis<sup>93</sup>. Le retrait d'une sanction pour vice de forme ne fait pas obstacle au prononcé de la même peine après une procédure régulière<sup>94</sup>.

### 3°. Le principe de la non-rétroactivité de la sanction aux faits

Les décisions infligeant une sanction ne peuvent légalement avoir un caractère rétroactif<sup>95</sup>. Elles n'ont d'effet que pour l'avenir.

En d'autres termes, le principe de non-rétroactivité des décisions administratives, qui est un principe général du droit, s'applique évidemment

89. C.E, 25 février 1955, Boucekine, rec. 121.

90. Par ex. le cas d'un fonctionnaire suspendu après avoir été exclu temporairement de ses fonctions C.E, 30 janvier 1995, OPHLM du Val d'Oise, rec. 872.

91. C.E, 26 mai 1930, Bourciac, rec. 559.

92. C.E, 11 janvier 1931, Guannel, rec. 41.

93. C.E, 15 février 1963, Leray, rec. 97 ; in *RDP* 1963, p. 846.

94. C.E, 31 mai 1968, Moreau, rec. 348.

95. C.E.L, 29 janvier 1963, Ezzein, rec. 149 et C.E, sect., 27 mai 1977, Loscos, rec. 249.

aux sanctions disciplinaires<sup>96</sup>. Une sanction ne peut légalement prendre effet avant la date à laquelle elle est notifiée au fonctionnaire<sup>97</sup>.

En effet, lorsque la révocation d'un fonctionnaire est annulée, l'administration doit réintégrer le fonctionnaire évincé des cadres illégalement et reconstruire sa carrière<sup>98</sup>. Mais si l'annulation n'est prononcée que pour vice de forme ou de procédure, l'autorité administrative peut à nouveau révoquer le fonctionnaire<sup>99</sup> si les faits qui ont justifié la première sanction et qu'elle prend à nouveau en considération, ne sont pas amnistiés. Néanmoins, la nouvelle sanction prononcée ne peut avoir d'effet rétroactif. C'est dans ce cadre qu'a été rendu l'arrêt Loscos précité<sup>100</sup>.

- 
96. C.E, 25 juin 1948, Soc. Du Journal l'Aurore, rec. 289 et C.E, 11 juillet 1984, Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique, rec. 258 ; in *AJDA* 1984, p. 627, concl. Labetoulle et C.E, 26 juin 1969, Protection des sites, rec. 27 et C.E.L, 26 juin 1996, Fattouh, in *RJA* 1997, tome II, p. 730.
97. C.E, 31 mai 1968, Moreau, rec. 348 et C.E.L, 29 janvier 1963, Ezzein, rec., 149 et C.E.L, 24 novembre 1967, A. Ch. c/ l'État, rec. 1968, p. 4.
98. Dans un arrêt de section du 14 février 1997, Colonna, req. n° 111468 (in *Gaz. Pal.* 30 septembre 1997) le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence antérieure C.E, 11 juillet 1958, Fontaine, rec. 538, en décidant que lorsque l'administration procède à une reconstitution de carrière, elle doit saisir de l'opération la commission paritaire compétente à la date de l'opération et dans sa composition à cette date.
99. L'annulation pour vice de forme ou de procédure ne confère au fonctionnaire aucun autre droit que celui d'obtenir l'examen de sa situation dans des formes régulières C.E, 6 décembre 1968, Sertillange, rec. 629. La jurisprudence affirme même que l'administration est en droit de tenir compte des éléments de la procédure qui n'ont pas été considérés comme étant irréguliers par la juridiction administrative. L'administration peut, pour cette raison, ne pas être tenue de donner à nouveau communication de son dossier au fonctionnaire C.E, 13 juillet 1967, ministre de l'Éducation nationale c/ Puy, rec. 3331 ni de consulter le conseil de discipline C.E, 21 juillet 1970, Thomas, rec. 532 ni la commission paritaire en cas de licenciement d'un stagiaire C.E, 22 juin 1992, M. Dufour, in *RDP* 1993, p. 875. Cette jurisprudence est discutable car les délais relativement longs qui s'écoulaient entre les prononcés de la première et de la deuxième sanction (11 ans dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt Puy) justifieraient une nouvelle procédure. Celle-ci s'impose d'autant plus qu'entre temps la législation et la jurisprudence ont pu évoluer dans le sens de l'augmentation des garanties de procédure. À noter, enfin, qu'en cas de retrait d'une première sanction pour vice de forme et de procédure le Conseil d'État semble plus exigeant C.E, 8 mars 1968, Brinon-Cherbuliez, rec. 170.
100. V. aussi C.E, 6 juin 1952, Pourcher, rec. 297, concl. Gazier et en sens contraire C.E, 26 mars 1982, Dem. Sarraby, rec. 720 et C.E.L, 9 octobre 1997, Haddad, in *RJA* 1999, I, 20 de même Cf. Plantey (A) ; *Le fonctionnaire public*, Dalloz, répertoire de Droit public et administratif, 1959, n° 280.

4°. *Le principe de la proportionnalité de la sanction aux faits*

Le Conseil d'État, avant 1978, estimait que le contrôle normal qu'il exerçait sur la sanction<sup>101</sup> excluait le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il répétait régulièrement que « *le degré de gravité de la sanction, compte tenu des faits reprochés, ne saurait être discuté par la voie contentieuse* »<sup>102</sup>.

Cette position était très critiquée au sein même du Conseil d'État<sup>103</sup>. Le revirement n'est intervenu, cependant, qu'en 1978<sup>104</sup>. Pour la première fois, la Haute Assemblée accepte de vérifier, dans cette affaire, la disproportion manifeste de la sanction à la faute. La jurisprudence est, depuis lors, constante.

Le Conseil d'État libanais a suivi le chemin de son homologue français en consacrant ce principe un an après la jurisprudence Lebon précitée.

En effet, la jurisprudence libanaise antérieure à 1979 refusait de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation du choix de la sanction<sup>105</sup>. Mais, depuis le 15/10/1979 le Conseil d'État libanais a abandonné cette position traditionnelle en considérant, pour la première fois, qu'il lui revient d'apprécier le choix de la sanction disciplinaire en cas de faute grave<sup>106</sup>.

Cette jurisprudence reste toujours en application, la position du Conseil d'État libanais est depuis lors constante, comme il paraît dans ses arrêts en la matière où il considère que « *l'appréciation faite par le Conseil d'État (libanais) du choix de la sanction en cas de faute grave lui permet, sans se substituer à l'autorité disciplinaire, d'annuler la sanction infligée s'il y a disproportion manifeste entre une*

101. Contrôle de l'exactitude matérielle des faits, contrôle de la qualification juridique des faits, erreur de droit, vice de forme, détournement de pouvoir.

102. C.E, 1<sup>er</sup> octobre 1976, Soucasse, rec. 386, in *D.* 1977, p. 552, note B. Pacteau.

103. Cf. notamment les concl. J. Kahn sous C.E, 22 novembre 1967, Adm. Générale de l'assistance publique à Paris c/ Dem. Chevreau, Dr. ouvrier 1968, p. 113.

104. C.E, sect., 9 juin 1978, Lebon, rec. 245 ; in *AJD* 1978, p. 593, concl. B. Genevois, note S. S., in *D.* 1978, IR, p. 361, note P. Delvolvé, in *D.* 1979, p. 30, note B. Pacteau ; in *JCP* 1979, II, 19159, note S. Rials ; in *Rev. adm.* 1978, p. 634, note F. Moderne ; in *RDP* 1979, p. 227, note J. M. Auby.

105. C.E.L, 2 mars 1961, F. A c/ l'État, rec. 149 et C.E.L, 13 septembre 1962, Ch. G. c/ l'Université libanaise, rec. 183 et C.E.L, 17 mai 1978, Hatem, in *RJA* 1978, p. 43.

106. C.E.L, 15 octobre 1979, Haddad, *RJA* 1979, p. 4 et C.E.L, 25 janvier 2001, El-Khazen c/ L'État, in *RJA* 2004, I, 252.

*sanction grave de second degré et une faute légère commise par le fonctionnaire [...] »<sup>107</sup>.*

Dans ses conclusions sur l'arrêt M. Cuaz<sup>108</sup>, le commissaire du Gouvernement déclare que « *le principe ainsi dégagé (n'est pas) un principe de proportionnalité absolue mais plutôt un principe excluant la disproportion excessive* » ; ce qui va, néanmoins, plus loin que la disproportion manifeste. On doit, d'ailleurs, observer que le juge administratif pousse assez loin son contrôle ; il procède, en particulier, pour y parvenir, à un examen approfondi des circonstances de l'espèce. Le professeur J.-M. Auby, dans sa note sur l'arrêt Mme Boury-Naurou<sup>109</sup> remarque que le Conseil d'État « *joue presque le rôle d'une instance disciplinaire du premier degré* ». Son contrôle est si nuancé qu'il est impossible de prévoir avec certitude quand il découvrira ou non une erreur « *manifeste* »<sup>110</sup>.

La difficulté vient aussi de ce que le juge, comme l'administration, prennent en compte l'ensemble du comportement du fonctionnaire dans l'appréciation de la gravité des fautes commises<sup>111</sup>.

Le Conseil d'État peut également être conduit à censurer une indulgence excessive<sup>112</sup>, ceci dans l'hypothèse où il est saisi par l'autorité administrative d'un recours contre l'avis émis par un conseil ou une commission de recours.

Il est naturel qu'il n'y ait pas matière au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le cas où la sanction prononcée est la seule possible. Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir n'ira pas au-delà de la qualification juridique des faits<sup>113</sup>.

Il importe, d'autre part, que le juge de l'excès de pouvoir apprécie l'adéquation de la sanction en prenant en considération, le cas échéant, la « *nature particulière* » des fonctions exercées par le fonctionnaire et celle des

107. C.E.L., 7 juin 1995, Rached, RJA 1996, II, 595 et C.E.L., 4 décembre 1997, Abdalla, in RJA 1999, I, 185.

108. C.E., 29 avril 1988, Cuaz, in AJDA 1988, p. 400.

109. C.E., 7 novembre 1979, Mme Boury-Naurou, in RDP 1980, p. 449.

110. Comparer avec C.E., 25 mai 1990, Keiner, rec. 846 et C.E., 27 septembre 1991, Félix, rec. 1022 ; in AJDA 1992, p. 529, obs. J.C. Lorthe.

111. C.E., 24 juin 1960, Trolliet, rec. 423 et C.E., 25 juin 1982, X, Dr. adm. 1982, n° 301 et C.E., 25 novembre 1994, Picault, rec. 1014 et C.E.L., 4 décembre 1997, Abdalla, in RJA 1999, I, 185.

112. *A contrario* C.E., 20 décembre 1985, centre hospitalier Auban-Moët d'Épernay rec. 389.

113. C.E., 2 juin 1995, Bourse, rec. 873.

missions assurées par le service<sup>114</sup>. Le juge de cassation exerce son contrôle sur la qualification juridique des faits reprochés, que sur l'adéquation de la sanction à ces faits.

Si la procédure s'achève par le prononcé de la sanction, en tenant compte des principes susmentionnés, cela n'implique pas que la protection du fonctionnaire se limite à ce point. D'ailleurs, l'ultime garantie dont dispose le fonctionnaire se concrétise par les recours qu'il peut exercer contre le prononcé d'une sanction. Ainsi la juridiction administrative sera le garant des droits et libertés des fonctionnaires intéressés.

## B. Les recours contre les décisions disciplinaires

La sanction disciplinaire ne peut être aggravée sur le seul recours du fonctionnaire qui en fait l'objet. Ce principe posé dans un arrêt de section<sup>115</sup> est appliqué aux juridictions pénales d'après la règle de la prohibition de la *reformatio pejus*. Cette règle est applicable également au contentieux disciplinaire des ordres professionnels, lequel est juridictionnel<sup>116</sup>.

S'agissant d'une sanction administrative, la jurisprudence, rattachant sa solution à la théorie du retrait des actes administratifs, estimait, jusqu'en 1984, que la personne qui avait fait l'objet d'une telle décision avait un droit acquis à ne pas être frappé d'une sanction plus grave<sup>117</sup>.

Depuis l'arrêt Moreteau précité, le Conseil d'État a unifié sa jurisprudence en matière répressive et, désormais, le principe de la prohibition de la *reformatio in pejus* est acquis. Une telle évolution, favorable aux fonctionnaires, est également de nature à faciliter la tâche des autorités administratives<sup>118</sup>.

À la lumière de ce qui précède, les décisions disciplinaires peuvent émaner soit de l'autorité administrative hiérarchique supérieure, soit des conseils disciplinaires, et au Liban nous pouvons ajouter la direction d'inspection centrale. Ces décisions – selon leurs sources – obéissent, en général, à deux sortes de recours : les recours administratifs et les recours

114. C.E, 26 janvier 2000, La Poste, in *D.* 2000, IR, p. 90 ; in *RFDA* 2000, p. 467.

115. C.E, sect., 16 mars 1984, Moreteau, rec. 108, concl. B. Genevois.

116. C.E, 19 février 1964, Plainemaison, rec. 117.

117. C.E, sect., 23 juillet 1974, ministre de l'Intérieur *c/* Gay, rec. 441 ; in *AJDA* 1974, p. 534, chron. Franc et Boyon.

118. Cf. B. Genevois, concl. sur l'arrêt Moreteau préc.



juridictionnels, le législateur libanais en a ajouté un troisième recours concernant les procédures disciplinaires devant la direction d'inspection central, c'est le recours en opposition aux décisions prises par l'inspecteur ou l'inspecteur général à la commission d'inspection central.

### 1. Le recours administratif

D'après les règles et les principes généraux adoptés par la jurisprudence, au Liban comme en France, les fonctionnaires infligés d'une sanction disciplinaire peuvent tenter un recours gracieux devant l'autorité administrative compétente<sup>119</sup> ou un recours hiérarchique devant le supérieur administratif hiérarchique de l'autorité qui a pris la décision.

Ainsi, l'autorité administrative devant laquelle le recours est formé peut appliquer alors la théorie générale du retrait des actes administratifs.

L'application de cette théorie nécessite que les deux conditions suivantes soient remplies : l'illégalité de la décision et que le retrait de celle-ci soit fait dans le délai du recours contentieux, dans le cas où la sanction a créé des droits au profit des tiers<sup>120</sup>. Si le retrait de la mesure ne porte pas atteinte aux droits des tiers, il peut s'opérer sans délai, pour illégalité comme pour inopportunité<sup>121</sup>.

En revanche, la règle *non bis in idem* s'oppose à la substitution d'une sanction par une autre plus sévère, sauf si cette dernière est prononcée pour des motifs non réprimés par la première<sup>122</sup>.

Dans le cas où l'autorité souhaite atténuer la sanction, et peut légalement le faire, la mesure pourra rétroagir à la date d'effet de la décision initiale<sup>123</sup>. Il en est de même en cas de retrait légal d'une révocation, le fonctionnaire retrouve sa situation antérieure à la peine disciplinaire<sup>124</sup>.

L'autorité administrative peut être tenue de faire disparaître une sanction, si la condamnation pénale qui a fondé directement, et principalement ou

---

119. C.E, 24 janvier 1951, Bardiau, rec. 37.

120. C.E, 6 février 1948, Dlle Mollet et Salvan, rec. 62 et C.E.L, 7 février 1996, El Abdalla, in *RJA* 1997, II, 453.

121. C.E, 4 mai 1949, Maunier, rec. 196 et C.E.L, 6 février 1996, Gébrayel, in *RJA* 1997, II, 427.

122. C.E, 31 mai 1968, Moreau, rec. 348.

123. C.E, 26 mai 1950, Carrel, rec. 321.

124. C.E, 28 février 1908, Franco, rec. 187.

exclusivement, la mesure disciplinaire est annulée, l'abrogation de la sanction ne sera pas rétroactive<sup>125</sup>. Toutefois, le délai du recours contentieux ne sera pas rouvert par l'acquiescement de l'intéressé lorsque la sanction est devenue définitive, l'administration ne sera tenue que de l'obligation de procéder à un nouvel examen du cas<sup>126</sup>.

