

Université d'Aix-Marseille  
École doctorale sciences juridiques et politiques  
Faculté de droit et de science politique

## La prudence du juge. L'exemple japonais

Thèse pour le doctorat en droit  
Présentée et soutenue publiquement le 23 mars 2018  
Gaël BESSON

Directeur de recherche : M. Jean-Yves CHEROT  
*Professeur à l'université d'Aix-Marseille*

Rapporteurs : M. Julien BOUDON  
*Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne*  
M. Alexandre VIALA  
*Professeur à l'université de Montpellier*

Examineurs : M. Thierry RENOUX  
*Professeur à l'université d'Aix-Marseille*  
Mme Caterina SEVERINO  
*Maître de conférences HDR à l'université de Toulon*  
M. Hajime YAMAMOTO  
*Professeur à l'université de Keio*



*La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier très chaleureusement mon directeur de thèse, Jean-Yves Chérot, pour m'avoir fait confiance durant ces années de doctorat. Merci pour sa disponibilité, ses conseils et son aide précieuse.

Je voudrais également remercier Hajime Yamamoto pour m'avoir accueilli à l'université de Keio où j'ai pu me rendre compte que cette recherche prendrait finalement plus de temps que prévu. Je vous remercie de m'avoir fait participer à ses séminaires, et présenté à vos étudiants et collègues et avec qui j'ai eu le plaisir d'échanger. Je n'aurai jamais pu vivre au Japon sans votre soutien. Cette recherche que j'ai promis de mener à son terme, est ma modeste contribution pour continuer à tisser des liens entre la France et le Japon.

Je tiens à remercier Yukiko Ogawa et Kohei Miyamoto pour avoir ponctuellement vérifié mes traductions, et Yuko Shimizu de la bibliothèque de la Maison Franco-japonaise pour sa gentillesse et son regard compréhensif envers mes nombreux retards de retour d'ouvrages.

Pour les Professeurs, je tiens à remercier les Professeurs Yoichi Higuchi et Isobe Tetsu de m'avoir accordé plusieurs heures d'entretiens qui m'ont *énormément* aidé.

Je tiens à remercier ma famille. Mon père Jean-Claude qui a toujours eu la gentillesse de m'envoyer les plus belles images de notre Haute-Savoie natale, celles de notre forêt, et de nos animaux. Ma mère Christine, qui m'a beaucoup aidé dans ses messages, dans ses cadeaux, dans ses récits de balade à moto. A eux deux pour les beaux moments passés au Japon ensemble à Kyoto, Enoshima. A très bientôt et plus souvent.

Mes deux sœurs, Noémie et Lauriane, qui me manquent, et que vais pouvoir désormais inviter ici et venir voir plus souvent. Merci à Noémie de m'avoir fait découvrir et aimé Paris, la balade au bord des quais, le super concert sur la péniche et pour la pizza. Lauriane j'avais prévu de finir cette recherche avant ton entrée dans la vie active, j'ai magnifiquement perdu tu es désormais une psychologue pleine de compassion et toujours aussi investie dans la vie locale. Je vous aime.

Je tiens aussi à remercier les filles et femmes qui m'ont accompagné avant et pendant ces longues années. A Inès avec qui j'ai découvert le Japon, à Laurie pour la musique et la lune, à Akino sans qui je ne serai plus au Japon ni n'aurais véritablement appris à parler japonais. Nous accouchons ensemble semble-t-il, toi d'un enfant. A Flaminia avec qui j'ai passé les deux plus courtes années de ma vie. J'espère que tu es heureuse aux États-Unis. Tes livres et tes films me tiennent compagnie.

Et je tiens à remercier les livres donc, parce que les mots couchés sur de papier ouvrent sur des mondes bien plus grand que ce que mon petit appartement et ma jolie plante verte de compagnie ne m'offrent comme horizon.

Je tiens à remercier Florian, Paul et Map qui essayent en ce moment de trouver un imprimeur, et avec qui nous allons discuter de l'Ours Jaune au sunset même si nous sommes désormais trop vieux. A Marion que j'avais oublié de remercier dans mon mémoire de Master 2. Pardon du délai. A Christophe pour avoir supporté de bon matin mes nombreux schémas sur les tableaux de l'école où nous enseignons et Pauline pour m'avoir invité à des expositions.

Je tiens à remercier enfin deux personnes en particulier. Monsieur Suzuki, qui m'a appris à Aix, les bases de la langue japonaise et grâce à qui un jour, j'ai pu un peu par surprise apprendre que oui, mon seul rêve, aller un jour au Japon, était réalisable. Il m'a donné les moyens de découvrir ce pays, j'ai pour lui une reconnaissance éternelle. Vos conseils sont chaque jour précieux.

Je tiens enfin après les remerciements formels du début, remercier Monsieur le Professeur Jean-Yves Chérot. Cette thèse, qui m'a accompagnée 8 ans de ma vie, a été commencée, reprise, et terminée grâce à lui. J'ai toujours eu une image respectueuse des grands philosophes et Maîtres du passé. Je ne pensais pas en rencontrer un jour. J'ai eu cette chance. Monsieur Chérot est d'une qualité intellectuelle absolue, d'une gentillesse et d'un tact qui ne cesse de me confondre.

Je vais donc raconter une histoire. Lorsque je faisais mon mémoire de master 2, j'ai eu l'idée, sans me rendre compte de ce que cela impliquait, de faire une recherche sur les rapports entre droit et morale. Je ne savais pas qui était Monsieur Chérot, il a gentiment accepté de diriger mon mémoire en me disant que c'était un beau sujet. A trois semaines du dépôt du mémoire, catastrophe de boucle logique, je pars semble-t-il sur une thèse d'Etat ou sur un torchon de 30 pages. Impossible de m'en sortir. Je lui écris à trois heures du matin quelque chose en forme de « j'aime beaucoup la théorie du droit, mais je ne comprends rien. A l'aide. ». Je reçois une réponse à 6h42 du matin de sa part qui commence ainsi « Cher Gaël, ne vous inquiétez pas, c'est le rôle de cette université de vous apprendre à faire de la recherche, et c'est mon rôle de vous accompagner, voici quelques conseils... ». Ces conseils imprimés sur le mur de mon appartement de l'époque, m'ont permis de finir à temps une recherche qui à ma surprise, fut suffisamment intéressante pour qu'on me glisse à l'oreille : « Aimeriez vous faire de la recherche ». Oui Monsieur Chérot, j'ai beaucoup aimé faire de la recherche. J'espère que vous aurez trouvé ces pages intéressantes. Je n'atteindrai jamais les cimes intellectuelles où vous vous trouvez, mais je connais désormais la direction. J'espère surtout arriver à conjuguer comme mon père et vous me l'avez montré, la bonté et la sagesse.



« Next, let me say a few words about the minority opinion. Justice MANO quoted at the beginning the words put up at the Federal Supreme Court of the United States and the Universal Declaration of Human Rights by the United Nations as if there is good reason behind them. But, alas! in America, different States have different laws, and accordingly it is impossible that justice is actually equal under different laws. In addition, it is well known throughout the world that there are a number of laws in America which provide racial discrimination. For this reason, it is particularly necessary for the Federal Supreme Court of America to engrave on that white marble the four words he quoted, as a motto, and there is no need for our Constitution to model after it. And, the Universal Declaration of Human Rights is of course a declaration for the whole world, which is welcome to us who are internationally discriminated in political, economic and social relation. But it cannot be said proper to quote such an international declaration for the interpretation of the Constitution or other laws in a nation. It must be said that citing this at the beginning when interpreting Article 14 of our Constitution is just like deceiving by an ogre-mask or crying up wine and selling vinegar. About the rest of his opinion, I have already touched a few points, but in effect, it is a series of sycophancies based on his self-centred idea under the cloak of democracy, which is a disgrace to Japan and I cannot bear reading it.”