## 2. Le contrôle juridictionnel

Le juge administratif contrôle toutes les mesures disciplinaires. Ce contrôle s'exerce à travers les recours que présente le fonctionnaire intéressé par des pourvois pour excès de pouvoir ou par des pourvois en cassation<sup>127</sup>.

Ainsi, les mesures disciplinaires prises par les autorités administratives hiérarchiques font partie des décisions administratives générales et obéissent aux procédures du recours pour excès de pouvoir. Par contre, les mesures disciplinaires prises par la commission d'inspection centrale, par exemple, ou par le Conseil supérieur de la magistrature sont considérées des décisions judiciaires émises par des commissions administratives à caractère judiciaire et obéissent ainsi aux procédures du recours en cassation.

### a. Le recours en annulation

La demande au juge administratif de prononcer l'annulation d'une sanction disciplinaire n'est pas un contentieux de l'excès de pouvoir atypique. Il s'agit d'un recours contentieux qui s'exerce dans les conditions du droit commun. À cela s'ajoutent, tout naturellement, les recours en indemnisation pour faute commise par l'administration. Il faut donc insister d'une part sur l'étendue du contrôle du juge et sur les conséquences de ses décisions d'annulation de la sanction infligée dont l'une d'entre elles est précisément de déboucher parfois sur des recours dit de plein contentieux. En ce qui concerne les procédures d'urgence, le juge a considéré que « *la décision, fût-elle illégale, excluant un agent public pour un motif disciplinaire ne constitue pas, par elle-même, une atteinte à une liberté fondamentale* »<sup>128</sup>.

125. C.E., 3 mai 1963, Alaux, rec. 261, concl. Combarrous.

126. C.E., 13 juillet 1966, Goudinoux, in *AJDA* 1967, p. 105.

127. C.E.L., 23 février 1965, Omar Omar, rec. 136.

128. C.E., ord., 27 juin 2002, CHD de Troyes, in *AJDA* 2002, p. 965, note E. Royer.

*1°. L'étendue du contrôle du juge*

Il est bien admis, dans la jurisprudence, que ne seront accueillis que les recours dirigés contre les mesures disciplinaires qui infligent le fonctionnaire d'une sanction déterminée. Ainsi, les recours contre les mesures préparatoires<sup>129</sup> ou les actes de procédure<sup>130</sup>, seront rejetés. Seul le recours contre une décision disciplinaire finale exécutoire et faisant grief peut être accueilli par le juge.

Le Conseil d'État a considéré que le recours contre l'avis du conseil de discipline est irrecevable ainsi que le recours contre la décision par laquelle on refuse de donner une copie du dossier à l'avocat du fonctionnaire intéressé<sup>131</sup>.

De son côté le Conseil d'État libanais a considéré que ne seront pas recevables les recours dirigés contre les mesures de service qui ne portent pas atteintes aux droits du fonctionnaire intéressé, et ne peuvent être reçus que les pourvois dirigés contre une sanction disciplinaire exécutoire. Ainsi la décision de la commission de l'inspection centrale qui envoie le fonctionnaire devant le conseil de discipline et qui demande de le poursuivre pénalement ne peut pas faire l'objet d'un recours auprès de Conseil d'État libanais<sup>132</sup>.

Depuis une dizaine d'années, le Conseil d'État a déclaré recevable les recours formés par des militaires tendant l'annulation de décisions telles des arrêts de rigueur, dès lors qu'elles ont des conséquences juridiques, par exemple sur une liberté publique ou sur la situation et la carrière du fonctionnaire intéressé<sup>133</sup>.

Ainsi, le juge administratif exerce un contrôle approfondi sur la légalité externe de la mesure disciplinaire en examinant l'exactitude et la légalité des procédures suivies par l'autorité administrative compétente pour décider s'il y a lieu à annuler la décision pour vice d'incompétence ou de forme<sup>134</sup>.

---

129. C.E, 11 juillet 1947, Dewavrin, rec. 307.

130. C.E, 13 juillet 1963, Quesnel, rec. 461 ; Dr. adm. 1963, n° 283 ; in *AJDA* 1964, II, 41 et C.E.L, 8 janvier 1997, Jaber, in *RJA* 1998, I, 190.

131. C.E, 27 janvier 1982, Nicole Pelletier, rec. 36 et dans le même sens C.E.L, 18 décembre 1995, la société libanaise pour l'industrie de l'acier, in *RJA* 1997, I, 210.

132. C.E.L, 13 mars 1972, A. H., rec. 212 et C.E.L, 9 octobre 1997, Haddad, in *RJA* 1999, I, 20 et dans le même sens C.E, 29 septembre 1961, Gander, rec. 529.

133. C.E, 17 février 1995, Hardouin, rec. 82.

134. C.E, 29 mars 1983, Blanc, rec. 368.

Dans cette perspective, le Conseil d'État libanais a annulé une décision prise par le conseil de discipline pour les forces de sûreté intérieure qui a évincé un officier. Le Conseil d'État libanais a annulé *a posteriori* tous les effets de cette décision, après qu'il s'était prouvé que les enquêtes poursuivies étaient entachées de vice de procédure et dont la décision d'accusation se fondait d'une manière principale sur ces enquêtes<sup>135</sup>.

De même, la constante jurisprudence libanaise annule les décisions qui infligent le fonctionnaire d'une sanction disciplinaire sans l'approbation de son supérieur hiérarchique directe. Cette approbation est nécessaire, elle forme une procédure substantielle et constitue un des éléments importants du droit de la défense<sup>136</sup>. L'accord du supérieur hiérarchique directe vise, d'après le Conseil d'État libanais, à fournir des garanties suffisantes aux fonctionnaires de telle façon que leur supérieur est le mieux à comprendre leurs problèmes et peut estimer leurs circonstances et intentions<sup>137</sup>. Toutefois, la jurisprudence considère que l'accord positif du chef hiérarchique ne relie pas l'autorité disciplinaire compétente qui conserve la liberté de déterminer le « seuil » de la sanction ainsi que son « plafond » ou même d'en dispenser le fonctionnaire<sup>138</sup>.

Donc, il revient de dire que la jurisprudence libanaise considère que l'autorité administrative disciplinaire qui inflige au fonctionnaire une sanction sans l'accord de son chef, manquera à une formalité substantielle. Ainsi, la décision sera viciée d'un vice de forme ou de procédure et sera annulée pour excès de pouvoir.

En outre, le juge administratif exerce un contrôle sur la légalité interne de la mesure disciplinaire. Il examine sa conformité aux lois et à l'autorité de la chose jugée ainsi qu'elle n'est pas viciée par le vice de détournement de pouvoir<sup>139</sup>.

---

135. C.E.L., 1<sup>er</sup> mars 1973, Ide, rec. 44.

136. C.E.L., 12 janvier 1971, Chémaly, rec. 11.

137. C.E.L., 28 février 1973, Chémaly, rec. 36.

138. C.E.L., 26 mai 1978, Abed El Nour, in *RJA* 1978, III, 45.

139. C.E., 21 avril 1950, Gicquel, rec. 225.

Ainsi, la juridiction contrôle l'exactitude matérielle des faits<sup>140</sup> ainsi que leur qualification légale en examinant si tel acte ou comportement forme légalement une faute disciplinaire ou pas<sup>141</sup>.

## 2°. *Les conséquences de l'annulation*

Toutes les mesures ou les effets exécutoires d'une décision disciplinaire seront éventuellement annulés si cette dernière est déclarée annulée par le Conseil d'État libanais<sup>142</sup>. Cela signifie que l'administration est tenue d'effacer et de revenir sur toutes les mesures et effets produits par une décision annulée, et de les considérer comme inexistantes car l'annulation produit un effet rétroactif.

Donc, dans le cas où un fonctionnaire est évincé par une décision disciplinaire, l'annulation de cette dernière exige certainement le retour de ce fonctionnaire à ses fonctions comme s'il n'a jamais été évincé<sup>143</sup>.

La jurisprudence adoucit la rigueur de ce principe et n'exige pas la réintégration du fonctionnaire évincé dans son même emploi mais qu'il soit réintégré dans un poste équivalent<sup>144</sup>. Toutefois, l'affectation à un emploi différent doit respecter les conditions requises par la mutation dans l'intérêt du service et notamment les nouvelles fonctions de l'intéressé doivent comporter « *les mêmes avantages pécuniaires et les mêmes garanties de carrières* ». Il en va autrement si la nature des fonctions exige que le fonctionnaire retrouve son emploi<sup>145</sup> ; dans ce cas, le retrait de la nomination de son successeur doit être prononcé.

L'évolution de la jurisprudence va d'ailleurs dans le sens d'une protection accrue des fonctionnaires en prévoyant des conséquences des annulations contentieuses pour l'administration exigeante. De plus, le juge estime que la réintégration du fonctionnaire doit impliquer de la part de celle-ci un retrait de l'acte par lequel elle avait pu nommer un autre fonctionnaire dans cette même fonction sans référence à la notion de poste équivalent<sup>146</sup>. Il faut

---

140. C.E, 14 janvier 1916, Camino, rec. 15.

141. C.E, 12 janvier 1949, Mousset, rec. 16 et C.E, 12 mars 1975, ville de Pau, rec. 186.

142. C.E.L, 20 juin 1969, Balloute, rec. 195.

143. C.E, 16 novembre 1960, Peyrat, rec. 625.

144. C.E, 11 janvier 1985, Lebras, Dr. adm. 1985, n° 93.

145. C.E, 1<sup>er</sup> décembre 1961, Bréart de Boissanger, rec. 676.

146. C.E, 2 juillet 1999, M. Hirsh-Marie, req. n° 190474.

noter aussi que le juge peut aussi prononcer la suspension de l'éviction qui impliquera, elle aussi, la réintégration de l'intéressé<sup>147</sup>.

D'après ce principe, le Conseil d'État libanais a considéré que la décision prise par le directeur général des forces de sûreté intérieure en se fondant sur la décision annulée postérieurement du conseil de discipline, sera annulée elle aussi<sup>148</sup>. Ce principe exige de l'administration de procéder à la reconstitution de la carrière telle qu'elle se serait déroulée depuis l'éviction illégale<sup>149</sup>. Cela implique qu'elle doit prendre des actes rétroactifs qui vont restituer au fonctionnaire irrégulièrement évincé les avancements à l'ancienneté dont il aurait bénéficié en application des règlements applicables. C'est ainsi qu'il a droit rétroactivement à l'avancement au choix, déterminé en considération à la fois de sa valeur propre avant son éviction et de ses chances de promotion comparable à celle de ses collègues. L'administration est aussi tenue de rétablir l'intéressé dans ses droits à pension<sup>150</sup>.

Depuis l'arrêt Deberles<sup>151</sup>, un fonctionnaire dont la révocation a été annulée ne peut pas obtenir, en l'absence de service fait, un rappel de son traitement. Il ne peut pas non plus obtenir une indemnité compensatrice de logement de fonction car l'occupation de ce logement est liée aux nécessités de l'exercice effectif des fonctions. C'est la fonction qui est logée et non pas le fonctionnaire<sup>152</sup>.

En revanche, lorsque l'éviction est justifiée au fond et que la sanction a été annulée pour vice de procédure, dans ce cas le fonctionnaire n'aura droit à aucune indemnisation<sup>153</sup>. Dans ce cas et de surcroît, la « *reconstitution de carrière peut ne pas être suivie d'une réintégration effective* ».

La reconstitution de carrière peut ne pas être suivie d'une réintégration effective lorsque le fonctionnaire a atteint la limite d'âge ; il n'est plus en

---

147. C.E, 13 juin 2003, Chakir, req. n° 243615, rec. 253.

148. C.E.L, 17 janvier 1972, Trabolsi et ses camarades, rec. 101 et dans le même sens C.E.L, 4 janvier 1972, Daou, rec. 44.

149. C.E, 26 décembre 1925, Rodière, rec. tables p. 1065.

150. C.E, sect., 18 novembre 1957, Vve Champion, rec. 590 et C.E, 9 novembre 1994, Mme Bensimon, rec. tables p. 1020.

151. C.E, Ass., 7 avril 1933, Deberles, rec. 439 ; in S. 1933. 3 p. 68.

152. C.E, 6 mars 1987, Sola, rec. tables p. 806 et C.E, 13 janvier 1988, Consorts Louchart, rec. tables, p. 880.

153. C.E, Ass., 14 février 1997, Colonna, req. n° 111468, rec. ; in *Gaz. Pal.* 30 septembre 1997.

état de reprendre ses fonctions ; il occupait un emploi à la discrétion du Gouvernement<sup>154</sup>.

La conséquence essentielle qui découle de l'annulation d'une mesure disciplinaire injustifiée réside dans le fait que cette annulation peut engager la responsabilité de l'autorité administrative compétente à l'égard du fonctionnaire<sup>155</sup>. Ce dernier percevra une indemnité compensant le préjudice subi, c'est-à-dire en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, du préjudice moral<sup>156</sup>, de la durée de l'absence de situation régulière<sup>157</sup>, de la sanction qui aurait été justifiée<sup>158</sup>. Mais l'indemnisation sera refusée si la sanction est justifiée au fond<sup>159</sup>.

Une dernière conséquence de l'annulation de la sanction dérive d'une application directe du texte qui prévoit que le juge peut à la demande de l'intéressé, adresser à l'administration des injonctions afin que celle-ci exécute ses obligations. Le juge peut prescrire des mesures d'exécution assortie d'une astreinte<sup>160</sup>.

Par un arrêt du 2 juillet 1999<sup>161</sup>, le Conseil d'État, explique que *« l'exécution du jugement par lequel le tribunal administratif de Paris a annulé la décision déchargeant M. Hirsch-Marrie de ses fonctions implique nécessairement [...] qu'il soit réaffecté dans son emploi ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'enjoindre la commune de le réintégrer dans ses fonctions de chef du service de la réglementation de la division de l'urbanisme, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision sous peine d'une astreinte de 1000 F par jour »*.

La procédure de l'astreinte se déroule en deux temps. Dans un premier temps, le juge prononce une astreinte d'un certain taux et fixe le délai à partir duquel l'astreinte commencera à courir en cas d'inexécution de la décision qu'il a rendue. Dans un deuxième temps, en cas de persistance du refus de réintégration ordonnée par le juge, cette astreinte est liquidée ; la collectivité

---

154. Cf. V. Pecresse, concl. sur C.E., 29 novembre 1997, Kavvadias, rec. 477.

155. C.E.L., 15 avril 1969, M. N., rec. 132.

156. C.E., 26 juillet 1978, Vinolay, rec. 315.

157. C.E., 15 mai 1936, Hayer, rec. 547.

158. C.E., 16 mai 1984, Hospice Payraudeau, rec. 748.

159. C.E., 14 novembre 1984, Commune de Longages, rec. 806.

160. C.E., 14 janvier 1987, Melle Laucoin, rec. 5.

161. C.E., 2 juillet 1999, M. Hirsch-Marrie, req. n° 190474, rec. tables.

publique doit la payer. Le montant de l'astreinte pourra être partagé entre l'évincé irrégulièrement et le fonds de compensation de la TVA<sup>162</sup>.

### ***b. Le recours en cassation***

À l'égard des décisions rendues par les organismes et commissions administratives à caractère juridique, le Conseil d'État libanais se comporte en juge de cassation<sup>163</sup>. De même, en France, à l'égard des juridictions disciplinaires. Ainsi, peuvent lui être déférées les décisions rendues en dernier ressort<sup>164</sup>.

Le pourvoi en cassation est considéré comme une des formes du recours en annulation pour excès de pouvoir. Ce dernier se présente contre les actes administratifs alors que le pourvoi en cassation est dirigé contre les décisions rendues par les commissions administratives quasi-juridiques<sup>165</sup>.

Parmi les commissions administratives quasi-juridiques, au Liban, se trouvent la haute commission pour la discipline, le Conseil supérieur de la magistrature et la commission d'inspection centrale<sup>166</sup>. En France, figurent parmi ces commissions, le Conseil supérieur de la magistrature<sup>167</sup>.

La compétence du Conseil d'État, juge de cassation, se limite à la vérification de la légalité des moyens recevables, de l'incompétence, la motivation de la décision et le contrôle de l'erreur de droit ou celle relative aux faits ainsi que la qualification de ces derniers et la conformité de la sanction aux faits<sup>168</sup>.