Opinion complémentaire du juge SAITO Yusuke,  
Cour Suprême, Assemblée plénière, 11 Octobre 1950, Yamato c. Japon



INTRODUCTION	
SECTION 1 -Points de vue de la commission sur la constitution de la Chambre des représentants japonaise.....	3
SECTION 2 - Points de vue de la doctrine japonaise sur la prudence du juge.....	8
SECTION 3 - Choix du critère technique.....	17
PARTIE 1. LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR JUDICIAIRE	
TITRE 1 – LA JUDICIARITE OU LE DROIT DE JUGER.....	25
CHAPITRE 1 – LE CONTEXTE JURIDIQUE JAPONAIS : LE ROLE HISTORIQUEMENT LIMITE DU JUGE.....	27
SECTION 1 -La lente juridicisation du droit japonais.....	28
SECTION 2 - Doctrines publicistes, privatistes et constitutionnelles depuis Meiji à la fin de la seconde guerre mondiale.....	39
CHAPITRE 2 – L'ATTRIBUTION DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA CONSTITUTION DE 1947 (司法権の帰属).....	61
SECTION 1 -La juridiction des cours (司法権の裁判所への帰属).....	62
SECTION 2 -Les garanties du pouvoir judiciaire.....	71
CHAPITRE 3 - LES LIMITES DU POUVOIR JUDICIAIRE (司法権の限界).....	77
SECTION 1 -La doctrine du problème politique (統治行為論).....	80
SECTION 2 -La théorie de la société divisée (bubun shakai riron 部分社会の法理).....	85
TITRE 2 – LA JUSTICIABILITE OU LE DROIT DE POURSUIVRE.....	109
CHAPITRE 1 - CRITERES LEGISLATIFS DU DROIT DE POURSUIVRE.....	111
SECTION 1 -Les actions en contentieux subjectif (訴え).....	112
SECTION 2 -Les actions en contentieux objectif (客観訴訟).....	115
CHAPITRE 2 - LES DOCTRINES DU DROIT DE POURSUIVRE JAPONAISES : L'EXEMPLE ADMINISTRATIF.....	121
SECTION 1 -Le triptyque Shobunsei-Uttae no rieki-Seijukusei.....	122
SECTION 2 -La Mootness.....	135
SECTION 3 – Elements de comparaison des concepts américains et japonais.....	141
PARTIE 2 – LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLER LA CONSTITUTIONNALITE	
TITRE 1 – CONCEPTIONS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE.....	159
CHAPITRE 1 – LE DROIT DE JUGER DE LA CONSTITUTIONNALITE.....	161
SECTION 1 -L'objet du contrôle de constitutionnalité.....	162
SECTION 2 -Formules et effets du jugement.....	172
CHAPITRE 2 - LE DROIT DE POURSUIVRE DANS LE PROCES EN CONSTITUTIONNALITE.....	185
SECTION 1 - La doctrine de l'application indirecte des droits fondamentaux (間接適用説).....	186
SECTION 2 - L'éligibilité des recours fondés sur les droits constitutionnels d'un tiers (第三者の憲法上の権利の援用).....	192
TITRE 2 - DOCTRINES DU JUGEMENT ET DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE.....	203
CHAPITRE 1 – LA THEORIE DU JUGEMENT CONSTITUTIONNEL (憲法判断).....	205
SECTION 1 -Le principe de la présomption de constitutionnalité.....	206
SECTION 2 -La doctrine du fait législatif (立法事実).....	215
SECTION 3 -La discrétion législative (立法裁量論).....	222
SECTION 4 -Discrétion administrative.....	231
SECTION 5 -La doctrine de l'inaction législative (立法の不作为).....	237
CHAPITRE 2 - LES STANDARDS DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE.....	243
SECTION 1 -Double standard (二重の基準論).....	246
SECTION 2 -Le standard de rationalité (合理性の基準).....	257
CONCLUSION DE LA THESE.....	267
JURISPRUDENCE.....	271
BIBLIOGRAPHIE.....	283
TABLE DES MATIERES.....	294



## INTRODUCTION

1. Identifier l'équivalent japonais de ce que l'on nomme *judicial restraint* ou *passivism* aux États-Unis, et retenue judiciaire ou passivisme en France est complexe. Ce sont des termes qui renvoient déjà à des acceptions particulières dans leurs systèmes juridiques respectifs. Le *judicial restraint* est, en général, considéré comme la retenue judiciaire du juge de la Cour suprême des États-Unis dans son usage du *judicial review*, son pouvoir du contrôle concret de la constitutionnalité des actes du Congrès ou de l'exécutif. Par ailleurs, lorsque les doctrines sont appliquées, elles peuvent l'être de manière différente. Les doctrines de la *ripeness* - la maturité de la demande – font l'objet de tests paliers différents suivant les juges. Il est important d'essayer d'éviter les *a priori* et de relever la manière dont les acteurs juridiques japonais eux-mêmes se saisissent de la question. Débutons par une observation de l'acception commune de ces termes.
2. **Au Japon** existe un « principe de passivité judiciaire » (*shihō shōkyokushugi* 司法消極主義). Il n'y a pas de définition de cette expression dans l'encyclopédie juridique de référence dirigée par ITO Masaami. On trouve toutefois dans le Kanwa<sup>1</sup>, ouvrage sur l'origine et la signification des kanjis que *shōkyokushugi* signifie *susunde kōdō suru o yokeru shugi*<sup>2</sup> soit le principe d'éviter de progresser. Si l'on met en parallèle ce principe avec celui de l'activisme (*shihō seikyokushugi* 司法積極主義), il apparaît que deux kanjis seulement portent le sens de cette opposition : *shō* 消 et *sei* 積. La première trace dont nous disposons du symbole 消 est le *Teng Wen Gong* de Mengzi (francisé en Mencius). Il est composé du radical eau, et signifie « couper en petit morceaux jusqu'à faire disparaître ou éteindre »<sup>3</sup>. La plus ancienne trace écrite, dans l'état actuel de mes recherches, du terme 消極主義, utilisé dans un contexte politique plus que juridique, nous vient d'une figure d'autorité ŌKUMA Shigenobu<sup>4</sup> dans sa *Théorie de la conduite des affaires d'État* publiée en 1912 (*Keiseiron* 經世論).
3. **En Occident.** Le terme le plus souvent utilisé pour désigner ce phénomène de prudence interprétative est *judicial restraint* pour l'anglais que l'on peut trouver traduit par « réserve judiciaire ». On trouve également, sans règle formelle toutefois, les termes de prudence, retenue, passivisme, inactivisme, négativisme, modestie, ou de timidité (ces deux derniers termes apparaissant le plus souvent en complément ou à la marge). Pour appuyer leurs propos, les auteurs japonais écrivant en français ou en anglais traduisent *shihō shōkyokushugi* par l'un de ces termes. L'origine étymologique de ces termes français peut être réduite à 3 mots latins : *prudentia*, *patiens*, et *nego*. *Patiens* signifie celui qui supporte, qui endure, ou un corps supportant les privations ; *nego* signifie dire non, répondre non à quelqu'un (i.e. « Diogène dit oui, Antipater dit non »), mais également affirmer ne pas. Pour Cicéron : « ils prétendent que le sage ne doit pas s'occuper des affaires

---

<sup>1</sup> 轍次諸橋, 大漢和辞典 (卷 6), 修訂第二, 大修館書店, 1989, 1196 p.. (Entrées 17529, 25266) Wolfgang Hadamitzky et Pierre Durmous, Kanji & [et] kana: manuel de l'écriture japonaise et dictionnaire des 1945 caractères officiels ; suivi de caractères composés importants formant un vocabulaire de 11000 mots, J. Maisonneuve, 1990, 394 p. Les kanjis littéralement « caractères chinois » sont apparus au XVIe siècle avant notre ère, et il s'agit à l'origine, et comme pour les hiéroglyphes, d'illustrations qui furent simplifiées pour s'adapter aux outils d'écriture. Il est toujours possible de retrouver cette origine graphique dans certains kanjis utilisés de nos jours, par exemple : 「川」、「木」、「山」, pour respectivement « rivière », « arbre » et « montagne ».

<sup>2</sup> 進んで行動するを避ける主義

<sup>3</sup> Une étude lexicographique ou lexicologique plus poussée serait intéressante afin de déterminer si l'opposition entre les deux termes en droit porte encore la trace des sens originaux. Si l'on souhaite traiter de la prudence au sens de la phronesis d'Aristote, nous recommandons la lecture de François Julien « Un sage est sans idée », Editions du Seuil, 1998 pour comprendre la philosophie japonaise, ses liens profonds avec la Chine et le relatif manque d'une « pure » philosophie japonaise.

<sup>4</sup> Il consacre le Chapitre III à « la théorie du gouvernement constitutionnel », et la développe dans une section quatre intitulée « la politique fondamentale ».

publiques »<sup>5</sup> ; *Prudentia* de *prudens*, signifie prévoyance, prévision, connaissance pratique, compétence (« la connaissance du droit public »)<sup>6</sup> ; mais également sagesse, savoir-faire, la « sagesse pour établir la constitution des villes »<sup>7</sup>. Voilà pour quelques considérations étymologiques<sup>8</sup> qui peuvent donner une indication sur le sens de cette expression. Voyons-en à présent l'usage contemporain au Japon.