Le juge de cassation, par opposition au juge d'annulation, n'a pas le droit de contrôler la bonne appréciation qu'exerce le juge du fond sur l'existence

162. C.E, 22 novembre 1999, M. Lothar, req. n° 141236 et 190092, rec. tables.

163. C.E.L, Ass., 16 mai 2002, El-Helou c/ l'État, in *RJA* 2005, II, 780.

164. C.E, 7 février 1947, d'Aillères, rec. 50.

165. C.E.L, 19 juin 1962, Saab, rec. 123 et C.E.L, 22 octobre 1962, Oweyda, rec. 1963, p. 10.

166. C.E.L, 12 mars 1997, El-Arja, in *RJA* 1998, I, 325 et C.E.L, 1<sup>er</sup> juillet 1998, Kattar, préc.

167. C.E, 12 juillet 1969, l'Etang, rec. 388 ; in *RDP* 1970, p. 387, note M. Waline.

168. C.E, 2 février 1945, Moineau, rec. 27 ; in *D.* 1945, p. 269, note Colliard et C.E, 14 mars 1975, Rousseau, rec. 194 ; in *RDP* 1975, p. 823, concl. Dondoux ; in *JCP* 1976, II, 18423, note Nérac et C.E.L, 1<sup>er</sup> juillet 1988, Ghosn, non publié et C.E.L, 8 février 2001, Ghosn c/ L'État – La Haute commission de discipline, in *RJA* 2004, I, 320.



d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>169</sup>, de même en ce qui concerne le détournement du pouvoir<sup>170</sup>.

Mais, en exception à ce principe, si la décision disciplinaire objet du recours était entamé d'un vice concomitant à l'interprétation du contenu d'un document essentiel auquel se fondait le juge du fond pour juger l'affaire, alors le juge de cassation pourra réjouir de sa compétence pour contrôler l'exactitude de l'appréciation du juge du fond et ensuite cassera le jugement. Ainsi, la jurisprudence permet au juge de cassation d'effacer les erreurs grossières commises par le juge de fond. Le contrôle du juge de cassation sera similaire à celui du juge de l'annulation<sup>171</sup>.

En France, l'annulation éventuelle s'accompagne du renvoi, s'il reste quelque chose à juger<sup>172</sup>, la juridiction de renvoi devant reprendre la procédure, formuler une nouvelle décision qui relèvera de la cassation du Conseil d'État, à son tour<sup>173</sup>. En effet, la décision du juge de cassation s'impose au juge de renvoi<sup>174</sup>.

Cette solution est aussi adoptée au Liban mais seulement pour les décisions disciplinaires, ainsi, le Conseil d'État libanais a considéré que « *le recours en cassation ne transmet pas l'action devant le Conseil d'État mais ce dernier se limite à vérifier que le juge du fond a retiré des faits leur effets légaux (sic) [...]* »<sup>175</sup>.

Le renvoi s'effectue par les voies administratives, le juge du fond se retrouve en pleine juridiction<sup>176</sup> pour juger l'affaire renvoyée. La juridiction peut modifier les constatations et appréciations qu'elle avait faites précédemment<sup>177</sup>. Le juge de fond peut confirmer son jugement cassé mais en se basant sur des causes légales différentes<sup>178</sup>.

---

169. C.E, 18 novembre 1994, Société Clikey Dépannage, rec. 505 ; RFDA 1995, p. 679, concl. du Marais ; in *AJDA* 1995, p. 109, obs. Touvet et Stahl.

170. C.E, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, in *D.* 1999, p. 101, note Hauriou et C.E.L, 8 février 2001, Ghosn, préc.

171. C.E.L, 8 février 2001, Ghosn, préc.

172. C.E, 23 mars 1956, Louis, rec. 136.

173. C.E, 18 février 1949, Fauchon, rec. 82.

174. C.E, 8 juillet 1904, Botta, rec. 457, concl. Romieu.

175. C.E.L, 2 mai 1968, Jaloul et Harakeh, rec. 116 et C.E.L, 8 février 2001, Ghosn, préc.

176. C.E, 9 octobre 1964, Pionon, rec. 458.

177. C.E, 9 octobre 1964, Pionon, préc.

178. C.E, 6 mars 1957, Cie Paul Piketty, rec. 1005.

Enfin, nous remarquons d'après le chemin suivi par cette jurisprudence que le juge du fond retrouve sa compétence totale pour rejurer l'affaire renvoyée après la cassation de son premier jugement qui ne le relie pas. Cette orientation est sauve, saine et logique vue que le jugement principal cassé ou annulé est considéré comme inexistant.

Nous concluons en indiquant que d'après la jurisprudence libanaise, le rôle du juge ne se résume pas seulement à vérifier des sanctions prononcées contre un fonctionnaire ayant failli à ses devoirs professionnels, mais il consiste aussi à protéger les intérêts des parties à l'instance. Ainsi, le juge s'érige en défenseur du fonctionnaire sanctionné afin de le protéger des abus commis par l'autorité administrative investie du pouvoir disciplinaire<sup>179</sup>.

---

179. C.E.L., 23 octobre 2001, Abdalla, in *RJA* 2005, I, 25.

## Bibliographie

CHAPUS R., *Droit administratif général*, T. II, 15<sup>e</sup> éd., 2001.

ODENT R., *Contentieux administratif*, 1976-1981.

PLANTEY A., *La fonction publique*, Traité général, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2000.

PLANTEY A., *Le fonctionnaire public*, Dalloz, répertoire de Droit public et administratif, 1959.

SALON S., *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, Thèse, Paris, 1976.

Recueil Le Bon.

Recueil de la jurisprudence administrative libanaise.

Revue de la justice administrative.

Actualité juridique du droit administratif.

Revue française du droit administratif.

Revue administrative.

La Semaine Juridique.

Les cahiers de la fonction publique.



# Private International Law in the PRC

## A Study on the Rules Governing the Choice of Law by the Parties in “Foreign-Related” Contracts

---

*Rashad Tabet, Attorney at Law and Legal Consultant, PhD Candidate in International and Chinese Law at China University of Political Science and Law (CUPL)*

### Abstract

In 1979, the fifth National People’s Congress triggered China’s economic reform and opening up policy to the world. Before this point, any foreign capitalist participation in the Chinese Economic development was strictly prohibited and the very existence of foreign-related contracts was hardly conceivable. Nevertheless, *the “Foreign Influence” syndrome seems to have become less acute in China since the nation started to move closer to the rest of the world both economically and socially*<sup>1</sup>. Ever since, China’s position on foreign participation in the economy has evolved from wariness and suspicion towards an increasingly *active encouragement*<sup>2</sup>. As a result, during the last

- 
1. Mo ZHANG, *Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*, Winter 2006 issue 2, J. Int’l L. & Bus.289, Vol. 26, p. 301, Hereinafter, Mo Zhang.
  2. See in this regard, Mark Schaub, *Foreign Investment in China: Entry, Operation and Exit Strategy*, 2<sup>nd</sup> Ed., CCH Hong Kong Ltd., Wolters Kluwer Group, 2011, p. 5, hereinafter Schaub.

three decades, China *has achieved development on an unprecedented scale*<sup>3</sup>. To handle such a dramatic progress, the country is undertaking constant improvements to the legal system in order to cope with the increasing amount of “Foreign-Related” Civil Disputes; an *unavoidable consequence of business interactions with foreign countries*<sup>4</sup>. Private International Law in general stands as one of the most significant governing sections of the Chinese Legal system with regards to *Foreign-Related Disputes* and the PIL rules pertaining to the choice of law in contracts remains of utmost importance to the healthy development of “business interactions” between China and the world.

## Introduction

Given their tremendous and increasing importance, the judicial system of the PRC had to give a specific consideration to foreign-related litigations by designating special civil divisions on the intermediate and higher levels to handle such cases<sup>5</sup>.

In this context, rises the importance of Private International Law, which orchestrates the application of foreign law in cases tried by the Forum and all the resulting complications related to this process. Nevertheless, Private International Law in China is still in a developing stage although it has undertaken a huge evolution in the last decades.

Despite the fact that some scholars consider that originally the concept of conflict rules has emerged in China under the Tang Code<sup>6</sup> (唐律; Táng lǜ) adopted in 651 AD when China was the economic and cultural center of

- 
3. Wang HUI, *A review of China's Private International Law During the 30-Year Period of Reform and Opening-up*, ASLI Working Paper, n° 002, May 2009, [www.law.nus.sg/asli/pub/wps.htm](http://www.law.nus.sg/asli/pub/wps.htm), hereinafter, Wang Hui.
  4. See Mo ZHANG, *supra* note 1, at 301.
  5. In the SPC, the Fourth Civil Division, a professional court composed of specialized judges, is designated to adjudicate civil cases with foreign elements. Case elements from Hong Kong and Macau are also considered as foreign elements. In this regard, see, Zhengxin HUO, *Two Steps Forward, One Step Back: A commentary on the Judicial Interpretation on the Private International Law Act of China*, *Honk Kong Law Journal*, 2013, Vol. 43, Part II, 685, at p. 5, hereinafter, *Two Steps Forward*. See also, Mo ZHANG, *supra* note 1, at note 53.
  6. Weidong ZHU, *Codification of Private International Law: The Latest Development in China*, *Codicillus* Vol. 48, n° 1, 2007, Unisa Press p. 11-30, at 12, hereinafter, Weidong Zhu.

Asia<sup>7</sup>, there were barely any choice of law rules pertaining to contracts and commerce in China before the opening up era.

However, the purpose of this paper is not to explore all the angles of Private International Law in China which would require tremendous space but rather to focus on the particular angle of the Choice of Law rules in Contracts.

As a result, emphasis will be made on the actual and most commonly accepted theory of Choice of Law which is the Party Autonomy Doctrine adopted by the Chinese Legislator. The different grounds for the application of foreign law to contracts such as the British theory of the “Proper Law of the Contract”, or the concepts of equality, mutuality and universality or other *Sovereignty-Sensitive*<sup>8</sup> theories are no less interesting but will not be explored for practical reasons. However, a brief evolution of the Legal Framework of PIL will be discussed in order to set the stage for the Study of the Choice of Law rules in Contracts in the PRC.

## **I. Evolution of the Legal Framework of PIL in the PRC with regards to Contracts**

In the PRC, The first statute setting the choice of law rules in contractual matters was the Foreign Economic Contract Law of 1985<sup>9</sup>, which for instance, under its article 5, allowed the parties to a contract to choose the law to be applied to the disputes arising from their relationship. And in the event of absence of choice, the law of the country showing the closest link with the contract shall apply<sup>10</sup>. Clearly, this law sets the premises for the adoption of the Party Autonomy Principle however with Chinese Characteristics. Nonetheless, this law treated foreign and domestic

---

7. Under its first title the Tang Code provides for the fundamental part where a typical conflict rule was incorporated: “*if the dispute involved people who are part of the same ethnic group it shall be settled according to their own customary sovereignty; if the dispute concerns people from different ethnic sovereignties, then the Law of the Tang Code shall apply*”.

See also in this regard, Zhengxin HUO, *Private International Law*, Foreign Economic and Trade University Press, 1st Ed., August 2011, at 73, hereinafter, Zhengxin HUO. See also, Weidong ZHU, *Supra* note 6, at 12, and Mo ZHANG, *Supra* note 1 at 289.

8. See Mo ZHANG, *supra* note 1, at 304.

9. See *Law on Economic Contracts Involving Foreign Interest*, promulgated by the Standing Committee of the National People’s Congress on March 21, 1985, Effective July 1, 1985.

10. See *ID*, at article 5.

contracts<sup>11</sup> separately, and did not apply to Chinese Citizens but was limited to contracts *concluded between enterprises or other economic organizations of the People's Republic of China and foreign enterprises, other economic organizations or individuals*<sup>12</sup>.

Shortly later, the “General Principles of Civil law” (Hereinafter GPCL) was promulgated in 1986. The GPCL included in its chapter VIII the rules of *Application of Law in Civil Relations with Foreigners*<sup>13</sup>. Nevertheless, despite the reiteration of the principle of Party Autonomy in article 145<sup>14</sup> of the GPCL, the choice of Law in foreign contract was still not available to Chinese citizens due to the provisions of the aforementioned Law on Foreign Economic Contracts.

It wasn't until the Contract law of China was promulgated in 1999<sup>15</sup> and the law on Foreign Economic Contracts simultaneously repealed that the principle of party autonomy was clearly consecrated by the Chinese Legal System, still however with certain limitations.

In fact, the CCL in its article 126 lays down the foundation for the principle of Party Autonomy in the Choice of law along with an exception clause to it. The article provides that *the parties to a foreign-related contract may choose those laws applicable to the settlement of contract disputes, unless stipulated otherwise by law*. This Article also provides for the alternative in the absence of choice of law by the parties by stipulating that in this *instance the State laws most closely related to the contract shall apply*<sup>16</sup>.

However this article did not clearly handle the scope and the different modalities of exercise of Party Autonomy in the Choice of Law. The facts remained that the contractual area of PIL in China needed more clarification. This prompted the Supreme People's Court (SPC), by virtue

---

11. See in this regard, Mo ZHANG, *supra* note 1, at 313.

12. See *supra* note 9, at article 2.

13. See *The General Principles of Civil Law of the PRC*, Order No.37 of the NPC, promulgated on 12 April 1986, effective January 1, 1987, revised by the SCNPC on August 27, 2009, hereinafter GPCL.

14. See ID, article 145.

15. See *Code of Contract Law of the PRC*, translated into *Contract Law of the People's Republic of China*, Adopted and Promulgated by the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999, hereinafter CCL.

16. See ID, article 126.



of its interpretative powers<sup>17</sup>, to bridge the gaps by issuing *The Provisions on Certain Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Cases Involving Disputes over Foreign-related Civil or Commercial Contracts*<sup>18</sup> (Hereinafter, *Provisions of 2007*). This Judicial Interpretation was regarded as a significant progress by Chinese scholars, and constituted a major source of reference for Chinese Courts in the adjudication of disputes involving foreign elements<sup>19</sup>.

Nevertheless, the Chinese Private International Law remained quite disseminated and ambiguous due to the lack of embodiment of the miscellaneous relevant statutes in a unified codification. To help with the reorganization of Chinese PIL Rules, the Chinese Institute of PIL had already published in 2000 a Model Law of PIL of China. This Model Law specifically dealt with the application of law in Contracts in its Chapter III section 8<sup>20</sup>.

Later on in 2010, the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress adopted the first statute on Conflict Law *per se* in China. *The Law of the PRC on Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations*<sup>21</sup> (Hereinafter, the Conflict Act), now the major source of Conflict of Law Rules, was welcomed as a *historic event in Chinese Legislative history*<sup>22</sup>, and was considered as the ultimate step in the long Journey of Modernization of the Private International Law Rules of China.

- 
17. According to the Organic Law of the People's Courts of the PRC, the SPC has the authority to give Judicial Interpretations. When a new statute or decree is enacted, the SPC is entitled to provide Interpretations on *questions concerning specific application of Laws and decrees in judicial proceedings*.  
See Article 32 of the *Organic Law of the People's Courts of the PRC*, as revised by Order n° 59 of the SCNPC on the 31<sup>st</sup> of December 2006, effective on January 1, 2007.
  18. See *Provisions of the SPC on Certain Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Cases Involving Disputes over Foreign-related Civil or Commercial Contracts*, Fa Shi (2007), n° 14, promulgated on 23 of July 2007, effective August 8, 2007, however repealed pursuant to the *decision of the SPC on Repealing Some Judicial Interpretations and Judicial Interpretative Documents Promulgated During the Period from July 1, 1997 to December 31, 2011*, (Batch 10), promulgated on February 26, 2013, effective April 8, 2013.
  19. See Zhengxin HUO, *supra* note 7, at 254.
  20. See Chinese Institute of Private International Law, *Model Law of Private International Law of China*, 2000, as cited in Mo ZHANG, *supra* note 1, at note 9, p. 291.
  21. See *Law of the PRC on Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations*, Promulgated by the SCNPC on the 28<sup>th</sup> of August 2010, effective April 1, 2011.
  22. See Zhengxin HUO, *supra* note 7, at 79.

Despite the first hour jubilations, and notwithstanding the fact that the Conflict Act was indeed a major standardization process, it was quite far from being a “Model” Private International Law Statute. According to Pr. Zhengxin Huo, the Act remained but “*an Imperfect Improvement*”<sup>23</sup> and came burdened with miscellaneous flaws, such as the lack of comprehensiveness as to its title, which was limited to civil relationships only despite the fact that the term “civil” would probably include “commercial” transactions in the very large sense<sup>24</sup>.

Among other salient shortcomings in the Act which are worth mentioning, we refer to the unpredicted adoption of the habitual residence as a universal connecting factor, or the surprising absence of delimitation and definition of the Foreign-Related standard.

Following strong criticism from Chinese scholars concerning the newly enacted Conflict Act, the SPC with its Interpretative authority had again to step in to provide a comprehensive clarification of the Conflict Act. The SPC in a first phase of action issued *The Interpretation of the SPC on Certain Issues Concerning the Application of the “Law of the PRC on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations” (I)*<sup>25</sup> (Hereinafter Interpretation I). This Interpretation covered essentially the general provisions of the Conflict Act and certain salient issues that remain problematic to the Choice of Law by the Parties in Foreign Related Contracts. It is likely that the SPC would issue a second Interpretation of the Act to cover other matters in the future<sup>26</sup>.

Therefore, based on the framework above, we will examine consecutively; the scope of application of PIL rules on Contracts. Afterwards, the Principle of Party Autonomy in the Choice of the Applicable Law will be analyzed, followed by the examination of the determination of the applicable law in the event of absence of choice by the party, before concluding.

---

23. See Zhengxin HUO, *An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China*, 2011, 60 Int'l & Comp LQ, 1065, 1070.

24. In this regard see, *Two Steps Forward*, supra note 5, at 2.

25. See *Interpretation of the SPC on Certain Issues Concerning the Application of the Law of the PRC on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations (I)*, Fa Shi [2012] n° 24, promulgated by the SPC on December 28, 2012, effective January 7, 2013.

26. See in this regard, *Two Steps Forward*, supra note 5, at 7.

## II. Identification of the Scope of Application of PIL to Contracts

It is mostly a universal rule in PIL that whenever we are in presence of international transactions, the parties are entitled to choose the applicable law to their relationship, at least to the substantive aspects of it. Nevertheless, the criterion of determination of whether a contractual relationship qualifies for a choice of law by the parties can vary from one country to the other. Some countries would chose a criterion as simple and broad as the relation of the subject matter of the contract to International Commerce; other countries would rather restrict the scope and increase the prerequisites.

### 1. Foreign-related Contracts

In China, articles 145 of the GPCL as well as 126 of the CCL both provide that *the parties to a contract involving foreign interests may choose the law applicable to settlement of their contractual disputes except as otherwise stipulated by law*<sup>27</sup>. However both laws do not clearly provide a definition for that foreign interest or element. The SPC had issued previously an *Opinion on Certain Issues Concerning the Implementation of the GPCL in 1988*<sup>28</sup>. This document attempted a definition of the foreign element in its article 178. The article provided that *where either party or both parties of a civil relationship is a foreigner, stateless person, or foreign legal person, or where the subject matter of a civil relationship is located in a foreign country, or where the legal fact that the civil rights or obligations are established, changed or extinguished occurs in a foreign country, such civil relationship shall be a civil relationship involving foreign elements*.

Another important document issued by the SPC attempting a definition of the foreign element is the *Opinions of the SPC on Certain Issues Concerning the Application of the Civil Procedure Law of the PRC* issued in 1992 and revised in 2008. In its article 304 under Chapter 18 on Special Provisions on Foreign-Related Civil Litigations, this interpretation defines foreign-related civil cases as the cases, *where one party or both parties concerned are foreigners, stateless persons, or foreign enterprises or organizations, or where the legal facts of the establishment, change and termination of legal relationship*

27. See article 145 GPCL and article 126 CCL.

28. See Opinions of the SPC on Certain Issues Concerning the Implementation of the GPCL of the PRC, Fa (Ban) [1998] n° 6, promulgated by the SPC on January 1988, revised in 1990 and on December 24, 2008.

*between parties concerned occur abroad, or where the subject matter of action is in a foreign country*<sup>29</sup>.

When the Conflict Act was enacted, Chinese scholars expected a clear and neat definition of the Foreign related Standard at least for scope demarcation purposes<sup>30</sup>, however, article 41 of the Act came completely free from any hint on the matter and simply provided that parties “Concerned” may choose the laws applicable to a contract by agreement [...]. As for article 3 of the act, it was slightly broader as it spoke of “Foreign-Related Civil Relations”. The private International Law Act who was supposed to be the benchmark in foreign- related issues came instead very laconic and even far less precise than the SPC Interpretation of the GPCL or the CLL.

## 2. The Chinese Standard for “Foreign related” Issues

In a first stage, contracts with foreign elements had to be interpreted according to previous SPC Interpretations<sup>31</sup>, and were defined as contracts having at least one of the following attributes:

- a- One or both parties are foreigners, stateless, foreign entities or organizations;
- b- The legal circumstances relating to the conclusion, modification or termination of a contractual relationship between the parties occurred in a foreign country.
- c- The subject matter of the dispute is located in a foreign country.

However, and despite the fact that those conditions are not cumulative, it seems that they aren’t mutually exclusive as well since it is still hard to conceive a contract concluded between two Chinese people with the subject matter of the dispute located in a foreign country being treated as a foreign related contract by the Chinese Courts.

Nevertheless, and as mentioned in the framework section, the Interpretation (I)<sup>32</sup> of the Conflict Act supplemented the lack of clear definition and provided in its Article 1 for a better mechanism to assess

---

29. See Opinions of the SPC on Certain Issues Concerning the Application of the Civil Procedure Law of the PRC, Fa Fa, [1992], n° 22, effective July 14, 1992, revised on December 16, 2008.

30. See in this regard, *Two steps Forward*, supra note 5 at 7.

31. See framework section.

32. See supra note 25.

the foreign relation. This article established what scholars called *the liberal “three-element test”*<sup>33</sup> by contrast to the abovementioned more rigid one established by former SPC interpretations.

Article 1 of the Interpretation (I) provides:

*A people’s court may recognize civil relations in any of the following situations as foreign-related civil relation:*

- 1- *A party or both of the parties concerned is/are a foreign citizen(s), a legal person(s) or other Organization(s) in a foreign country or a person(s) without nationality.*
- 2- *The habitual residence of a party or both of the parties concerned is outside the territory of the PRC.*
- 3- *The subject matter is outside the territory of the PRC.*
- 4- *The legal facts that establish, change or eliminate civil relations occurred outside the territory of the PRC, or*
- 5- *Other situations that may be recognized as foreign-related civil relations.*

It is obvious that the adoption of paragraph 5 of this article could noticeably expand the scope of the Act on situations that do not really fit in the original three-element test. However, the adoption of the habitual residence as a connecting factor by the Act could be interpreted at best as ambiguous. The fact is that in our opinion this criterion remains a double edged sword whereas it could lead to the consideration of a Chinese citizen established or residing outside as eligible to pass the foreign element test, but could also withdraw the foreign nature from a foreign entity or person residing habitually in China.

### **3. Limitations of the Standard**

The foreign-related criterion adopted in China seems to be too narrow to meet all the needs of development of the Chinese market economy since it seems to exclude a large segment of market actors who would prefer to have more flexibility and more choices in the settlement of issues merely resulting from the business world. Nevertheless, the reason probably remains related to the fact that FIE’s (Foreign Investment Entities) in China are considered as Chinese entities despite the fact that they are largely foreign invested.

---

33. See One Step Forward, supra note 5 at 8.

The limitation in article 126<sup>34</sup> CCL as to JV and other FDI structures seems behind the rejection of the possibility of a totally objective criterion of identification for foreign elements.

Nonetheless, it would be a major solution to amend the conflict act in the future and introduce a broader and objective definition of International Contracts, perhaps using a standard similar to the UNCITRAL arbitration model law as to the definition of “*International*” arbitration<sup>35</sup> or other objective criteria such as subject matters that are *cross-border* in nature or related to International Business rather than keeping the restrictive concept of Foreign-Related issues, which is not really compatible with the needs of International business or even with China’s increasing International business interests.

### **III. The Doctrine of Party Autonomy in the Choice of Law and its Limitations**

As we have seen in the framework section, the Chinese legislator has followed the International trend in PIL by adopting the doctrine of Party Autonomy in the Choice of Law by the parties in foreign related contracts. However, this principle remains with certain limitations and bears certain “Chinese Characteristics” that we will examine hereinafter.

---

34. Paragraph 2 of article 126 CCL provides that; [...] *for the contracts to be fulfilled in the territory of the People’s Republic of China on Chinese-foreign equity joint ventures, on Chinese-foreign contractual joint ventures and on Chinese-foreign cooperation in exploring and exploiting natural resources, the laws of the People’s Republic of China shall apply.*

35. According to article 1 paragraph 3 of the UNCITRAL model Law on International commercial arbitration of 1985 arbitration is considered international if: *a- The parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or b- One of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: 1- The place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; 2- Any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject- matter of the dispute is most closely connected; or c- The parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.*

See UN, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, ([www.uncitral.com](http://www.uncitral.com))

## 1. Justification of the Extension of the Doctrine to the Choice of Law

Deriving from the principle of freedom of contracts, the principle of Party Autonomy entitles the parties to a contract to choose the applicable law to their relationship<sup>36</sup>. The fundamental ground supporting this principle *is that since a contract involves all voluntary obligations and since the contracting parties have the right to choose whether or not to be bound, they should also have the right to choose the law by which they will abide*<sup>37</sup>. [Emphasis added]

As previously mentioned, it was article 126 CCL that came up with the decisive consecration of the Principle, nevertheless this article did not mention the modalities of application of the Concept as to the scope of the resulting contractual issues covered by this freedom or to the timing and methods of this choice of law by the parties.

## 2. Modalities of Application of the Doctrine

The Conflict act in its general section under Article 3 establishes the principle of party autonomy in the choice of law by providing *that parties concerned may, in accordance with the law, expressly choose laws applicable to foreign-related civil relations*<sup>38</sup>. The party autonomy principle is reiterated in article 41 of the act. However, the Act itself does not provide for the modalities of application in those articles.

It is the Interpretation (I) that provide for clarifications as to the manner of exercising the choice of law as well as for the timing and the limitations.

Article 7 of Interpretation (I) provides that the court shall reject any exception formulated by a litigant party as to the non-association of the chosen law with the subject matter in question. This article undoubtedly allows the choice of a law that doesn't bear a particular connection with the dispute in question<sup>39</sup>. The above article grants the parties the freedom to choose a neutral law to their relationship which can have a positive impact

---

36. See in this regard, Hessel Yntema, *the Historical Bases of Private International Law*. 2 Am. J. Comp. L. 297, 304-05, 1953, as cited in Mo ZHANG, *supra* note 1, at note 129.

37. Joseph H. BEALE, *What Law Governs the Validity of a Contract*, 23 Harv. L. 1, 1, 1909 at 7, as cited by Mo ZHANG, *supra* note 1, at note 130, See also Zhengxin HUO, *supra* note 7, at 355.

38. See article 3 of the Conflict Act, *supra* note 21.

39. See article 7 of the Interpretation (I), *supra* note 25.

on dispute resolution due to the fact that such law would probably not favor any of the parties.

As for article 8 of interpretation (I) it provides a sort of alleviation regarding the requirement of article 3 of the Act as to the “Explicit Choice of Law”. Article 8 provides that where the parties concerned agree on the selection or change the selection of the applicable laws before the end of the debate at the court of first instance, the people’s court shall give its approval<sup>40</sup>.

Another important issue is whether the choice of a certain law by the parties would include the conflict rules integrated within the chosen legal system. This raises the possibility of “*Renvoi*” during the phase of the determination of the applicable law to the pending issue. The problem was definitively solved by the Conflict Act itself in its article 9 which provides that *Foreign laws applicable to foreign-related civil relations shall not include laws on the application of laws of the foreign countries*<sup>41</sup>, or in other words the conflict rules of such countries, which explicitly cuts the road to *Renvoi* in foreign related civil litigation in China.

Remains the question of the scope of the chosen law by the parties as to which issues and aspects of the contract it should apply. The GPCL and the CCL speak of “Contractual Disputes” in the general meaning. The SPC interpretations of 2007<sup>42</sup> provided a precision to this matter in its article 2:

*“For the purposes of these Provisions, contractual disputes include the disputes over the conclusion, validity, performance, alteration, transfer, and termination of a contract as well as the liability for breach of the contract, etc.”*

As to the Conflict Act or its Interpretation by the SPC, the array of issues covered by the term contractual dispute is not specified. The problem is that the Interpretation of 2007 displays the status of being actually repealed. The question remains if it is still possible to use it at least as a point of reference to determine the included issues. The Interpretation (I) in its article 21 provides that *in case of discrepancies between the judicial interpretations issued previously by the SPC and this Interpretation, this Interpretation shall prevail*<sup>43</sup>. It remains unknown whether in case of no discrepancies references could still be made to the SPC Interpretation of 2007.

---

40. See article 8 of the Interpretation (I), supra note 25.

41. See article 9 of the Conflict Act, supra note 21.

42. See supra note 18 at article 2.

43. See supra note 25 at article 2.



Back to the issues to be included in contractual disputes and governed by the chosen law, it is important to mention two significant aspects that are not generally covered by the choice of law in contractual matters. These two areas are the capacity of the parties and the formal requirements of the contract.

It is well known in PIL that the capacity is generally determined by the personal law of the party which in the case of China is determined by the connecting factor of the habitual residence of the party. Articles 11 and 12 of the Conflict Act set the rule concerning the former excluded area. Those articles respectively provide that the capacity for civil rights as well as the capacity for civil conduct of natural persons is governed by the law of their habitual residence<sup>44</sup>.

As to the latter area, it is also a general dominant truth in PIL that the formalities of an instrument are governed by the law of the place where it is made and that according to the Latin Principle, *Locus Regit Actum*, literally, the Place Governs the Act, which translate to; the law of the place governs the Act.

A typical example of law provision concerning formality requirements can be found in Article 10 of the CCL<sup>45</sup>:

*“The parties may, when making a contract, use written form, verbal form or any other form.*

**The written form shall be adopted if laws or administrative regulations so require.**

*The written form shall be adopted if the parties so agree.” [Emphasis added]*

As a result of these two exceptions, we are inclined to consider that the validity of the contract, at least when it pertains to problems concerning the capacity or the formal requirements, could not reasonably be governed by the chosen law by the parties.

### 3. Statutory Limitations

It is universal that the principle of Party Autonomy is not absolute as it remains subject to statutory limitations<sup>46</sup>. According to Pr. Mo Zhang, *the*

44. See supra note 21 at articles 11 and 12.

45. See article 10 of the CCL, supra note 15.

46. See in this regard, Zhengxin HUO, supra note 7, at 260.

*imposition of restrictions upon the parties in their choice of law is a necessary device to safeguard the legislative and judicial interest of the state involved.* As a result, by invalidating the choice of law of the parties as to certain type of issues, a sovereign country will make sure that application of foreign law will not come at the expense of its own forum's interests<sup>47</sup>. [Emphasis added]

*Therefore, because of the non-absolute nature, the party autonomy doctrine finds its home in China*<sup>48</sup>; on one hand, the flexibility of this concept allowed for its official recognition and its effective adaptation to the need of the economic reform that was and still is taking place in the country. On the other hand, Party Autonomy with its Chinese Characteristics allowed for the imposition of the restrictions deemed necessary to keep control over the Economy and the development of the country.

However, this doctrine finds its limits with regards to three important exceptions in which the choice of law by the parties is not possible.

First, there are certain specific contracts to be governed exclusively by the Chinese Law. Article 126 CCL names three of them; Sino-Foreign Equity Joint-Ventures EJV's, Sino-Foreign Contractual Joint-Ventures CJVs and Sino-Foreign cooperative exploration and development of natural resources to be fulfilled on the territory of China<sup>49</sup>.

The SPC Interpretation of 2007 in its article 8<sup>50</sup> had expanded this list to nine contracts in which the application of Chinese law remains mandatory. However, this expansion was not reiterated in the Interpretation I of the Conflict Act, therefore, it isn't clear whether this list is still applicable, however the general exception clause of article 126 of the CCL, "*Unless stipulated otherwise by law*"<sup>51</sup>, can always be triggered by other statutes.