4. Nous allons d'abord chercher le point de vue des citoyens impliqués sur le sujet. La commission sur la constitution de la Chambre des représentants japonaise<sup>9</sup> composée de membres<sup>10</sup> de tous les partis élus au Parlement, et auditionnant des témoins issus de différentes professions juridiques (juges, avocats, professeurs...) a rendu 72 rapports sur des thématiques aussi variées que la justice, les décisions de l'après-guerre, ou encore le système judiciaire. Nous considérerons les différents éléments dégagés par la Commission dans son 66<sup>e</sup> rapport sur le thème « Justice, Révision et Loi suprême » (Section 1).
5. Il apparaîtra que, pour les professeurs de droit ou de science politique qui y sont intervenus, la prudence judiciaire est en général liée au contentieux constitutionnel, lui-même lié à la Cour Suprême japonaise, et est l'objet de critiques sévères. Les professeurs Inoue Tasuo et Kawai Mikio considèrent, par exemple, que le principe de prudence interprétative constitue « une situation problématique qui peut être réglée en supprimant le contrôle du juge par le secrétariat de la Cour Suprême, la diversification des membres de la Cour Suprême, l'amélioration de la formation des personnels, la réforme du système national d'examen d'accès aux professions juridiques... ». Nous présenterons différentes positions doctrinales générales sur la question (Section 2).
6. Puis nous présenterons le critère choisi (Section 3).

<sup>5</sup> de Or. 3,64 : « negant versari in re publica esse sapientis ».

<sup>6</sup> Cic. De Or. 1, 256 : « juris publici ».

<sup>7</sup> Cic. Ac. 2, 3 : « in constituendis civitibus ».

<sup>8</sup> L'étymologie ou « gougenu suru » est par ailleurs peu utilisée au Japon.

<sup>9</sup> A été mise en place par la loi de « révision partielle de la loi de l'Assemblée nationale » du 29/07/1999, promulguée le 4/08/1999.

<sup>10</sup> Liste des membres actuels [http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_iinkai.nsf/html/iinkai/iin\\_s9005.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_iinkai.nsf/html/iinkai/iin_s9005.htm)

**SECTION 1 - POINTS DE VUE DE LA COMMISSION SUR LA CONSTITUTION DE LA CHAMBRE DES REPRESENTANTS JAPONAISE**

7. Dans son 66<sup>e</sup> rapport<sup>11</sup> sur le thème « Justice, Révision et Loi suprême » (*shihō kaisei saikō hōki-tō* 司法・改正・最高法規等) la commission sur la constitution de la Chambre des représentants japonaise a examiné ce qu'elle appelle le « principe de passivisme juridique » comme suit :

1. En raison de la passivité du juge envers les questions de contrôle de constitutionnalité de la législation et de l'administration, celles-ci échoient à l'interprétation discrétionnaire que s'en fait le gouvernement ; il est important de considérer pour le bon développement du système juridique dans un « État de droit » (*hōnoshikai no shita* 法の支配の下) que le juge est l'interprète final des règles juridiques.<sup>12</sup>
2. Le nombre de déclarations d'inconstitutionnalité est trop faible.<sup>13</sup>
3. Le rôle du pouvoir judiciaire est d'assurer la réalisation d'une égalité substantielle. Un exercice « passif » du contrôle de constitutionnalité est égal à un abandon de son rôle par le pouvoir judiciaire.<sup>14</sup>
4. La Constitution ne rend pas impossible pour le juge de traiter de questions politiques sensibles, et ce malgré l'argumentation selon laquelle il n'aurait pas été désigné pour diriger le peuple.<sup>15</sup>
5. Du fait du poids des autorités administratives, qui continue à augmenter, la justice est dans une situation de blocage qui nuit à son fonctionnement.<sup>16</sup>
6. En développant la théorie de « l'acte souverain », la Cour Suprême a réduit le rôle qui lui était originellement dévolu.<sup>17</sup>
7. Ces dernières années, considérant les changements majeurs dans l'approfondissement des relations entre la communauté internationale et la société japonaise, ainsi que le changement rapide du rôle des politiques et du Parlement, il devrait être acquis que les questions politiques, les questions liées à la Loi sur la gouvernance, telles que l'installation de la Cour constitutionnelle à l'Assemblée nationale, devraient être de sa compétence.<sup>18</sup> ».

8. **Remarque.** Ce constat, sévère en apparence, et rendu en majorité par des membres du parti alors au pouvoir au Japon depuis 50 ans, n'a pas véritablement eu d'effet. En lieu et place

<sup>11</sup> Elle est intervenue à quatre reprises, mais divise ses rapports (*Shukenshi*) suivant une thématique particulière. Pour ses conclusions : voir <http://japan.kantei.go.jp/judiciary/2001/0612report.html>

<sup>12</sup> a 司法が憲法判断に消極的なため、立法・行政の憲法適合性が、行政の裁量的解釈に委ねられてしまうことから、法の支配の下で司法権が最終的な法解釈を行う体制づくりに向けた検討が必要である。

<sup>13</sup> b 最高裁判所の違憲判決の件数が余りにも少な過ぎる。

<sup>14</sup> c 司法の役割は実質的平等の実現を担保することであるが、違憲審査権の行使が消極的であるのは司法の役割を放棄しているに等しい。

<sup>15</sup> d 裁判官が直接国民に選ばれていないことを理由に、重要な政治的事項についての判断を回避することは、最高裁判所の役割からして憲法上許されないのではないか。

<sup>16</sup> e 行政権が肥大化し、行政国家化していく中、司法が、司法消極主義のため現実に機能していないという現状は改めなければならない。

<sup>17</sup> f いわゆる「統治行為」論によって、最高裁判所は本来果たすべき自己の役割を狭めている。

<sup>18</sup> g 近年、日本社会の大きな変化や国際社会との関係の深化の中、政治・国会の果たす役割も急速に変化していることから、結論までに時間のかかる司法が統治行為に関与することは限定的であるべきである。そのため政治的な問題、統治行為に関する問題は国会に憲法裁判所を設置するなどして、その所管とすべきである。

d'une définition, la Commission, bien que traitant sensément du « sens » du terme, produit une « liste » d'observations et de critiques selon lesquelles le principe de passivisme juridique est :

9. **Une limitation de l'interprétation du juge sur les moyens de l'action nationale.** Si « la passivité du juge envers la constitutionnalité des rapports entre la Législation et l'Administration » peut de prime sonner étrange à l'oreille française qui serait habituée à penser en termes de pouvoirs (législatif, exécutif), de sous-ensembles normatifs (loi, règlements), ou d'institutions (parlement, gouvernement...), elle renvoie au Japon à un ensemble appelé l'action d'Etat (*kōkka sayou* 国家作用). La seconde partie du propos de la Commission, selon laquelle « (...) il est important de considérer pour le bon développement du système juridique que dans un « Etat de droit » le juge est l'interprète final des règles juridiques. », prend donc un éclairage particulier. C'est un signal envoyé dans lequel il faut peut-être inclure l'exigence de séparation des pouvoirs dans le cadre plus général de l'Etat de droit. Nous aurons l'occasion de voir que, suivant que la doctrine privilégie l'un ou l'autre, ces conclusions sur la prudence judiciaire, et plus particulièrement constitutionnelle, sont radicalement différentes. On peut voir ici non seulement une critique de l'intériorisation par le juge que ses décisions sont « à la merci d'un trait de plume du législateur » dont il est question, mais plus généralement, que *les décisions de justice sont sous le sceau de l'Administration*.
10. **Un faible nombre de décisions d'inconstitutionnalité.** Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, il est souvent dit que la Cour Suprême invalide peu de « statuts »<sup>19</sup> dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité : une dizaine de décisions seulement, suivant le compte qu'en fait la doctrine.<sup>20</sup> Ce faible nombre est problématique pour certains auteurs, pour différentes raisons : témoin devant la Commission, Hatakeshiri Tsuyoshi<sup>21</sup> explique que « si la Constitution, met en place une démocratie majoritaire reflétant le plus grand nombre d'intention, [le rôle de] la Cour est de garantir les droits constitutionnels et, en réalité, de préserver le droit des minorités. C'est le sens du contrôle de constitutionnalité ». Le contrôle est donc fondamental en tant que garant du droit des minorités. Son absence serait fortement préjudiciable et la plupart des auteurs s'accordent sur l'intérêt d'un contrôle de constitutionnalité. Cela n'a pas toujours été le cas (voir CH.1, S1, SS1).
11. Pour certains, l'existence de la possibilité d'un contrôle n'est pas suffisante : il doit être exercé, un faible nombre de décisions étant assimilé à un exercice insuffisant par le juge de ses prérogatives. Comme le fait remarquer le Professeur Urabe Noriho en 1993 : « Puisqu'il n'y a aucune preuve que la Législature japonaise est fidèle à la Constitution, seulement cinq cas en 40 ans est un nombre trop faible ». Nous proposons d'attirer l'attention du lecteur non pas sur le nombre de décisions d'inconstitutionnalité, mais sur la première partie de sa remarque, extrêmement profonde : doit-on et comment présumer de la constitutionnalité des lois ?<sup>22</sup> (voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1). Différemment, le professeur Yoichi Higuchi note qu'un faible nombre de décisions d'inconstitutionnalité ne veut pas dire que la Cour ne fait pas usage de son pouvoir de contrôle de constitutionnalité car elle *valide fréquemment* des

<sup>19</sup> "A statute is a formal written enactment of a legislative authority" Black, Henry Campbell (1990). Black's Law Dictionary, Sixth Edition. West Publishing, p. 1410.