The Second exception is the contrariety of the choice of law by the parties to the public order of the forum. In this regard we distinguish between international public order reservation and the forum public order reservation. The former usually is more flexible. The latter in China remains quite exhaustive.

---

47. See Mo ZHANG, *supra* note 1, at 319.

48. See ID.

49. See article 126 CCL.

50. See article 8 of the SPC Interpretation of 2007, *supra* note 18.

51. See ID.

Third, the choice of law should not be made against mandatory provisions or in an attempt of evading mandatory laws. Article 4 of the Conflict act sets the principle of non-contradiction to mandatory provisions by simply considering that such provisions shall directly apply<sup>52</sup>. This means that such application will occur independently of any choice of law by the parties. Article 1053 of the Interpretation (I) seems to expand on the concept of mandatory provisions by providing guidelines for the identification of those rules. This article Provides:

“In any of the following situations, provisions of the laws and administrative regulations that involve the social public interest of the People’s Republic of China, that the parties concerned cannot exclude their application through an agreement, or that are directly applicable to foreign-related civil relations without the guidance from the conflict rules shall be recognized by the people’s courts as the mandatory provisions specified in Article 4 of the Law on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations:

- 1- *Involving the protection of the interests of labors;*
- 2- *Involving food or public health safety;*
- 3- *Involving environmental safety;*
- 4- *Involving financial safety such as foreign exchange administration;*
- 5- *Involving anti-monopoly or anti-dumping; or*
- 6- *Other situations that should be recognized as mandatory provisions.*

Last but not least, it remains important to mention that the Interpretation (I) of the Act also penalized the evasion of mandatory provisions whereas the parties concerned intentionally create a connecting factor only to avoid being subject to those mandatory and administrative rules of the PRC<sup>54</sup>.

#### **IV. Criteria of Determination of the Applicable Law in the Absence of Choice**

If the Party Autonomy Doctrine provides the parties with a powerful tool to guide the fate of their potential disputes, this doesn’t automatically

---

52. See article 4 of the Conflict Act.

53. See article 10 of the SPC Interpretation (I) of the Conflict Act, supra note 25.

54. See article 11 of the SPC Interpretation (I) of the Conflict Act.

mean that all foreign-related contracts include necessarily a clause of Choice of law. The truth is that quite often, the parties fail to choose a law to govern their relation or the choice they make comes in contradiction with the limitations mentioned in the previous section. In any case, the problem of the applicable law to the contract in the absence of choice will emerge and will require a particular attention from the forum courts to determine which set of laws should be applied.

### 1. Criterion of the Most Significant or Closest Relationship

The trend in PIL nowadays goes towards the determination of the law that bares the closest connection or most significant relationship with the contract. For instance in the United States, the PIL milieu unanimously considers the law of the state having *the most significant relationship with the parties and the transaction* to be the governing law of the contract in the absence of choice by the parties<sup>55</sup>. In Europe, the *Rome convention of June 1980*<sup>56</sup> *relative to the Law Applicable to Contractual Obligations*, before being replaced by Statute No. 593/2008<sup>57</sup> better known as Rome (I) used to advocate the application of the law of the country with which the contract is *most closely connected* in the event of absence of choice by the parties. (*Known in France as: « La Doctrine du Lien le Plus Etroit »*)

In China, the doctrine of the closest link or the most significant relationship was adopted as soon as the Law on Foreign Economic Contracts was enacted in 1985<sup>58</sup>. The GPCL in its article 145 as well as article 126 of the CCL have also reiterated the principle of the closest link<sup>59</sup>.

### 2. The Objective Test of the Characteristic Performance

In order to assist the courts in the determination of the law showing the closest link to the contract and avoid abusive or random applications, the SPC had developed a sort of *objective test*<sup>60</sup> based on the determination of the *Characteristic Performance* in the Contract.

---

55. See also Mo ZHANG, *supra* note 1, at 323.

56. See *Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations*.

57. See *Rome (I) Statute on the Law applicable to contractual obligations*, Decision n° 593/2008 of the EU parliament, promulgated on 17 June 2008.

58. See article 5 of the *Law on Foreign Economic Contracts*, *supra* note 9.

59. See Framework Section.

60. See Zhengxin HUO, *supra* note 7, at 265.

For instance, article 5 of the SPC Interpretation of 2007 had established that: *Where the parties concerned in a contractual dispute fail to choose a law applicable thereto, the law of the country or region in closest connection with the contract shall be the applicable law.*

*With respect to determination of the law applicable to a contractual disputes in accordance with the principle of closest connection, a people's court shall choose the law of the country or region having the closest connection with the contract as the governing law of the contract based on the particular nature of the contract and the factor that the contractual obligations performed by one party concerned could best embody the essential characteristic of the contract, etc.<sup>61</sup>. [...]*

The same article goes on with 17 paragraphs establishing a list of conflict rules pointing to connectors each in relation with the characteristic performance of the different contracts mentioned in these paragraphs. It is also worth stating that this article concluded in its last paragraph that such choice is mostly indicative in nature, whereas if any of the *mentioned contracts has obviously a closer connection with another country or region, the law of such country or region shall be applicable*<sup>62</sup>.

Therefore, the above article 5 seems to establish the Doctrine of the Closest Connection as the principle to follow, and the concept of the Characteristic Performance as the assistive, but not exclusive, test to carry in the determination of this connection.

### 3. Ambiguity of the Actual Paradigm

Nevertheless, in the Indication of the Law to apply in the absence of choice by the parties, the Conflict Act seems less harmonious in the provided solution. Article 41 of the Conflict Act, despite following the doctrine of the closest connection, seems to hold an ambiguous view on the matter. This article provides that the law of the habitual residence of the party carrying the characteristic performance or the law of the country having the closest connection with the contract will apply in the event of absence of choice. The Act rather than establishing a harmonious correlation, as the SPC did in 2007, seems to mix the two concepts creating a noticeable confusion.

---

61. See article 5 of the SPC interpretation of 2007.

62. See ID.

## Conclusion

All things considered, it is certain that the promulgation of the Conflict Act was a cornerstone for PIL in China. However, the biggest progress is still to come. The Act seems to have been enacted in a certain unjustified haste neglecting sometimes very important aspects that have already been solved by previous Interpretations and Statutes.

With regards to contracts, it is surprising that the most fundamental provisions stipulated in the SPC interpretation of 2007 and other relevant statutes weren't fully integrated in the Act or at least in its recent Interpretation.

There are finally two important issues worth mentioning in this conclusion since they necessarily affect the present topic and PIL in general.

On one hand, the provisions concerning the proof of foreign law for example, seem to have been enacted too rapidly empowering the court to prove ex-officio the foreign law when it isn't chosen by the parties<sup>63</sup>. This could lead to a quick application of the law of the forum in case of "*failure*" to prove the law. Perhaps the Act wanted to consecrate the Latin principle "*Jura Novit Curia*"<sup>64</sup> (the law needs not to be proven) which translates into; the court knows the law and the parties need not to prove the applicable law to their pleading.

However, it is well known that this inquisitorial approach is not to be adopted in PIL whereas foreign law borrows the attributes of facts as to the necessity to be ascertained. Therefore, in foreign law, the saying is reversed and the rule becomes *Jura Aliena Non Novit Curia*, which translates to; the judges may not rely on their own knowledge of foreign law but the parties who rely on such law shall prove it. This more adversarial approach remains more in line with the needs of PIL particularly in contractual issues and it also *alleviates the courts burden in obtaining evidence*<sup>65</sup>.

Luckily, the interpretation (I) of the Act mitigates the issue by providing more detailed provisions on the matter<sup>66</sup> and by leaving an indirect possibility for the parties to contribute in the proof of the foreign law even when it

---

63. See article 10 of the Conflict Act.

64. See HAY, *Conflict of Laws, Case and Materials* 393 (11<sup>th</sup> ed. 2000) as cited in Mo ZHANG, *supra* note 1, at not 200.

65. See also Mo ZHANG, *supra* note 1, at 326.

66. See article 17 of the SPC Interpretation (I) of the Conflict Act.

isn't chosen by them. This comes more in line with article 193 of the SPC Interpretation of the GPCL which answers how to find the applicable foreign laws. Interestingly this article in its paragraph one refers to the role of the litigants in providing the proof for the foreign law<sup>67</sup>. It is remarkable that the GPCL (perhaps because it is a basic and therefore a fundamental law) considered to cover such matters, but it is no less surprising and unfortunate that the conflict Act which is supposed to be the reference in PIL did not recap such precise provisions.

On the other hand, the adoption by the Conflict Act of the Habitual Residence as the essential connecting factor to identify the subjective law remains quite dangerous. This connector is very factual in nature. It is therefore very precarious and unstable and is usually left as a subsidiary and very alternative solution when the official domicile cannot be ascertained. The degrees of connectors for the personal law are usually from strongest to weakest: the nationality, the legal domicile, the chosen domicile, the constant residence, and last the habitual residence. Whereas the stronger cannot be ascertained, a connector of a lesser degree is adopted. This approach is adopted by article 15 of the GPCL on ascertaining the domicile and alternatively the constant residence<sup>68</sup>.

Again, and providentially the Interpretation (I) of the Conflict act has added a subjective parameter to the definition of the habitual residence. It considers in article 15 that such place must be considered as forming one's life center. This improvement at least takes into account the intention of the person to rely on such place as a permanent residence from which can result numerous legal implications.

However, in our opinion, the choice of the habitual residence as a connecting factor should only be considered when more important connectors are not available and only when it serves to reach the best possible solution for both parties.

To conclude, it seems that the SPC still has a long interpretative role to play in order to contribute to the fulfillment of Private International Law's ultimate goal, namely to achieve the harmony of solutions. In this regard, the Chinese forum courts when dealing with a foreign related issue, whether it involves contracts or other civil relations, should always remember that goal and do their best endeavor to reach such harmony in their decisions.

---

67. See article 193 of the SPC interpretation of the GPCL, see *supra* note 28.

68. See article 15 of the GPCL.

## Bibliography

- BEALE Joseph H. , *What Law Governs the Validity of a Contract*, 23 Harv. L. 1, 1, 1909 at 7, as cited by Mo ZHANG, supra note 1, at note 130, See also Zhengxin HUO, supra note 7, at 355.
- HUI Wang, *A review of China's Private International Law During the 30-Year Period of Reform and Opening-up*, ASLI Working Paper, n° 002, May 2009, [www.law.nus.sg/asli/pub/wps.htm](http://www.law.nus.sg/asli/pub/wps.htm), hereinafter, Wang Hui.
- HUO Zhengxin, *Two Steps Forward, One Step Back: A commentary on the Judicial Interpretation on the Private International Law Act of China*, Honk Kong Law Journal, 2013, Vol. 43, Part II, 685, at p. 5, hereinafter, Two Steps Forward. See also, Mo ZHANG, supra note 1, at note 53.
- HUO Zhengxin, *An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China*, 2011, 60 Int'l & Comp LQ, 1065, 1070.
- SCHAUB Mark, *Foreign Investment in China: Entry, Operation and Exit Strategy*, 2<sup>nd</sup> Ed., CCH Hong Kong Ltd., Wolters Kluwer Group.
- YNTEMA Hesse, in this regard, , *the Historical Bases of Private International Law*. 2 Am. J. Comp. L. 297, 304-05, 1953, as cited in Mo ZHANG, supra note 1, at note 129.
- ZHANG Mo, *Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*, Winter 2006 issue 2, J. Int'l L. & Bus. 289, Vol. 26, p. 301, Hereinafter, Mo Zhang.
- ZHU Weidong, *Codification of Private International Law: The Latest Development in China*, Codicillus Vol. 48, n° 1, 2007, Unisa Press p. 11-30.



# The “Hukou” Institution of China: A study on the Evolution of the Household Registration System of the PRC and its Actual Impact on the Basic Rights of Chinese Citizens

---

*Rashad Tabet, Attorney at Law and Legal Consultant, PhD Candidate in  
International and Chinese Law at China University of Political Science and Law  
(CUPL)*

## **Abstract**

In 1958, a particular household registration system was established in the PRC based on the “Propiska” Soviet model of the internal passport and the traditional “Hukou” of Imperial China. Back then, the mobility-restrictive Hukou system was deemed necessary to trigger the development and industrialization of China. Nowadays, since China has taken the path of a challenging economic reform, adopting a market-based economy, the separation between rural and urban seems no longer justified. And different civil rights provided by different types of Hukou are no longer compatible either with the large Urbanization plans sought by the Central Government or with the concept of equality among citizens. Besides, the country more than ever, needs to stay competitive on the global market to avoid what is called by economists, the “middle income trap”. Consequently, “migrant workers” being essential actors of the “Chinese miracle” are seen as a crucial factor of development and the major vector for a uniform and progressive Urbanization of the country, while the Hukou system in its actual transitional form remains a direct, albeit certainly not planned,

threat to their basic constitutional rights as Chinese citizens. Therefore, it becomes paramount to rethink the Hukou system in order to split the statistical and demographic role of the Hukou from its former and obsolete role of state-sponsored entitlements-allocation scheme. Nevertheless, and despite a series of changes and reforms, the Hukou system remains resilient and survives with endurance as a sharp but invisible divider between Chinese citizens.

### Keywords

- Hukou 户口 or Huji 户籍; the Chinese household registration system.
- MinGong 民工; rural migrant labor.
- NongZhuanfei 农转非; the process for transferring rural to urban Hukou in China.
- Qianyi Zheng 迁移证; Migration permit.
- Leibie 类别; type, status- Xingzhi 性质; nature.
- Nongye 农业; agricultural- FeiNongYe 非农业; non-agricultural, or ChengZhen Hukou 城镇户口; Urban Hukou.
- Hukou SuoZaiDi 户口所在地; place of registration of the Hukou.
- BenDi Hukou 本地户口; local Hukou.
- Hukou Bu 户口簿; household registration record.
- Huji Tengben 户籍誊本; household registration issued per family.
- Jiti Hukou 集体户口; collective Hukou
- Qianyi 迁移; Hukou migration.
- ZanZhu Hukou 暂住户口; temporary Hukou.
- RenKou LiuDong 人口流动; floating population movement.
- JiHua Qianyi 计划迁移; planned migration.
- “Blue-stamp” Hukou or “Locally-valid Urban Hukou”.
- ChangZhu Hukou 常住户口; permanent Hukou.
- ZanZhu Hukou 暂住户口; temporary Hukou.
- JiZhu Hukou 寄住户口; visitor Hukou.
- ShiZhuan Zheng 市转证; Urban food-grain ration transfer certificate.
- ZhunRu TiaoJian 准入条件; entry conditions.
- ChengXiang TongYi Hukou DengJi ZhiDu 城乡统一户口登记制度; Unified Urban and Rural household registration system.
- Jumin Hukou 居民户口; resident household registration.
- Dibao 低保; minimum living allowances.