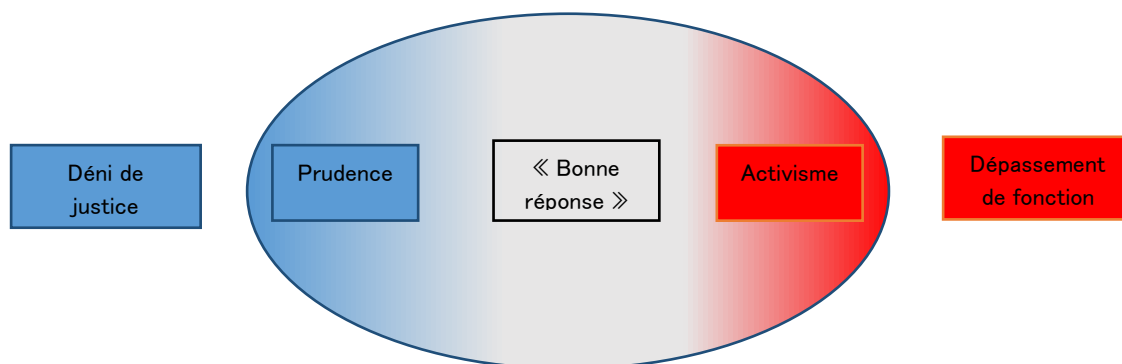
<sup>20</sup> Certains professeurs (HIGUCHI, YAMAMOTO) commencent le décompte à partir de 1973 en séparant les décisions visant la loi ou un ordre du Cabinet, d'autres notamment la doctrine américaine (BOLZ), comptabilisent les « statuts » en général et ne fait pas cette différence. Nous y reviendrons.

<sup>21</sup> 憲法は、多数の意思を反映する多数派民主主義を採用する一方、少数者の人権も保障しており、裁判所は、憲法上の権利の保障のために国会による多数の意思に反してでも少数者の意思を尊重する場合がある。それが違憲審査権である。(畑尻剛参考人)

<sup>22</sup>Noriho Urabe, op. cit. p.68.

cas parfois limites, attitude qu'il qualifie de « passivisme judiciaire boiteux. »<sup>23</sup>. En revanche, pour d'autres auteurs, le faible nombre de déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas la marque d'une attitude prudente de la cour, ni en soit un problème.<sup>24</sup> Pour le professeur Danelski : « bien que critiquée pour sa timidité dans l'usage de son pouvoir de contrôle, la Cour Suprême Japonaise a en fait annulé plus d'actes de la législature *nationale* que la Cour Suprême des États-Unis, si l'on compare leurs débuts sur une période nombre d'année équivalentes. »<sup>25</sup>

12. **Une modalité d'exercice du pouvoir de contrôle constitutionnel proche du déni de justice.** La Commission considère qu'un exercice passif de sa fonction par le juge revient à un abandon de sa mission. De manière moins définitive on pourrait considérer éventuellement que la prudence du juge se situe à la limite inférieure de son spectre d'action, le minimum requis au juge en-deçà duquel il pourrait effectivement tomber sous le coup d'un déni de justice.



13. Il est intéressant de noter le propos du juge Kobayashi Shunzo, à l'occasion d'une opinion supplémentaire dans l'affaire sur la validité de l'ordonnance 325 de 1950<sup>26</sup> rendue en 1952 :

« Le fait que la souveraineté de notre pays ait été restauré et que notre Constitution soit maintenant appliquée dans toute sa mesure n'aurait donc aucune signification juridique particulière en ce qui concerne la présente affaire. Il est inutile de dire que notre pays a repris sa position indépendante en tant qu'Etat constitutionnel et a repris son pouvoir de légiférer sur ses propres lois, ainsi que d'interpréter et d'appliquer ses propres lois et ordonnances d'un point de vue indépendant, en s'étant débarrassé de toutes les contraintes qui lui ont été imposées pendant la période d'occupation. Nous sommes de retour dans notre position propre et inhérente depuis laquelle nous pouvons à nouveau examiner de façon indépendante toutes ces lois et ordonnances conformément aux dispositions de notre Constitution. En réalité, nous sommes en devoir d'effectuer ces examens. »

<sup>23</sup> Yoichi Higuchi, « Evolution récente du contrôle de la Constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946 » (1979) 31:1 Revue internationale de droit comparé 21-34 à la p 23, DOI : 10.3406/ridc.1979.3346.

<sup>24</sup> 高柳信一 (TAKAYANAGI Shin'ichi) et 奥平康弘 (OKUDAIRA Yasuhiro), 現代憲法の諸相: 高柳信一先生古稀記念論集 (*Aspects de la Constitution moderne: Liber Amicorum pour le Professeur Shinichi Takayanagi*), 東京, 専修大学出版局, 1992 à la p 283. // « その結果、勢い違憲判決が出てくる余地が少なくなるが、違憲判決が少ないから司法消極的であるのではない »

<sup>25</sup> David J Danelski, « Political Impact of the Japanese Supreme Court », Notre Dame Lawyer, vol. 49, 1974 1973, p. 955. Herbert F Bolz, « Judicial Review in Japan: The Strategy of Restraint », Hastings International and Comparative Law Review, vol. 4, 1981 1980, p. 87. p.134.

<sup>26</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 22 juillet 1953, *Sakagami ou Arrêt sur le cas de validité de l'ordonnance no 325 de 1950* (昭和二五年政令第三二五号違反), Keishu Vol.7, n°7, p.1562, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=5,1952\(A\)2868](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=5,1952(A)2868), 判決, その他

14. **Un refus du juge de traiter les questions politiques sensibles.** Une grande partie de la doctrine considère que la Cour suprême japonaise est prudente : la timidité fut l'un des premiers termes utilisés par la doctrine américaine spécialiste de droit japonais dans les années 1960<sup>27</sup> pour caractériser l'attitude de la Cour Suprême. Mais cette question de la prudence est généralement liée au sujet des questions politiques sensibles : pour le Professeur Mizushima Asaho, le principe de prudence judiciaire est le plus grand respect par la cour de la décision de l'aile politique de la législature et du pouvoir exécutif, et est une forme de « contrôle de soi » lors de l'élaboration de décisions constitutionnelles.<sup>28</sup>
15. **Le poids de l'administration.** Les tribunaux spécifiques mis en place sous la Constitution Meiji ont disparu, à l'inverse les agences administratives, qui demeurent. C'est le cas notamment du Bureau de la Législation du Cabinet (*naikaku hōsei-kyoku* 内閣法制局) . Le Professeur Satoh soutient « que l'influence politique du BLC est la raison pour laquelle les tribunaux, et en particulier la Cour suprême, ne déclarent pas volontairement les lois, les ordonnances et les promulgations inconstitutionnelles. Les décisions de la Cour suprême concernant la constitutionnalité de la législation impliquant l'armée et les droits des travailleurs ont constamment confirmé l'action du gouvernement en cause, affirmant les décisions antérieures prises par le BLC »<sup>29</sup>. Néanmoins ce point de vue doit être lu en doublon de celui du Professeur Yamamoto qui propose de considérer l'interprétation plus favorable et plus ancienne du Cabinet sur la valeur de l'article 9 de la Constitution à celle du gouvernement. Il suggère que l'interprétation du Cabinet est l'une des sources primaires d'interprétation de la Constitution japonaise. Nous signalerons également les clercs de justice (*Chōsakan* 調査官) qui d'après l'article 57 de la loi sur l'organisation judiciaire du 16 avril 1957, ont pour mission de « conduire les recherches nécessaires en rapport avec les audiences et les jugements des affaires », conclusions auxquelles le juge se réfère ou défère si l'on considère que l'examen des faits relève de la mission du juge.
16. **Un ensemble de théories jurisprudentielles auto-limitantes.** La commission fait ici référence à la « théorie de l'Acte souverain », similaire aux « actes de gouvernement » français adoptée par la Cour suprême japonaise qu'elle considère comme non exigée. Ce n'est pas la seule loi dans ce cas, et ces théories importées de l'étranger ne sont pas appliquées dans les mêmes conditions que leur modèle de référence. Elles y ont, quoi qu'il en soit et comme nous le verrons plus loin, une place fondamentale dans la discipline du contentieux constitutionnel.
17. **Un temps juridique en décalage avec l'évolution de la société japonaise.** La société japonaise est insulaire et conceptualise de longue date le fait d'importer et de faire sien des éléments extérieurs. La société japonaise ayant une attitude particulière vis-à-vis de l'Ouest, mais également vis-à-vis de ses pays voisins d'Asie, en effet, pour le Professeur Tanase Takao, le juge Japonais peut être considéré comme prudent non seulement au regard des

<sup>27</sup>Dionisopoulos, *Judicial Review and Civil Rights in Japan*, 12 W. POLITICAL Q. 269 (1960).

<sup>28</sup>水島朝穂 (MIZUSHIMA Asaho), *ヒロシマと憲法: 次世代へのメッセージ (Hiroshima et la Constitution : le message à la prochaine génération)*, 1994 à la p 93. : « 司法消極主義とは、一般に裁判所が立法府や行政府という政治部門の判断を最大限尊重し、これへの憲法判断をできるだけ自制しようとする態度 (...) Mais il est intéressant de relever que cette définition a évolué et que la notion de respect a supplanté celle du contrôle dans les manuels de droit.

<sup>29</sup>Jun-ichi Satoh, « Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight » (2008) 41:2 *Loyola of Los Angeles Law Review* 603 à la p 625. "The CLB is composed of bureaucrats who have passed a central qualifying examination to become judicial officers of the administrative body. When the Japanese Supreme Court undertakes judicial review, the reviewed laws and orders have already been reviewed by the CLB prior to their passage. I believe the CLB's political influence is the reason why courts, and especially the Supreme Court, do not readily declare laws, orders, and enactments unconstitutional. The Supreme Court's decisions regarding the constitutionality of legislation involving the military and the rights of workers have consistently upheld the government action at issue, affirming the prior decisions made by the influential CLB. In my mind, these decisions by the Supreme Court are politically influenced by the prior involvement of the CLB"



tribunaux occidentaux, mais également par rapport aux autres pays asiatiques comme la Corée. Il insiste en précisant que pour deux pays partageant le même bassin culturel et la même tradition d'influence de droit continental, leurs pratiques de la prudence et de l'activisme sont profondément différentes<sup>30</sup>. Les premiers observateurs du système juridique japonais en ont peint un tableau exacerbant les valeurs d'harmonie et de consensus issues du néoconfucianisme, avec un regard parfois condescendant : le faible nombre d'avocats, le rôle modéré des procédures contentieuses dans le règlement des litiges, l'absence de contrats détaillés, les relations informelles entre le monde des affaires et le monde politique, mais un pouvoir judiciaire détaché des sujets politiques, etc., ont d'abord été considérés comme des éléments « prémodernes » de l'espace juridique japonais qui auraient dû disparaître une fois que le développement juridique aurait rattrapé celui de l'économie et de la société.<sup>31</sup> Le général McArthur (« père » de la constitution de 1946), ne disait-il pas en 1951 :

« Les Japonais, mesurés aux standards de la civilisation moderne, seraient comme un enfant de 12 ans au regard de notre développement de 45 ans. Comme à toute période d'éducation, ils sont prêts à suivre de nouveaux modèles, de nouvelles idées. Vous pouvez implanter des concepts basiques ici. Ils sont suffisamment proches des origines pour être élastiques et ouverts aux nouveaux concepts. »<sup>32</sup>

18. Vingt ans de succès économiques continus ont alors renversé l'évaluation que se faisait la doctrine étrangère du Japon : les caractéristiques sociologiques, auparavant considérées comme prémodernes, ont été, au milieu des années 1980<sup>33</sup>, réévaluées comme modèles face à un occident trop individuel et processuel.<sup>34</sup> Toutefois, depuis l'éclatement de la bulle immobilière, la baisse de perspectives pour les jeunes générations est une réalité. La société japonaise commence à être traversée de mouvements de fond (émergence de la contestation sociale, explosion de la cellule traditionnelle familiale, vieillissement de la population) qui amène le professeur Daniel Foote à théoriser que le système juridique japonais arrive à un nouveau tournant<sup>35</sup>. Un changement que la commission appelle de ses vœux, c'est que le juge accompagne de plus près l'évolution de la société japonaise.

Nous allons à présent aborder quelques grandes positions doctrinales sur la question, c'est-à-dire celles formulées par les professeurs de droit dans l'exercice de leur discipline. (Ces positions sont parfois différentes de celles présentées au public).

<sup>30</sup> 棚瀬孝雄 (TANASE Takao), 市民社会と法: 変容する日本と韓国の社会 (*La société civile et la loi: Transformer la société du Japon et de la Corée du Sud*), 京都市, ミネルヴァ書房, 2007 à la p 213. // « 韓国の司法積極主義ならびに日本の司法消極主義が, 二つの国が大陸法系の伝統や東アジアの文化的遺産など多くを共有するという事実にもかかわらず, それぞれの法, 社会ならびに政治において互いに対照となる諸特徴を反映していることは明らかである。 »

<sup>31</sup> Frank K Upham, *Law and social change in postwar Japan*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1987 à la p 206.

<sup>32</sup> Herbert F Bolz, « Judicial Review in Japan » (1980) 4 *Hastings Int'l & Comp L Rev* 87 à la p 91.

<sup>33</sup> John Owen Haley et al, *Law and society in contemporary Japan: American perspectives*, Dubuque, Iowa, Kendall/Hunt Pub Co, 1988.

<sup>34</sup> Upham, *supra* note 31 à la p 207.

<sup>35</sup> Daniel H Foote, *Law in Japan: a turning point*, Seattle, University of Washington Press, 2007.

## SECTION 2 - POINTS DE VUE DE LA DOCTRINE JAPONAISE SUR LA PRUDENCE DU JUGE

19. Il est nécessaire de disposer *a priori* d'un critère permettant d'identifier ce qui constitue une décision prudente. Or un tel critère n'a jamais historiquement<sup>36</sup> existé *ex-nihilo* : il est issu des débats doctrinaux concomitants ou postérieurs à la décision du juge, de la connaissance de la doctrine des débats similaires à l'étranger. Sur la base du diagnostic posé par la commission, voici quelques tendances doctrinales qui peuvent permettre de classer les problèmes en critères, en se concentrant sur la notion de *décision du juge*. Nous allons aborder les différents types d'analyse de la prudence suivant qu'elles utilisent un (1) critère quantitatif, (2) qualitatif et (3) dogmatique, relatifs respectivement au nombre de déclaration d'inconstitutionnalité, au rapport de la décision avec le politique, et au rôle de la doctrine et des doctrines dans la justification de la décision.

## § 1 Critère quantitatif : nombre de décisions du juge

20. **Prudence en raison d'un faible nombre de décisions.** Dans le contexte général de l'évolution des moyens de communications et de l'accès général au droit, l'hypothèse la plus généralement admise est celle d'une augmentation du nombre de jugements au sein d'un système juridique donné. Dans cette dynamique, une cour serait prudente si elle juge peu au regard d'autres cours similaires.<sup>37</sup>

21. **Prudence en raison d'un grand nombre de rejet.** La Cour Suprême japonaise peut examiner comme cour de 3<sup>ème</sup> degré le contentieux civil, administratif et pénal. Les statistiques relatives à la justice sont publiées par l'équivalent de l'INSEE japonais, en japonais et anglais dans le *Statistical Annual Yearbook*, et disponibles en ligne sur le site <http://www.stat.go.jp/>, sur la base de données fournies par le secrétariat général à la Cour Suprême. D'après celles-ci les nouvelles affaires examinables<sup>38</sup> par la Cour Suprême<sup>39</sup> en 2013 étaient au nombre de 5000 affaires civiles (*minji soshō jiken* 民事訴訟事件), 1100 affaires administratives (*gyōsei soshō jiken* 行政訴訟事件), et hors affaires sommaires 2000 affaires pénales (*soshō jiken* 訴訟事件) .



<sup>37</sup> L'intérêt de ce critère réside dans le fait qu'il centre la réflexion sur le juge, et sur le déni de justice comme limite *a minima* au-delà de laquelle la prudence du juge est systématiquement intolérable. Il ouvre aussi la réflexion sur le lien entre prudence et décision et les commutations possibles de cette proposition. Mais il a tendance à obscurcir la réflexion déplaçant le débat sur la question de l'efficacité du juge. Il est toutefois à relativiser car il dépend du rôle que l'on attribue au juge.

<sup>38</sup> Litige juridique du juge statistique : l'office national des statistiques classe la décision de la Cour Suprême en 2 types, le ruling et le jugement. Ce dernier est divisé en 5 catégories : 破棄自判 (l'annulation), 破棄差戻 (le rejet provisoire), 棄却 (le rejet), 却下 (le dismiss) et autres. 上訴した裁判所が原審の判決を不当として取消または破棄して判決すること。取消自判と破棄自判の2種類がある

<sup>39</sup> Chapitre 28 du Japan Statistical Yearbook 2016.