## Introduction

The study of the household registration system of the PRC is of utmost importance for the person interested to understand the extreme complexity of rural-urban migration in China and its multiple social impacts. Generally speaking, household registration systems serve as statistics and personal status tools. However, the Hukou system of China plays a larger role. It has additional purposes; such as regulating the distribution of population and allocating different entitlement depending on different Hukou statuses and controlling the mobility of citizens as needed for the objectives planned by the state. Nevertheless, China is no longer a planned economy. And the Hukou system has outlived its original purpose to become frequently a fate determining factor for the life of people living in the PRC<sup>1</sup>. In fact, “today it is quite common for students of China to consider the Hukou, along with gender, age and income, as one of the main variables defining exogenous constraints on individual behavior in social and economic studies”<sup>2</sup>. As a matter of fact, the Hukou system has turned gradually into a discrimination vehicle, incidentally dividing citizens into two classes where the rural class is often perceived as an *inferior second-class of citizens*<sup>3</sup>. This situation seems to come as a result of the incomplete social and demographic transition that was far preceded by the economic boom witnessed by the country. But with the outdated Hukou system remaining in lethargy, the evolution of social and civil needs generated by the economic growth and the fast modernization of the country will inevitably be sluggish as well. Nonetheless, the facts remain that hundreds of millions of rural residents are often deprived of the right to settle in cities and of all the basic entitlements related thereto. This elementary welfare includes government-provided services as enjoyed by urban residents ranging from basic matters such as the purchase of a

- 
1. In this sense, see KIM Wing CHAN and Li ZHANG, *The Hukou System and Rural-Urban Migration in China: Processes and Changes*, the China Quarterly, n° 160 (1999) p. 818-55. [hereinafter CHAN and ZHANG]
  2. Kam Wing CHAN and Will BUCKINGHAM, *Is China Abolishing the Hukou System?* The China Quarterly, n° 195 (2008) p. 584, [hereinafter CHAN and BUCKINGHAM]; See also in this regard, as cited in CHAN and BUCKINGHAM note 1: Kam Wing CHAN, Ta LIU and Yunyan YANG, “Hukou and non-hukou migration: comparisons and contrasts,” *International Journal of Population Geography*, Vol. 5, n° 6 (1999) p. 425-48. Youqin HUANG and William CLARK, “Housing tenure choice in transitional urban China: a multi-level analysis,” *Urban Studies*, Vol. 39, n° 1 (2002), p. 7-32. Zhiqiang LIU, “Institution and inequality: the hukou system in China,” *Journal of Comparative Economics*, n° 33 (2003), p. 133-57.
  3. See ID, CHAN and BUCKINGHAM.

transportation pass to fundamental matters such as the provision of medical care or the right to enroll their children in public education institutions within the place of work<sup>4</sup>, rather than leaving them behind in hometowns with their grandparents. According to the economic analysis carried by the “Directorate General for the Economic and Financial Affairs of the European Commission”<sup>5</sup>;

*“Migrants are often barred from formal sector employment, social services and public welfare. With the urbanization rate expected to increase by 1 percentage point every year, the country’s urban underclass could, in the absence of reform, reach 500 million by 2030, or about a half of the urban population, which would be socially and politically explosive”.*

However, it is important to note that significant changes have been introduced to the Hukou system as the mobility restriction function of the Hukou has largely been eliminated in practice by a series of reforms since the late 1980<sup>6</sup>. Nevertheless, the entitlements allocation procedure didn’t follow. Therefore the Hukou continues to have significant impact on welfare and equality of opportunity among citizens. As a result one can only realize that such impact is also of great adverse influence on the enforcement of many basic constitutional rights as we will see later on.

- 
4. See similarly, Dorothy SOLINGER, *Contesting Citizenship in Urban China: Peasant Migrants, the State, and the Logic of the Market* (Berkeley: University of California Press, 1999). It should also be noted that a few previous state-provided privileges are no longer granted to urban residents. In some cities or city districts, migrant children can go to urban public schools, but most of them have to pay school fees several times higher than local residents, [as cited in CHAN and BUCKINGHAM note 2].
  5. ECFIN Economic Brief, Economic Analysis from the European Commission’s Directorate General for Economic and Financial Affairs, by A. MELANDER and K. PELIKANOVA, *Reform of the Hukou system: A litmus test of the new leadership*, Issue 26 July 2013, European Commission, ISSN: 1831-4473, European Union 2013. [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/economic\\_briefs/2013/pdf/eb26\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_briefs/2013/pdf/eb26_en.pdf) (consulted on January 5th 2014) [hereinafter ECFIN].
  6. However it is worth mentioning that until very recently this elimination remains far from complete especially in megacities like Beijing where applicants for government jobs and in many enterprises required a Beijing Hukou to be considered. [See below, note 60].  
In this regard see, World Bank, the & the Development Research Center of the State Council of the PRC (2012) “China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative High-Income Society”, Washington & Beijing, p. 353, note 60. [hereinafter China 2030].

On the other hand, it is now recognized that a thorough Hukou reform can only achieve a harmonious and balanced Urbanization of the country<sup>7</sup> which *can support China’s transition to a high-income country*<sup>8</sup>. And it is believed that such *reform is now gathering momentum*<sup>9</sup>.

Consequently, this article will attempt a general overview of the Hukou system in order to explain its intrinsic mechanisms (I, II, III). Later on, the evolution of the Hukou system and its varied improvements will be analyzed (IV) for the purpose of determining the actual impacts of this registration system on Chinese society and on the allocation of constitutional basic rights within (V). Finally, we will discuss the considerations behind the necessity for a thorough remodeling if not a total abolition of the Hukou system (VI) before concluding.

## I. History

The existence of family registers in China can be traced back to the early ancient Xia Dynasty (2100BCE – 1600BCE). In the following centuries, the registers developed into an organizational structure of families and clans for the purpose of taxation, conscription and social control<sup>10</sup>.

Besides, according to the *Examination of Hukou* in the “Wenxian Tongkao” (文献通考) which is a “Comprehensive Examination of Literature” and one of the model works of the “*Tongdian*”<sup>11</sup> compiled by

- 
7. Tiezzi SHANNON, *China’s New Urbanization Plan: A major conference on urbanization in China prioritizes hukou reform over construction and relocation projects*, The Diplomat, December 17, 2013.  
<http://thediplomat.com/2013/12/chinas-new-urbanization-plan/> (Consulted in January 8, 2014) [hereinafter New Urbanization Plan]
  8. See ID, *China 2030*, p. 330.
  9. See ID, ECFIN.
  10. See Wikipedia, *Hukou System history*; [http://en.wikipedia.org/wiki/Hukou\\_system#cite\\_note-4](http://en.wikipedia.org/wiki/Hukou_system#cite_note-4) (Consulted in January 5, 2014).
  11. The *Tongdian* (Chinese: 通典; Wade–Giles: T’ung-tien; literally “Comprehensive Institutions”) is a Chinese institutional history and encyclopedia text. It covers panoply of topics from high antiquity through the year 756, whereas a quarter of the book focuses on the Tang Dynasty. The book was written by Du You from 766 to 801. It contains 200 volumes and about 1.7 million words, and is at times regarded as the most representative contemporary texts of the Tang Dynasty. *Du You* also incorporated many materials from other sources, including a book written by his nephew, Du Huan, who was taken captive in the famous battle at the Talas River between Tang and the

Ma Duanlin<sup>12</sup> in 1317 CE, there was a minister in charge of population management during the Zhou Dynasty (1046–256 BCE) named Simin (司民). This minister was responsible for the recording of births, deaths, emigrations and immigrations. The “Rites of Zhou”<sup>13</sup> records that three copies of documents were kept in different places. The reason was that the administrative divisions under the Zhou Dynasty were established in function of their distance to the state capital. The top division nearest the capital was named Dubi (都鄙), top division in more distant areas were named Xiang (鄉) and Sui (遂).

Concerning families, they were organized under the Baojia system (保甲), an invention of Wang Anshi<sup>14</sup> of the Song Dynasty (960-1279 CE), who created this community-based system of law enforcement and civil control that was included in his large reform of Chinese government (“the New Policies”) from 1069-1076<sup>15</sup>.

Furthermore, regarding mobility and taxation issues, it was “Guan Zhong”, Prime Minister of the ancient Qi state during the Zhou dynasty of ancient China (7th century BCE), who imposed different taxation and conscription policies on different areas. In addition, Guan Zhong also banned immigration, emigration and separation of families without permission<sup>16</sup>.

---

Arabs in 751 and did not return to China until ten years later. It became a model for works by scholar Zheng Qiao and Ma Duanlin centuries later.

See Zhang XIUPING et al. (1993). *100 Books That Influenced China: Tongdian*. Nanning: Guangxi Renmin Press, ISBN 7-219-02339-1.

12. *Mǎ Duānlín*, 马端临; (1245-1322) was a Chinese historical and encyclopedic write. In 1317, he published the comprehensive Chinese encyclopedia *Wenxian Tongkao* in 348 vol.
13. The Rites of Zhou (周禮 *Zhōu Lǐ*) is – along with the *Book of Rites* and the *Etiquette and Ceremonial*, one of three ancient ritual texts (the “Three Rites”) listed among the classics of Confucianism, Source; Wikipedia.
14. Wang Anshi(王安石), (1021-1086) was a Chinese economist, statesman, chancellor and poet of the Song Dynasty who attempted controversial, major socioeconomic reforms. These reforms constituted the core concepts and motives of the Reformists, while their nemesis, Chancellor Sima Guang, led the Conservative faction against them, Source; Wikipedia.
15. See Frederick W. MOTE, *Imperial China 900-1800* (Illustrated ed.), Harvard University Press (2003) p. 918-919.
16. The Guanzi (管子); 禁迁徙、止流民、圉分异 (Ban migration, only displaced, Yuzhen differentiation)  
The Guanzi (管子); literally “[Writings of] Master Guan”, is an encyclopedic compilation of Chinese philosophical materials named after the 7<sup>th</sup> century BCE philosopher Guan

As for the Hukou terminology *per se*, it was Xiao He, the first Chancellor of the Han Dynasty (206BC-220AD), who added the chapter of Hu (Hù lǜ 户律), or family Law, to the “Nine Chapter Law of Han” (九章律) the most important law in the Han Dynasty, and established the ancient *Hukou* system as the basis of tax revenue and conscription<sup>17</sup>.

Later on, in relatively modern times and after, the founding of the People’s Republic of China in 1949, a Hukou system modeled after the Soviet “Propiska” (internal passport) and with roots also in Imperial China<sup>18</sup>, was first implemented in cities in 1951<sup>19</sup> and then extended to rural areas in 1955<sup>20</sup> and was formally established as a permanent system in 1958<sup>21</sup>. However, despite important reforms, the fundamental nature of the Hukou system of the PRC seems to remain relatively untouched as we will see below.

---

Zhong, Prime Minister to Duke Huan of Qi, see; <http://www.chinaknowledge.de/Literature/Diverse/guanzi.html>

17. The Nine Chapter Law is the most important law in the Han Dynasty and had great influence on the laws in the Chinese history. The authorship of the law is most commonly attributed to Xiao He. The Book of Han noted that after the Han Dynasty was established at 206 BC, emperor Liu Bang thought the wartime three treaty laws are inadequate for the crimes, and the Book of Jin recorded that Chancellor Xiao He adapted law code from the Qin Dynasty code and added 3 more chapters. The law got its name from the 6 chapters adopted from the Canon of Laws and 3 new chapters covering family register, conscription and livestock, Source; Wikipedia.
18. Matthews, MERVYN. *The Passport Society: Controlling Movement in Russia and the USSR* (Boulder, CO: Westview Press, 1993); Kam Wing Chan, *Cities with Invisible Walls*, ch. 3.
19. See Ministry of Public Security, *Chengshi hukou guanli zanxing tiaoli*, (*Interim Regulations on Urban Household Administration*), issued on July 16, 1951. Also see People’s Daily, July 16, 1951, [as cited in Chan and Zhang note 4].
20. Ministry of Internal Affairs, *Hukou dengji zanxing banfa (caoan)* (*Provisional Measures for Hukou Registration (draft)*) in Teaching and Researching Unit of Civil Law, China People’s University (ed.), *Zhonghua renmin gongheguo minfa cankao ziliao* (*Reference materials on the civil law of the People’s Republic of China*), Vol. I, (Beijing: China People’s University, 1956), p. 146-149; See also State Council, *Guanyu jianli jingchang Hukou dengji zhidu de zhibi* (*Directive Concerning an Establishment of Regular Household Registration System*), issued on June 22, 1955, [as cited in Chan and Zhang note 5].
21. Decree of the President of the People’s Republic of China, *Zhonghua renmin gongheguo hukou dengji tiaoli*; (*Regulations on Household Registration in the People’s Republic of China*), January 9, 1958; See Ministry of Public Security (ed.), *Zhonghua renmin gongheguo gongan fagui huibian 1957-1993* (*Compilations of PRC public security regulations (1957-1993)*), (Beijing: China People’s Public Security University Press, 1984), [as cited in Chan and Zhang note 6].

## II. Definition

The Huji 户籍 is a system of household registration established by the laws of the PRC. A household registration record in this system provides for an official identification of a particular person as being a resident of a given area and is called Hukou 户口. However, the name of the system is commonly confused with the name of the registered status of the person; therefore, Hukou is generally used to refer to both the Huji system and the Hukou as an individual record. The Hukou also bares personal identification information, such as the name, the parents, the spouse and the date of birth. The Hukou may also refer to a family register or Huji Tengben 户籍誊本, since the record is generally issued per family. The document then includes: births, deaths, marriages, divorces and moves of all family members.

### A. The Chinese Hukou, a Binary Classification

The Hukou system as an institution controlling population mobility and regulating the allocation of entitlements to public welfare was originally categorized under a binary classification. PRC nationals' eligibility for a particular Hukou would be determined based on two criteria; the socio-economic status of eligibility determining the type of Hukou ("agricultural" and "non-agricultural") and the place of residence, determining the location of the Hukou.

#### 1. *Socio-Economic Criterion: The Hukou "Leibie 类别" or Type*

This first criteria is the "nature" (Xingzhi 性质) of the Hukou or the "type" (Leibie 类别). In practice this nature refers to one of the two following statuses: "agricultural" (nongye 农业) Hukou and "non-agricultural" (fei nongye 非农业) Hukou or Urban Hukou Chengzhen Hukou 城镇户口<sup>22</sup>. But while the Leibie resulted originally from the real occupation of the holder of the Hukou as established in the 1950s division, this distinction became no longer necessarily related to the real occupation of the Hukou bearer. However, previously to the reforms, it was this "Leibie 类别" that determined the relationship with the Central State. In practice, from the

---

22. In this meaning see, CHAN and BUCKINGHAM; In China, the term "agricultural/non-agricultural population" often refers to the hukou type, not necessarily the population dependent on agriculture or not. For a detailed study of this, see Kam Wing CHAN and Kai Yuen TSUI, "Agricultural' and 'non-agricultural' population statistics of the People's Republic of China: definitions, findings and comparisons," University of Hong Kong, Department of Geography and Geology, Occasional Paper, n° 1, 1992 p. 41.



delivery of an Urban Hukou Chengzhen Hukou 城镇户口 would result the eligibility for an assortment of socio-economic entitlements (particularly until the 1980s), among which; state-subsidized “commodity grains”, state-provided housing, education, employment and access to medical care<sup>23</sup>.

By contrast, the rural or “agricultural” (nongye 农业) Hukou population was supposed to be self-supporting, which as a result prevented them from receiving the very-desired state entitlements, or at best, drastically limited their benefits. In practice, the rural populations were frequently far from sufficient, especially in periods of great famines. And the fact that the Hukou became gradually separated from the real occupation didn’t really arrange the social situation of its bearer which very often was left with no access to most fundamental rights *making those with agricultural status with no legal means by which to obtain these resources either inside or outside their registered location*<sup>24</sup>. This would be actually the case of the very large and increasing number of migrant workers MinGong 民工, who, not only don’t really deal with agricultural matters to be considered as benefitting directly from the land, but also, are not eligible for the social benefits resulting from an Urban Hukou.

As for the procedure of transfer from a Nongye Hukou to a Feinongye Hukou, it is called NongZhuanfei 农转非, and used to be very strict. However, this procedure along with the rural/urban distinction has been gradually abolished in a large number of provinces by what is referred to as the Nongzhuanfei reform. However, as mentioned before, this reform was not followed by a modification in the allocation of entitlements. This fact, in addition to the location criterion to be discussed in the next section, remains a source of great discrimination.

## 2. The Hukou “SuoZaiDi 户口所在地” or the Place of Hukou Registration

The second criterion of classification is the criterion of the residential location or Hukou SuoZaiDi 户口所在地. This is the person’s official and permanent residence, which is supposed to be unique under Hukou regulations. In other terms, this additional criterion is to be seen in respect to a given administrative unit and the person whether having a local Hukou

---

23. CHAN and BUCKINGHAM, p. 588.

24. ID.

(Bendi 本地) or not, will define their rights and scope of activity within that locality.

*Therefore the Hukou Leibi defined the type of services and welfare available to individuals and the Hukou Suozaidi determined where individuals would receive them*<sup>25</sup>.

Consequently, based on this double-tiered classification, in any given city or locality, four types of people can be found (excluding foreigners); the holders of a local urban Hukou; the holders of a local agricultural Hukou; the holder of a non-local urban Hukou; and the holders of a non-local agricultural Hukou.

According to “Chan and Buckingham”, the study of the above binary classification remains of great importance to understand the reforms and their varied impacts on every different category of Hukou holders.

## **B. Hukou in Neighboring Countries**

Comparatively, the “koseki” system of Japan or the Hukou of Taiwan, are also household registration systems, but they are a merely demographic statistical tool and do not restrict or regulate population’s mobility. They also don’t have any impact on the allocation of rights and entitlements. As for North Korea, it possesses a stringent registration system called “Hoju”. However, in South Korean version of the “Hoju”, was abolished on the 1<sup>st</sup> of January 2008<sup>26</sup>.

## **III. The Motivation behind the Initial Hukou Institution**

The direct rationale behind the existence of the Hukou as a control system creating a strict division between rural and urban population is the *consolidation of the socialist system and public interest*<sup>27</sup>, as for its functions of *regulating population distribution and controlling migration, they have never been*

---

25. CHAN and ZHANG, *The Hukou System and rural-urban migration*.

26. See Wikipedia, *Hukou System*; [http://en.wikipedia.org/wiki/Hukou\\_system#cite\\_note-4](http://en.wikipedia.org/wiki/Hukou_system#cite_note-4) (Consulted in January 5, 2014).

27. For a detailed discussion of the official interpretation of the hukou system, see Luo Rui Qing (the former head of the Ministry of Public Security), “Guanyu zhonghua renmin gongheguo hukou dengji tiaoli caoan de shuoming (Interpreting the regulations on household registration in the People’s Republic of China”, *People’s Daily*, January 9, 1958. Also see Zhang QINGWU, “Basic facts on the household registration system,” *Chinese Economic Studies*, Vol. 22, n° 1, (1988), [as cited in Chan and Zhang note 6].

*the main objectives of the system as far as the government is concerned*<sup>28</sup> [...]. The Hukou system was meant to “*provide the state with means and information that could be used for securing social and political order and other related objectives*” [...].

However, the dominant justification remains an economic one. According to the abundant literature<sup>29</sup>, the restriction of the rural-urban migration was necessary to push the “*heavy-industry-oriented development strategy*”. China during the ruling of Mao was dominantly an agrarian country where economic resources were characterized as *capital-scarce but labor-abundant*<sup>30</sup>. Therefore, in order to finance the expansion of heavy industry, the PRC under the influence of the Soviet model, artificially maintained low prices for agricultural products and overpriced industrial products to induce an unequal financial flow between the two sectors in favor of the industrial one. Therefore, in order to maintain this artificial imbalance under the condition of dual economy, the state had to come up with a system which can block the free flow of resources (including labor) between industry and agriculture and between city and the countryside. Viewed from this angle the *Hukou* system, with its migration control function, was one of the indispensable institutions to create and maintain such a social and economic configuration<sup>31</sup>.

- 
28. According to CHAN and ZHANG, “*The functions of the system on regulating population distribution and controlling migration have never been the main objectives of the system as far as the government is concerned. To the government, the hukou system is not set up for the purpose of blocking any rural-urban migration but for the overall state administration. The hukou system provides the state with means and information that could be used for securing social and political order and other related objectives. In fact, the Constitution promulgated in 1954 still maintained the citizen’s right of free residential choice and migration. These provisions were taken out when the Constitution was next revised in 1975*”. [See CHAN and ZHANG p. 3].
29. Lynn T. WHITE “*Deviance, modernization, rations, and household register in urban China*,” In Amy Auerbacher Wilson; Sidney Leonard Greenblatt, and Richard Whittingham Wilson (eds.) *Deviance and Social Control in Chinese Society*, Praeger Publishers (1977), p.151-172; Kam Wing Chan, *Cities with invisible wall*; Yi Fu Lin, Fang Cai, and Zhou Li, *Zhongguo de qiji: fazhan zhanlue he jingji gaige (The China Miracle: Development Strategy and Economic Reform)*, Shanghai: Shanghai Renmin Chubanshe (1994), [as cited in CHAN and ZHANG note 8]; see also Id. ECFIN economic brief note 5; see also CHAN and BUCKINGHAM.
30. Chan ZHANG.
31. LIN Yi Fu, Cai, Fang and Li, Zhou *Zhongguo de qiji: fazhan zhanlue he jingji gaige (The China Miracle: Development Strategy and Economic Reform)*, Shanghai: Shanghai Renmin Chubanshe (1994), and Hong Kong, Chinese University Press, 1996; See also ECFIN Economic Brief.

## IV. First Changes and Experimental Programs

### A. First Reforms

The Hukou restrictions on mobility were maintained rigorously until the beginning of the 1980s. In fact, With the “reform and opening up policies”, and with the progressive passage from a planned economy to a market-based economy, the restriction on mobility was no longer justified, and the government increased labor flexibility by introducing what is called a temporary non-local residence permit system or “Temporary Hukou” “Zanzhu Hukou 暂住户口”<sup>32</sup>. This measure eased the migration of workers holding non-local agricultural Hukous to urban areas.

However, again and again, this measure only relaxed the mobility restriction but did nothing concerning the allocation of entitlements or the access of basic rights, as migrants were supposed to be able to provide for their own food and lodging, and the “SuoZaiDi” or location aspect of the Hukou registration which upholds favoritisms for local holders, still barred migrant workers from accessing most fundamental basic rights such as education for their children and medical care. Nevertheless, this measure has continued to trigger the migration of more than 60 million migrants to Chinese Cities only within the first 10 years of its application.

In this context, it is important to underline that the main category of migrants involved in this study are the Renkou Liudong (人口流动) or floating population movements, which are the workers migrating with no Hukou changes and as a result, no formal right of residency in the place of destination. They are also known as the non-Hukou migration. By contrast, the Hukou migration or Qianyi migration (迁移) requires a formal conversion of Hukou and fall into the planned migration category or (Jihua Qianyi 计划迁移)<sup>33</sup>.

Therefore, it remains important to discuss the procedure of conversion with regard to this increasing “floating” category of migrants whom mostly are holders of a non-local and non- urban Hukou. This procedure is called NongZhuanFei 农转非.

---

32. See also in this regard, Dorothy Solinger, “Temporary residence certificate regulations in Wuhan”, May 1983, *The China Quarterly*, n° 101 (1985), p. 98-103.

33. In this regard, see Kam Wing CHAN, “*Internal labor migration in China: trends, geographical distribution and policies*,” Proceedings of United Nations Expert Group Meeting on Population Distribution, Urbanization, Internal Migration and Development, ESA/P/WP206, United Nations (2008), p. 93-122.

## B. The NongZhuanFei 农转非 Procedure

Until the late 90s, in order to migrate permanently and legally, a person needed to undertake successfully the NongZhuanFei procedure. This procedure necessarily involved a conversion of the Leibie (type of status) and a geographical transfer of the place of residence<sup>34</sup> (Hukou SuoZaiDi 户口所在地). A successful completion of the NongZhuanFei procedure would lead to the obtention of a “migration permit” or Qianyi Zheng 迁移证 which was the official authorization to receive a Hukou at the new location.

Nevertheless, the requirements were strict and the qualifications to apply for NongZhuanFei were fixed by the Central government in a way to fulfill the needs of the State. Subsequently, the Qianyi Zheng was conferred to the following people<sup>35</sup>:

- Those recruited by a State-Owned-Enterprise “SOE” (Zhaogong 招工) as permanent employees.
- Those displaced due to land expropriation by the State (Zhengdi 征地).
- Those recruited as enrollment in an institution of higher education (Zhaosheng 招生).
- Those promoted to administrative positions (Zhaogan 招干).
- Those relocated under exceptional family circumstances.
- Those who joined the army (CanJun 参军).
- Those who were deemed as belonged to a special category that deserved compensation.

## C. After the NongZhuanFei 农转非 Reform

Starting from the late 80s and the early 90s, the central government initiated devolution of power concerning certain administrative matters to the local governments. That included more control for local government to decide the modalities of Hukou and non-Hukou or floating migration. The

---

34. CHAN and ZHANG, *The Hukou system and rural-urban migration*.

35. Fei-Ling WANG, “Reformed migration control and new targeted people: China’s hukou system in the 2000s”, *The China Quarterly*, n° 177 (2004), [as cited in CHAN and BUCKINGHAM].

State Council approved a number of directives issued by the Ministry of Public Security relaxing the conditions for Hukou conversion in small towns and cities. Among others, the 1992 and 1998 Ministry of Public Security directives approved by the State Council<sup>36</sup>, allowed the authorities in cities to deliver permanent local Hukou to investors and other professionals who had a stable work and a place of residence in the city<sup>37</sup>.

Based on a draft circulated by an official work group set up under the direction of the State council<sup>38</sup>, many measures were taken aiming toward the localization of the Hukou management and the elimination of the agricultural and non-agricultural distinctions.

For instance, in the 90s several types of semi-permanent local Hukous including the “blue-stamp Hukou”<sup>39</sup> which is comparable to a “green card” were created by many cities. Moreover, in the 1992 the food and grain rationing came to an end and with it all the symbolic of the rural-urban migration. Another token of renunciation to the Nongzhuanfei was the new form for Hukou recording introduced in 1995 by the ministry of Public Security (MPS)<sup>40</sup>, which did not include the traditional agricultural and non-agricultural classification. By 2001, the Ministry of Commerce also

---

36. For a list of changes in policy regarding the Nongzhuanfei after 1980, please see CHAN and ZHANG, *The Hukou System and Rural-Urban Migration in China*, p. 17-18, table 4.

37. ID.

38. In 1992, a working group involving officials from several ministries and commissions was set up under the State Council. In June 1993 the working group circulated a draft proposal of reforms suggesting, among many others, things, an abolition of nongzhuanfei and simplification of dual classification into a single system based on permanent residence-location, simultaneously increasing local management of the hukou system. This new scheme proposed to categorize an individual's hukou through three main administrative distinctions: permanent hukou (changzhu hukou 常住户口), temporary Hukou (zanzhu hukou 暂住户口) and visitor hukou (jizhu hukou 寄住户口). The plan also recommended giving local government complete control in determining a quota for the annual intake of permanent migrants. [See CHAN and BUCKINGHAM p. 592].

39. The “locally-valid” urban *hukou* is distinguished from the formal urban *hukou* by having a blue stamp on the *hukou* book. Formal urban *hukou* carries a red stamp. [CHAN and ZHANG note 42].

40. See Ministry of Public Security, *Guanyu qiyong xinde changzhu renkou dengjibiao he jumin hukouben youguan shixiang de tongzhi* (Circular on Some Issues Relating to Usage of New Form of Regular Population Registration and Hukou Book), issued on 19 December 1995.

terminated the use of the Shizhuanzheng 市转证, or the “urban food-grain ration transfer certificate” which was a mandatory prerequisite to the obtention of the Qianyi Zheng 迁移证 or migration permit necessary to achieve the Nonzhuangfei procedure<sup>41</sup>.

As a result, the two-tiered process of conversion supervised by the central government was simplified into a one-step procedure under the supervision of number of localities and provinces<sup>42</sup>.

Under the mentioned Provincial “Pilot Programs”<sup>43</sup>, the initiative of unification or “equalization” is to be implemented as Hukous are being unified under a single category called Jumin Hukou 居民户口<sup>44</sup>, or resident household registration. This single category comes as a result of the implementation of a Unified Urban and Rural household registration

---

41. “Shangyebu guanyu qiyong xinde ‘shizhen jumin liangshi gongying zhuan yi zhengming’ ji youguan shiyong guiding de tongzhi” (“Memo by Ministry of Commerce on the use of new ‘urban residents food supply transfer’ certificate and its regulations”), <http://www.chinalawlib.com/20486838.html>, [as cited in CHAN and BUCKINGHAM].

42. “The proposed abolition of nongzhuangfei was also experimented with in a few places in the late 1990s. Most prominently, numerous news releases in the early 2000s reported that a few provincial administrative units, such as Guangdong, Zhejiang, Guangxi, Shanghai, Hebei, Henan and Jiangsu, had announced that they were beginning to eliminate nongzhuangfei quotas in regulating the urban hukou in some cities and all towns. This new measure meant that these provinces would abolish the “agricultural” and “non-agricultural” hukou distinction within individual jurisdictions, mostly towns and county-level cities”, [CHAN and BUCKINGHAM, p. 593]  
See also, “Shiyige shengshi kaishi tongyi chengxiang hukou, Beijing zan wei lieru qizhong” (“Eleven provinces to begin unified urban–rural hukou, Beijing tentatively excluded”), 28 October 2005, [www.china.org.cn/chinese/kuaixun/1012501.htm](http://www.china.org.cn/chinese/kuaixun/1012501.htm), accessed 16 November 2005. More details are in Fei-Ling Wang, *Organizing through Division and Exclusion*, ch. 7. Gu Chaolin and Kam Wing Chan, “Dachengshi huji yinggai jubu fangkai” (“The hukou in large cities should be gradually open”), *Chengshi fazhan yanjiu* (Urban Development Research), n° 6 (2001), p. 31, [as cited in Chan and Buckingham note 54].

43. Ministry of Public Security, *Xiaochengzhen huji guanli zhidu gaige shidian fang’an* (Pilot Schemes for Reforming Hukou Administration System in Small Towns), proposed on 20 May 1997 and approved by the State Council on 11 June 1997.

44. See “Zhongguo huji gaige tiaojian yijing jiben chengshu” (“Conditions for huji reforms are ripe in China”), at [http://china.com/policy/txt/2007-05/09/content\\_8222503\\_2.htm](http://china.com/policy/txt/2007-05/09/content_8222503_2.htm), 9 May 2007, accessed on 9 May 2007. Using the example of Nanjing, the population holding a Nanjing agricultural Hukou and those holding a Nanjing non-agricultural hukou are now merged into one category called “population holding Nanjing jumin hukou.”, [as cited in CHAN and BUCKINGHAM, note 68].

system ChengXiang TongYi Hukou DengJi ZhiDu 城乡统一户口登记制度. As for the conditions of the central State for Nongzhuanfei, they are to be replaced by local “entry conditions” (Zhunru TiaoJian 准入条件)<sup>45</sup>.

However, there is a severe oversight which can be summarized by a small detail; this equalization is only occurring under some selective sub-provincial level which makes no true difference for non-local migrant workers who, as we mentioned before, are the most affected by the discrepancy in rights allocation. And the fact that the local governments have received almost full power to set their admission criteria is resulting sometimes in abusive and discriminatory conditions making the admission of new Hukous *totally geared towards the super-rich and the highly educated which is irrelevant to the ordinary peasant*<sup>46</sup>. In other words, these changes of policy from centralized Nongzhuanfei to locally decided allocation of Hukou remain with very little effect on rural migrant labor in most of these cities<sup>47</sup>.

## V. Actual Impacts of the Hukou System

From the above sections, one can realize that the Hukou system is actually in a state of transition, and its reform remains widely incomplete. As a matter of fact, the relaxing of mobility restrictions are far from uniform and the concentration of migrants in largest cities remain problematic. More and more, if the criteria of migration within a sub-provincial locality are becoming relatively eased, mostly due to the expansion of urban outskirts, the conditions for inter-provincial and intra-provincial migration are witnessing increasingly severe thresholds. Also, as a reminder, all these measures have not been assorted with reforms concerning social entitlements and land rights issues in rural areas<sup>48</sup>. Meanwhile, the resulting situation of that transitional effect can be at best described as diverging from the provisions of the Chinese Constitution advocating the respect of basic rights.

---

45. See Chan and Buckingham, ID.

46. ID, p. 595.

47. Fang, Cai and Meivan, Wang. *Huji zhidu gaige: kaiqi chengshi jingjide yuantou huoshui* (“Household registration system reform: opening up the source for urban economy”), *Guihuashi* (Planners), Vol. 18, n° 10, 2002, p. 5–7.

48. We are of the belief that a reform in land rights in rural areas could lead to the gradual and partial urbanization of rural provinces which would in return actively participate in the reduction of differences and discrepancies between different Hukous.