22. Les questions de constitutionnalité **nouvelles** ne peuvent être traitées que par la Cour Suprême en formation plénière. Une fois la position de la Cour connue, les juges du fond peuvent se saisir de questions similaires dans le cadre du contrôle diffus en place au Japon. Si l'on observe la répartition des décisions au sens large de la Cour Suprême rendues en formation plénière de 1948 à 2015, on constate qu'il y en a eu **875**. La plus grande proportion d'entre elles (85,7%) sont des décisions d'interprétations judiciaires ou administratives d'une disposition d'un statut, d'une régulation d'un ordre ou d'une ordonnance. Elles sont traduites en anglais suivant la terminologie américaine de *ruling*. Pour le reste (14,3%) la Cour rend des jugements, décisions qui résolvent une controverse et déterminent les droits et obligations des parties. Elles sont qualifiées d'après la terminologie américaine *judgment*. Il apparaît que 68,9% d'entre elles furent des rejets (examen purement formel, mais une décision de rejet est toutefois rendue, à ne pas confondre avec le *dismiss*, 1,3%). Un taux élevé de rejet donc, à mettre en perspective avec le nombre d'affaires (questions constitutionnelles ou non) que chacun des 15 juges de la Cour Suprême est amené à traiter par an : plus de 1200.
23. **Prudence en raison de l'absence d'un jugement d'inconstitutionnalité.** C'est une importation du *judicial restraint* et *judicial activism* américain (contrôle diffus de constitutionnalité) greffée sur le terreau japonais si particulier. C'est la position de la doctrine majoritaire défendue par Sato Isao<sup>40</sup> : « le plus actif c'est surmonter les conditions de justiciabilité d'abord et d'annuler un acte ensuite (législatif, administratif). Le plus passif ce n'est ni franchir les conditions de forme ni bien entendu, déclarer l'inconstitutionnalité du fond ». <sup>41</sup> C'est peut-être une réduction logique que de lier type de décision (déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité) et prudence ou activisme. Selon la conception que l'on se fait de la prudence et de l'activisme, une déclaration d'inconstitutionnalité peut tout à fait être « prudente », et une déclaration de constitutionnalité « activiste ». Cette dernière position est affinée par le Professeur Higuchi.
24. **Prudence en raison d'un faible nombre de décisions d'inconstitutionnalité de la Cour suprême.** Au Japon, la majorité de la doctrine relève un faible nombre de *déclarations d'inconstitutionnalité d'actes du gouvernement*, seulement une dizaine depuis la création de la Cour : Confiscation des biens d'un tiers *Nakamura*<sup>42</sup>, Parricide *Aizawa*<sup>43</sup>, Pharmacie *Sumiyoshi*<sup>44</sup>, Mal répartition du droit de vote I *Kurokawa*<sup>45</sup>, Droit de propriété *Hiraguchi*<sup>46</sup>,

<sup>40</sup> 佐藤功 (SATO Isao), 憲法問題を考える: 視点と論点 (*Penser les problèmes constitutionnels*), 東京, 日本評論社, 1981 aux pp 185-303.

<sup>41</sup> FUKASE Tadakazu et Centre de droit comparé, « Les juges et les grands choix politiques et administratifs de l'Etat en droit constitutionnel japonais » dans *Etudes de droit japonais*, Paris, Société de Législation comparée, 1999, 333-378 à la p. 340.

<sup>42</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 28 novembre 1962, *Nakamura* ou Confiscation des biens d'une tierce partie (第三者所有物没収事件), Keishu, Vol.16, n°11, p.1593, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=19](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=19), 1955 (A) 2961, 判決 / 破棄自判.

<sup>43</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 avril 1973, *Parricide Aizawa ou Togichi* (尊属殺法定刑違憲事件), Keishu, Vol.27, n°3, p.265, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=38](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38), 1970 (A) 1310, 判決 / 破棄自判.

<sup>44</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬事法事件, 薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却.

<sup>45</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 14 avril 1976, *Kurokawa v Commission des élections de Chiba*, (選挙無効請求事件), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=48](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=48), 1974 (Gyo-Tsu) 75, 判決 / 破棄自判.

<sup>46</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 22 avril 1987, *Hiraguchi ou division du terrain forestier* (共有物分割等), Minshu, Vol.41, n°3, p.408, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=55203](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=55203), 1984 (O) 805. Rajoutons

*Ehime Tamagushiryō*<sup>47</sup>, *Acte sur la Poste*<sup>48</sup>, *Votants à l'étranger*<sup>49</sup>, *Discriminations concernant la nationalité des enfants illégitimes*<sup>50</sup>, *Discrimination du droit au remariage*<sup>51</sup>... Sur cette base, la doctrine a parfois choisi de dégager un critère de passivité d'une analyse *a contrario* des cas où le juge censurerait<sup>52</sup> mais l'usage de ce seul critère amène à analyser les décisions de la Cour comme manquant de cohérence. Cependant, considérer qu'un faible nombre de déclarations d'inconstitutionnalité est une marque de prudence est toutefois à relativiser : l'intérêt est certain quant à savoir dans quelle mesure une cour exerce son pouvoir - elle l'utilise peu, normalement ou beaucoup - et est donc passive ou active en matière de *politique juridique* ; L'intérêt du critère est qu'il porte l'attention sur la zone particulière du contrôle de constitutionnalité, sa limite est qu'il a tendance à conduire ses tenants à assimiler passivisme avec absence de déclaration d'inconstitutionnalité, et activisme avec déclaration de constitutionnalité. Mais il est nécessaire pour utiliser ce critère d'introduire un élément de comparaison externe dans l'espace (une cour étrangère similaire) ou antérieure historiquement (une pratique de la cour sous un régime juridique précédent).

25. Une comparaison avec les États-Unis qui sert souvent de référence en révèle à défaut les limites, tout au moins l'insuffisance. La Cour Suprême japonaise existe depuis 69 ans, et sur une période de temps équivalente la Cour Suprême américaine n'avait pas procédé à un plus grand nombre de déclarations d'inconstitutionnalité (nombre de jugement) ni annulé un plus grand nombre d'actes du Congrès (nombre de normes annulées)<sup>53</sup>. Après *Marbury* il fallut attendre 50 ans pour que la Cour annule de nouveau une disposition fédérale avec *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393 (1857)). Rappelons qu'il fallut attendre 1971 pour que le Conseil Constitutionnel use *activement, selon ce critère* de son pouvoir avec la décision sur la liberté d'association.<sup>54</sup>

## § 2 Critère qualitatif : type de décisions

26. **Prudence en raison de l'enjeu politique de la décision.** Pour Shigenori Matsui la Cour serait donc passive car elle prend rarement de décision de déclaration d'inconstitutionnalité lorsqu'il y a un enjeu politique. Cela est naturellement éclairant, mais ce critère écrase la prise en compte des hypothèses de passivisme sans enjeu politique ou alors en étirant inutilement la définition du « politique » afin de garder son potentiel d'action analytique.

<sup>47</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 2 avril 1997, *Ehime Tamagushi-ryo* (損害賠償代位請求事件), Minshu, Vol.51, n°4, p.1673, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=312](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=312), 1992 (Gyo-Tsu) 156, 判決, その他.

<sup>48</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 11 septembre 2002, *Acte sur la poste* (損害賠償請求事件), Minshu Vol.56, n°7, p.1439, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=585](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=585), 1999 (O) 1767. 判決/破棄差戻.

<sup>49</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 14 septembre 2005, *Affaire de la demande en déclaration d'illégalité de la privation du droit de vote des citoyens japonais résidant à l'étranger* (在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件), Minshu, Vol. 59, n°7, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1264](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1264), 2001 (Gyo-Tsu) 82, 判決, rejet et cassation partiels.

<sup>50</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 juin 2008, *Acte sur la Nationalité* (退去強制令書発付処分取消等請求事件), Minshu, Vol. 62, n°6, p. 1367, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=955](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=955), 2006 (Gyo-Tsu) 135, 判決 / 破棄自判.

<sup>51</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 2015, *Disposition du code civil empêchant le mariage d'une femme récemment divorcée*, (損害賠償請求事件), Minshu, Vol.69, n°8, p.2427 en ligne :

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1418](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1418), 2013 (O) 1079, 判決 / 棄却. Pour toutes ces décisions voir la section Jurisprudence en fin de thèse pour l'index des pages où elles sont traitées.

<sup>52</sup> Satoh, *supra* note 29.

<sup>53</sup> David J Danelski, « Political Impact of the Japanese Supreme Court », *Notre Dame Lawyer*, vol. 49, 1974 1973, p. 955. Herbert F Bolz, « Judicial Review in Japan: The Strategy of Restraint », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 4, 1981 1980, p. 87. p.134.

<sup>54</sup> Yoichi Higuchi, « Evolution récente du contrôle de la Constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31 / 1, 1979, p. 21-34. Mais il est certain que le tournant libéral des années 66-73

« Il doit être noté qu'en dehors des décisions relatives à la mauvaise répartition du droit de vote et de celle relative au droit de vote à l'étranger, la Cour n'a jamais censuré une disposition relative à des droits politiques : liberté de conscience et d'opinion, liberté de religion, liberté d'expression. La plupart des statuts contestés furent révisés rapidement sans controverse politique, en dehors de la disposition du Code pénal relative au parricide, qui a pris plus de 20 ans à la Diète pour la supprimer en raison de l'opposition des membres conservateurs du parti dirigeant. Il est rare pour les décisions en inconstitutionnalité de la Cour Suprême d'avoir des implications politiques significatives »<sup>55</sup>.

27. **Prudence en raison du déploiement du contrôle de constitutionnalité.** Une subtilité fondamentale proposée en 1978 par le professeur Higuchi<sup>56</sup> pour lequel il faut différencier le type de décision, du principe de passivité. La passivité serait à chercher dans les justifications<sup>57</sup> par le juge de sa décision (dans la motivation, un *obiter dictum*...) d'examen préalable au contrôle de constitutionnalité ou dans l'examen de constitutionnalité à proprement parler. Toutes les décisions peuvent alors être soit passives soit actives en fonction du dispositif de la décision :

« Le passivisme juridictionnel au sens de l'usage courant du mot, à savoir l'attitude conciliante à l'égard des acteurs politiques, peut être assuré par l'exercice, plus ou moins actif, du contrôle de constitutionnalité. Cette vérité, apparemment paradoxale, peut se manifester dans le système du contrôle par voie d'exception. L'intervention juridictionnelle active sur le fond à l'aide de l'interprétation souple du standing entraîne parfois beaucoup plus de confirmations de la conformité constitutionnelle des actes contestés que celles de l'inconstitutionnalité'. L'exercice actif du contrôle assure, dans ce cas, un rôle plus légitimateur que contrôleur de la politique. Au contraire, l'attitude du juge qui s'abstient de se prononcer sur le fond du contentieux peut signifier un non-conformisme envers le pouvoir politique, parce qu'il refuse ainsi de légitimer la politique au nom du droit. Il est donc opportun, du point de vue logique et pratique, de distinguer les deux niveaux de l'activité-passivité : A) niveau pour entrer au fond et B) niveau du contenu de la décision du fond. Être actif au niveau A et actif aussi au niveau B pour contredire les organes politiques émanant du suffrage universel, exige une forte dose de légitimité du juge. Pour être passif au niveau A afin d'être moins justificateur de la politique au niveau B, le juge peut préserver sa légitimité pour jouer, au cas échéant, son dernier atout de dire le droit. Un juge privé de suffisamment de légitimité serait condamné à être passif aux niveaux A et B, ou à l'extrême, à prendre position pour être actif au niveau A et passif au niveau B. »<sup>58</sup>

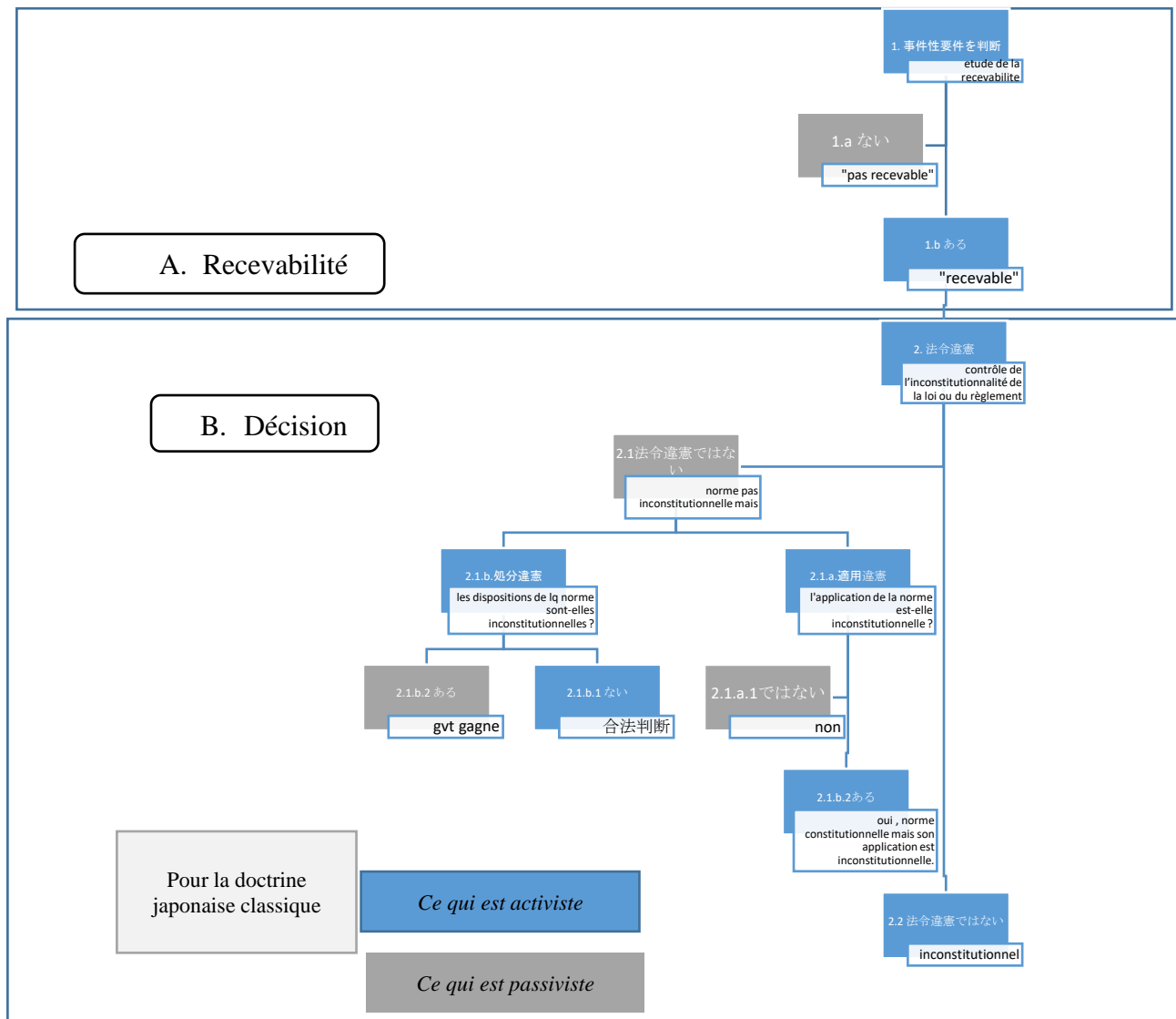
28. Le Professeur Higuchi différencie donc l'activisme dans la décision d'examen de recevabilité du recours en constitutionnalité (*kempo handan shihō shōkyokushugi* 憲法判断消極主義) de l'activisme dans la décision d'examen de recevabilité du recours en constitutionnalité (*kempo handan shihō sekkyokushugi* 憲法判断消極主義) ; puis le passivisme de l'examen d'inconstitutionnalité à proprement parler (*iken handan shihō shōkyokushugi* 違憲判断消極主義) et l'activisme de l'examen d'inconstitutionnalité (*iken handan shihō sekkyokushugi* 違憲判断積極主義). Il constate, de surcroît, que la Cour Suprême japonaise a par exemple fait preuve d'un « passivisme judiciaire boiteux », le contrôle de la cour s'étant fait plus dynamique dans les années 1970 qu'auparavant.

<sup>55</sup> 松井茂記 (MATSUI Shigenori), « "Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?" » (2011) 88:6 Washington University Law Review 1375-1423 à la p 1392.

<sup>56</sup> 樋口陽一 (HIGUCHI Yoichi), 司法の積極性と消極性: 日本国憲法と裁判 (*Principe de prudence et d'activisme : Constitution et juge japonais*), 東京, 勁草書房, 1978.

<sup>57</sup> Maarten Henket, « On the Logical Analysis of Judicial Decisions » (1992) 5:2 International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique 153-164 à la p 162.

<sup>58</sup> Nisuke Andão, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, *Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum*, BRILL, 2002 à la p 35.



29. **Prudence en raison du caractère synchrone de la décision vis-à-vis du politique.** Cette idée a été développée par Hiroshi Itoh dans son ouvrage de 1989 puis en 2010 dans « Benign Elite Democracy » en suivant une méthode comportementaliste<sup>59</sup>. C'est le second professeur après Jon Maki<sup>60</sup> à avoir entrepris de traduire les décisions de la Cour Suprême japonaise en anglais. L'auteur fait de l'activisme et du passivisme deux des pierres angulaires de sa démonstration en les prenant comme instruments de mesure des interactions entre les branches judiciaire et politiques à travers le contrôle de constitutionnalité. Que se passe-t-il

<sup>59</sup> Hiroshi Itoh, *The Japanese Supreme Court: constitutional policies.*, New York, M Wiener, 1989; Hiroshi Itoh, « Judicial review and judicial activism in Japan » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 169–179; Hiroshi Itoh, *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*, Burlington, VT, Ashgate Pub, 2010; Hiroshi Itoh, « The Role of Precedent at Japan's Supreme Court » (2011) 88:6 *Washington University Law Review* 1631-1667; Hiroshi Itoh, *The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan*, Routledge, 2016.