## A. Impact on Equality between Citizens and other Constitutional Basic Rights

### 1. Constitutional Framework

The Constitution of the PRC as adopted on 1982 and as amended for the fourth time on March 14, 2004 provides in its Chapter two the fundamental rights and obligations of the Citizens. For instance, article 33 of the constitution establishes equality between Chinese citizens<sup>49</sup>. Moreover, article 42 provides for the right and duty to work<sup>50</sup>. This article specifies that the state would create conditions for employment by means of various channels, and strengthen the protection of labour, improve working conditions and, on the basis of expanded production, increase remuneration for work and social benefits<sup>51</sup>. As for article 44 to 46 prescribe other fundamental social rights such as the right for retirement<sup>52</sup>, the right for material assistance when ill, old or disabled which translates to social insurance and medical care<sup>53</sup>. The right and obligation to receive education

- 
49. **Article 33 of the Constitution of the PRC: All persons holding the nationality of the People’s Republic of China** are citizens of the People’s Republic of China. All citizens of the People’s Republic of China are equal before the law. Every citizen enjoys the rights and at the same time must perform the duties prescribed by the Constitution and the law.
50. **Article 42 of the Constitution of the PRC: Citizens of the People’s Republic of China have the right as well as the duty to work.** Using various channels, the state creates conditions for employment, strengthens labour protection, improves working conditions and, on the basis of expanded production, increases remuneration for work and social benefits. Work is the glorious duty of every able-bodied citizen. All working people in state enterprises and in urban and rural economic collectives should perform their tasks with an attitude consonant with their status as masters of the country. The state promotes socialist labour emulation, and commends and rewards model and advanced workers. The state encourages citizens to take part in voluntary labour. The state provides necessary vocational training to citizens before they are employed.
51. ID.
52. **Article 44 of the Constitution of the PRC: The state prescribes by law the system of retirement for workers and staff in enterprises and undertakings and for functionaries of organs of state.** The livelihood of retired personnel is ensured by the state and society.
53. **Article 45 of the Constitution of the PRC: Citizens of the People’s Republic of China have the right to material assistance from the state and society when they are old, ill or disabled.** The state develops the social insurance, social relief and medical and health services that are required to enable citizens to enjoy this right. The state and society ensure the livelihood of disabled members of the armed forces, provide pensions to the families of martyrs and give preferential treatment to the families of military

is also shielded by the constitution<sup>54</sup>. One more relevant right is the right to marriage, family and parentage, which is protected under article 49 of the constitution<sup>55</sup>.

## 2. *Assessment of the Current Situation*

The Hukou in its actual transitional phase has objectively molded an urban-rural gap in China, creating what was called by “Kam Wing Chan”, a system of “Cities with invisible Walls”<sup>56</sup>. Other scholars even described the situation as an urban-rural “apartheid”<sup>57</sup>. While the latter description seems exaggerated, the facts are that many of the aforementioned fundamental needs remain at best unattended for, as a result of this transitional status-quo of the lethargic Hukou system.

### *a. Equality*

As examined before, the Hukou system even in its unified version still deals with the allocation of entitlements in favor of local holders, which leaves the non-Hukou migrant workers without access to fundamental social services or at best with unequal social entitlements. As a result, the principle of equality between citizens is highly threatened. Nevertheless with more inclusive social policies adopted in recent years such as the new rural pension and medical insurance schemes, the disparity in access to basic social services has narrowed significantly, but the quality of the service remains largely inferior to entitlements in the city areas<sup>58</sup>.

---

personnel. The state and society help make arrangements for the work, livelihood and education of the blind, deaf-mute and other handicapped citizens.

54. **Article 46 of the Constitution of the PRC: Citizens of the People's Republic of China have the duty as well as the right to receive education.** The state promotes the all-round moral, intellectual and physical development of children and young people.
55. **Article 49 of the Constitution of the PRC: Marriage, the family, and mother and child are protected by the state.** Both husband and wife have the duty to practice family planning. Parents have the duty to rear and educate their minor children, and children who have come of age have the duty to support and assist their parents. Violation of the freedom of marriage is prohibited. Maltreatment of old people, women and children is prohibited.
56. Kam Wing CHAN, *Cities with Invisible Walls: Reinterpreting Urbanization in Post-1949 Era*, Hong Kong, Oxford University Press, 1994.
57. See P. Alexander & A. CHAN, *Does China have an apartheid pass system*, *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2004, Vol. 30, n° 4. [as cited in ECFIN Economic Brief].
58. See ECFIN Economic Brief.

Another aspect of inequality, is the unfairness of opportunity for obtaining a Hukou; for instance, under the actual array of Pilot systems, in case of an expansion of urbanization of a certain locality, a 50-old farmer holding a local agricultural Hukou, without any urban consumption needs would incidentally gather all the prerequisites for an Urban Hukou conversion while a young migrant with higher urban consumption potentials would be prevented from effective urban migration<sup>59</sup>.

Nevertheless, in a step to promote equal employment opportunities, the central government abolished the Hukou requirement in its hiring of civil servants which are now open to all citizens<sup>60</sup>.

*b. Working Conditions*

As for the working conditions of migrants, the annual surveys carried by the Ministry of Human Resources and Social Security reveal the precarious circumstances in which migrants carry their jobs. Due to their unstable status, migrant workers are often compelled to take dirty and difficult jobs in construction, cleaning, domestic services while also having to work more than their urban counterparts<sup>61</sup>.

*c. Education*

One of the most problematic rights to safeguard remains the right of migrant children for receiving proper education. As a matter of fact, many city governments have imposed discriminatory rules barring MinGong 民工 children from accessing the city schools. Initially, those children were compelled to stay back at the hometown with their grandparents in order to be able to enroll in their local school, which bestowed on them the name of “home-staying children” living without their parents.

However, the central government stepped in and a major policy document was issued by the state council in May 2001. *This document stipulated that local governments take up the responsibility of providing nine-year compulsory education for migrants’ children through the public school system*<sup>62</sup>.

---

59. See ECFIN Economic Brief.

60. Sing Tao Daily, 4 November, 2005. Previously, 80% of the new civil servant positions in the central government required a Beijing hukou. See also Sing Tao Daily, 3 November, 2004, p. 15. [as cited in Chan and Buckingham, note 92].

61. ID.

62. See “Guowuyuan guanyu jichu jiaoyu gaige yu fazhan de jue ding”, “State Council’s decisions on reforms and development of basic education”, 29 May 2001. Available at: <http://www.moe.edu.cn/edoas/website18/info3313.htm>.

However, while in some cities, there has been noticeable progress, like in Beijing where according to a report in 2006 62 percent of the city's 370,000 migrant children were enrolled in public schools<sup>63</sup>, other serious problems remained untreated. The most salient one is that migrant children have to pay a school fee several times more elevated than the one paid by local residents with no other alternative but to stay out of school or attending low standards, often illegal migrant schools. An ironic example of these tightening measures imposed by local governments can be found in “Chan and Buckingham”:

*“[...] The most ironic piece we discovered – and perhaps the one most telling of the prognosis for the latest round of Hukou reforms—was an announcement by Shenzhen, China’s largest and most famous city of migrants, that called for tightening of admission of migrants’ children to local public schools on the same day the New York Times’ eye-catching story on abolition of the Hukou hit the streets”<sup>64</sup>.*

### **B. Social Tension: The Sun Zhigang Case**

The Hukou measures, particularly “ZanZhu Hukou 暂住户口” temporary Hukou regulations in Guangzhou have generated some dramatic events. In early 2003, Sun Zhigang a college graduate and a migrant from Wuhan who was also a fashion designer, happened to be in Guangzhou for work. Three weeks later, as he was visiting an internet café, he was asked by the police to produce; a temporary Guangzhou ZanZhu Hukou he didn't actually have, and his identity card he didn't carry with him at the moment. Failing to do so, he died from being brutally beaten by the police<sup>65</sup>. The facts are that Sun Zhigang was detained under Measures for the Custody and Deportation of Urban Vagrants and Beggars (C&R Measures)<sup>66</sup>, and later beaten to death by the police.

---

63. See CHAN and BUCKINGHAM note 84.

64. See also Nanfang dushibao, November 2, 2005. Available at: <http://www.china.org.cn> (Consulted on November 5, 2005).

65. See Sing Tao Daily, 23 June 2003, p. A9, see also v the Southern Metropolitan News, April 25, 2003.

66. Custody and repatriation (收容遣送, shōuróng qiǎnsòng) (C&R) was an administrative procedure, established in 1982 and ended in 2003, by which the police in the People's Republic of China (usually cities) could detain people if they did not have a residence permit (hukou) or temporary living permit (zanzhuzheng), and return them to the place where they could legally live or work (usually rural areas). At times the requirement included possession of a valid national identity card.

The case received a heavy echo in the news and on the internet, for instance, the Southern Metropolitan News published a detailed report on the death of Sun on April 25th 2003<sup>67</sup>. It stayed in the news and attracted wide attention. On May 14, a group of senior scholars (Xu Zhiyong, Teng Biao, and Yu Jiang) submitted a petition to NPCSC to review the constitutionality and legality of C&R Measures according to Legislation Law.

As a result, on June 5, attackers were put on trial and were severely sentenced later on<sup>68</sup>. And On 20 June 2003, Premier Wen Jiabao announced that the custody and repatriation regulations had been abolished, effective August 1, and the detention centers would be simply replaced by service stations to care for poor beggars or homeless persons under the new “Measures on Aid and Management for Urban Vagrants and Beggars” for Assisting Vagrants and Beggars with No Means of Support in Cities.

## VI. The Urgent Need for an in-depth Reform

The Hukou system in its actual situation remains highly unstable and poses some serious problems for the Country. The resulting negative impact on basic human and constitutional rights cannot be considered as a justified limitation of rights for the interest of the state since the restrictions are objectively resulting from the obsolescence of the system and are not serving any general plan or strategy. Beside the mentioned social reasons, there are also economic growth considerations that could justify a thorough reform. The Hukou system is having an adverse effect on consumption and is becoming a barrier for effective allocation of labour<sup>69</sup>. Moreover, it is becoming urgent that the central government steps in and moves the problem beyond the sub-national level and start a large scale national plan for a global Hukou reform, and it is believed that such a plan is getting ripe and ready for release by the end of 2013. It is also believed that the acceleration of the Hukou reform is closely linked to the increasing importance of urbanization on the agenda of the central government. According to the National Development and Reform Commission (NDRC) in its report submitted to the NPC standing committee, *the Hukou reform should be one of the four main strategic priorities for promoting a ‘healthy urbanization’, alongside the focus on clustering within a*

---

67. See ID the Southern Metropolitan News, April 25, 2003.

68. “Sun Zhigang’s brutal killers sentenced”, China Daily, 10 June 2003. [http://www.chinadaily.com.cn/en/doc/2003-06/10/content\\_168514.htm](http://www.chinadaily.com.cn/en/doc/2003-06/10/content_168514.htm) (Consulted on 9 January, 2014).

69. ECFIN Economic Brief.

*network of cities, promoting sustainability and low-carbon solutions and integration of urban and rural development*<sup>70</sup>.

In this regard, China's Premier himself, Mr. Li Keqiang, who is well known for being a strong advocate of urbanization<sup>71</sup>, wrote in a 2012 article that *"urbanization has the greatest potential for boosting domestic demand."* He estimated that *"every rural resident who becomes an urban dweller will increase consumption by more than 10,000 yuan (US\$1, 587)."* This potential shot in the arm to domestic consumption is irresistible for Chinese leaders as they seek to rebalance the country's economy<sup>72</sup> [...].

Finally it seems that the emphasis in the new urbanization plan to come is indeed placed on the Hukou reform. The major conferences around urbanization strongly uphold a "human centered" urbanization policy. The Central Urbanization Work Conference (CUWC), "the most high-level meeting the Chinese leadership has ever convened on urbanization", underscored China's commitment to urbanization, calling it "the road China must take in its modernization drive." However, the conference called for a more "human centered" approach to urbanization. [...]

*[...] To help address these problems, the CUWC announced a "human centered" urbanization policy. Rather than emphasizing the building of new homes and new cities, the top priority will be helping rural residents who have already migrated to the cities win the status of official legal residents. As Xinhua's English language report put it, "the primary task is to enable migrant workers to win urbanite status in an orderly manner." In other words, urbanization will focus first on solving the Hukou problem [...]*<sup>73</sup>.

---

70. National Reform and Development Commission (2013) "Guówùyuàn guānyú chéngzhèn huà jiànshè gōngzuò qíngkuàng de bàogào" (Report to the State Council on urbanization plan), presented by Xu Shoashi at the NPC Standing Committee meeting, July 26.

Available at: [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/jd gz/bgjy/2013-06/27/content\\_1798658.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/jd gz/bgjy/2013-06/27/content_1798658.htm)

71. See ID ECFIN Economic Brief.

72. Li Keqiang Expounds on Urbanization, Available at: <http://www.china.org.cn> (Consulted on May 26, 2013).

Available at: [http://www.china.org.cn/china/2013-05/26/content\\_28934485.htm](http://www.china.org.cn/china/2013-05/26/content_28934485.htm) (Consulted on January 9, 2014).

73. Shannon TIEZZEI, *China's New Urbanization Plan*, A major conference on urbanization in China prioritizes hukou reform over construction and relocation projects, The Diplomat, December 17, 2013, available at <http://thediplomat.com/2013/12/chinas-new-urbanization-plan> (Consulted on January 10, 2014).

## **Conclusion**

To conclude, the Hukou system of China seems indeed to have become ripe for a fundamental and thorough reform. A long transitional phase and a series of Pilot Programs have probably provided the central government with sufficient data to trigger a global social transformation by now. Yet, based on all the complex facts, the reform is likely to take some time in order to avoid unwanted instabilities in the Country. However, Urbanization and Economic growth seem to be important incentives behind such a restructuring. Nevertheless, taking into account those factors should not leave unattended the question of disparity in the allocation of social entitlement. Until now, China has succeeded in having a very low percentage of slums comparatively to other countries, but the surge in the number of migrant workers left in precarious situation with regards to their most basic rights would dramatically increase the percentage of urban slums in the near future. Therefore, no matter what shape the reform will take, it is believed that a change in the Hukou functions and purposes remains highly needed. The social entitlements and basic rights allocation function ought to be definitively separated from Hukou considerations and dealt with uniformly on a global national level. Only then could an equal and fair social treatment be provided to all Chinese citizens notwithstanding their social or status differences.

## Bibliography

- CHAN and BUCKINGHAM note 1: Kam Wing CHAN, Ta LIU and Yunyan YANG, “Hukou and non-hukou migration: comparisons and contrasts,” *International Journal of Population Geography*, Vol. 5, n° 6 (1999) p. 425-48. Youqin HUANG and William CLARK, “Housing tenure choice in transitional urban China: a multi-level analysis,” *Urban Studies*, Vol. 39, n° 1 (2002), p. 7-32. Zhiqiang LIU, “Institution and inequality: the hukou system in China,” *Journal of Comparative Economics*, n° 33 (2003), p. 133-57.
- LIN Yi Fu, Cai, Fang and Li, Zhou *Zhongguo de qiji: fazhan zhanlue he jingji gaige (The China Miracle: Development Strategy and Economic Reform)*, Shanghai: Shanghai Renmin Chubanshe (1994), and Hong Kong, Chinese University Press, 1996; See also ECFIN Economic Brief.
- MERVYN Matthews, *The Passport Society: Controlling Movement in Russia and the USSR* (Boulder, CO: Westview Press, 1993); Kam Wing Chan, *Cities with Invisible Walls*, ch. 3.
- SHANNON Tiezzi, *China’s New Urbanization Plan: A major conference on urbanization in China prioritizes hukou reform over construction and relocation projects*, *The Diplomat*, December 17, 2013.  
<http://thediplomat.com/2013/12/chinas-new-urbanization-plan/> (Consulted in January 8, 2014) [hereinafter New Urbanization Plan].
- SOLINGER Dorothy, *Contesting Citizenship in Urban China: Peasant Migrants, the State, and the Logic of the Market* (Berkeley: University of California Press, 1999). It should also be noted that a few previous state-provided privileges are no longer granted to urban residents. In some cities or city districts, migrant children can go to urban public schools, but most of them have to pay school fees several times higher than local residents, [as cited in CHAN and BUCKINGHAM note 2].
- WANG Fei-Ling, “Reformed migration control and new targeted people: China’s hukou system in the 2000s”, *The China Quarterly*, n° 177 (2004).
- WING Kim Chan and ZHANG Li, *The Hukou System and Rural-Urban Migration in China: Processes and Changes*, *The China Quarterly*, n° 160 (1999) p. 818-55.