<sup>60</sup> Japan, Saikō Saibansho et John M Maki, *Court and Constitution in Japan: selected Supreme Court decisions, 1948-60*, Ann Arbor, Mich, University Microfilms International, 1978.

si le juge de la Cour Suprême effectue un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure, mais dans le sens d'une législation voulue par le gouvernement ? S'agit-il toujours d'activisme, ou est-ce alors de la prudence ? Le critère proposé par le professeur ITOH permet de répondre à cette situation. En élargissant le champ d'observation du domaine juridique au politique, il considère que l'indicateur n'est pas le simple revirement mais l'alignement ou non sur la position du gouvernement ou de la Diète.

30. Nous réservons d'une manière générale notre jugement quant à l'utilité de classer axiologiquement les juges, c'est-à-dire selon leurs valeurs conservatrices ou libérales. La raison principale est que nous tentons ici de dégager les techniques utilisées par le juge qui sont axiologiquement qualifiées de prudente. De plus, une raison secondaire de cela est une posture de principe relative à une idée pluraliste de la démocratie. Un point de vue du juge contraire à celui du législateur ou de l'exécutif n'est pas un problème si on considère que le juge est aussi un endroit où la volonté du peuple peut s'exprimer. Un consensus peut ensuite être trouvé, mais ces oppositions font partie du débat et ne l'assèchent pas. Au surplus considérer que le juge puisse également changer d'avis permet par ailleurs la formulation d'arguments plus pertinents que la simple recherche du coût-bénéfice dans le déploiement de l'argumentation. Par là nous entendons que si un argument est structuré avec pour préalable de savoir de combien suis-je prêt à modifier mes demandes afin de les mettre en compatibilité, pour être sûr d'avoir gain de cause vis-à-vis d'une tendance réelle ou supposée chez un juge, on peut raisonnablement considérer que le discours des parties sera sous-tendu d'autocensure. La richesse du débat juridique vient de la pluralité des points de vue, quand bien même ils soient minoritaires ou majoritaires et exprimés dans le cadre du processus électif au politique ou contentieux au juge.

31. L'analyse comportementale est utile si elle intègre certaines contraintes<sup>61</sup>. Ce travail monumental a été accompli par le Professeur Itoh. Son modèle comportementaliste de la prise

<sup>61</sup> H Richard Niebuhr, *Christ and Culture*, 1 Reprint edition, San Francisco, Harper & Row, 1975. la segmentation des comportements d'un individu dépasse de loin le cadre binaire. Selon la valeur considérée tout d'abord : oui l'évaluation des valeurs d'une personne qu'elle soit juge ou non, peut être décrite comme binaire « droite-gauche », « libéral-conservateur » mais il est tout à fait possible d'être libéral économiquement et conservateur familialement. Ensuite il est possible d'utiliser non pas un axe mais un arceau de tendances. Prenons par exemple le travail de Richard Niebuhr (H Richard Niebuhr, *Christ and Culture*, 1 Reprint edition, San Francisco, Harper & Row, 1975.) originellement consacrée à l'étude des groupes religieux qu'il analyse en 5 types selon qu'ils soient dans une relation d'opposition (against), d'agrément (of), de supériorité (above), de tension (in paradox) ou de transformation (transformer of) de la culture dominante (mainstream). Cette typologie peut s'adapter à d'autres groupes d'étude. Sans pousser trop loin cette réflexion quelques éléments : 01 Un chrétien contre-culture (exclusif), typiquement un quaker, rejette les artefacts culturels qui sont le signe de dépérissement de la pensée chrétienne originelle. En droit l'un des exemples pourrait être Clarence Thomas, originaliste, juge à la Cour suprême ne croyant ni au stare decisis, ni au due process, et qui ne considère pas utile de prendre la parole pendant les audiences ; en politique les mouvements d'extrême gauche hors système et droite identitaire ou contre révolutionnaire portent pareillement des valeurs qu'ils considèrent non représentés dans la société ; 02 un chrétien de la culture dominante catholique considère sa religion comme compatible avec la culture dominante ; un homme politique de gauche-centre-droit PS macron-compatible ou membre des républicains constructifs doit probablement en France se sentir représentant du Zeitgeist à défaut d'être représenté à l'assemblée nationale ; un juge du fond en agrément respecte lui les doctrines les plus couramment utilisées ; 03 un chrétien en supériorité (synthétiste) se verra citoyen de deux mondes, celui de la foi et celui de la raison : l'ancilla theologiae de Thomas d'Aquin considère ainsi que les deux ne sont pas incompatibles, que la philosophie s'inscrit dans l'usage de la foi. (Michel Nodé-Langlois, *Le vocabulaire de saint Thomas d'Aquin*, Ellipses, Paris, 1999, p. 60) Un homme politique de LREM doit peut-être considérer que la « nouvelle façon » de faire de la politique n'est pas incompatible avec l'acceptation des règles de la mondialisation. Un juge en supériorité peut souhaiter introduire affiner de nouveaux outils doctrinaux sans remettre en cause ceux couramment admis ; 04 un chrétien en paradoxe (dualiste), Luthérien verra d'un œil plus pessimiste cette opposition des deux mondes, ne souhaitant ni être hors le cadre dominant ni y être complètement absorbé. Le PS issu du congrès d'Epinay ou les Républicains de sensibilité droite orléaniste libérale ne souhaitant pas rejoindre la majorité LREM y voient des idées partagées mais prennent garde de ne pas s'y diluer. Un juge formant une opinion complémentaire suit la position de la majorité tout en préservant son propre argumentaire ; 05 un chrétien de la transformation (conversioniste), calviniste, proposera de modifier profondément la culture chrétienne existante pour la faire correspondre à ses valeurs, lui reconnaissant des qualités et cherchant à régler les défauts. Un juge transformateur est peut-être celui qui alterne des passages entre le monde des tribunaux et celui des universités. (voir aussi Guy Ernest Debord, *Rapport sur la construction des situations et sur les conditions de l'organisation et de l'action de la tendance situationniste internationale*, Paris, 1957 ; René Saulière, *L'Unique et sa propriété de Max Stirner*, présentation

de décision judiciaire est solide au regard des remarques que nous avons mentionnées : le type de domaine est différencié, les groupes minoritaires et majoritaires et leur interactions analysées par de nombreux entretiens qu'il a menés auprès de juges de la Cour Suprême et permet de mettre en avant les décisions prises à faible majorité et les renversements d'influence.

32. Pour Itoh la prudence du juge se niche dans la confirmation des actes ou actions des branches politiques du gouvernement<sup>62</sup>. Une décision d'inconstitutionnalité concernant une norme juridique désuète ou en voie d'annulation de la part du législateur peut tout à fait être considérée comme relevant d'une attitude prudente de la Cour, et une déclaration de constitutionnalité d'une norme visée par exemple par une réforme législative comme une attitude activiste. L'intérêt de cette approche est d'avoir une lecture fine des revirements de jurisprudence, de la connexion entre les politiques juridiques des juges de 1<sup>ère</sup> et 2<sup>nde</sup> instances et de la Cour Suprême, et de saisir directement les manifestations les plus problématiques du passivisme au Japon. En effet, il peut également avoir prudence à partir du moment où la Cour Suprême refuse de suivre une décision novatrice des juges du fond. Dans une première hypothèse, le juge ne modifie pas sa position malgré le revirement de jurisprudence des juges du fond et que la Cour Suprême est en accord avec la position du gouvernement ou de la Diète (on aura une sorte d'immobilisme juridique). La Cour Suprême siégeant en grande salle d'audience dans l'affaire *Shimizu vs Commission des élections d'Osaka* (1983) confirma le précédent établi dans l'affaire *Koshiyama* (en 1964). Dans une seconde hypothèse, la Cour procède à un revirement de jurisprudence, suivant ou non la position des juges du fond, mais dans le sens indiqué par le Gouvernement ou la Diète (une sorte de suivisme juridique). Le professeur Itoh souligne que ce cas de figure est rare, mais apparaît toutefois comme dans l'affaire *du District de Tokyo* de 1963 où la Cour confirma une révision de la législation sur la Loi d'autonomie locale, approuvant ainsi le changement dans la méthode de sélection du maire du district de Shibuya, qui passa d'une élection populaire à une nomination et à l'élection par l'assemblée du district. Cette théorie tisse le lien entre Cour Suprême et politique d'une part et juges du fond d'autre part. Elle nécessite d'être en mesure d'identifier la volonté politique pour savoir dans quelle mesure la réponse de la Cour s'y conforme.

### § 3 Le critère technique

33. **Les doctrines saisies par le juge aux fins de passivisme.** Pour le Professeur Fukase<sup>63</sup> la prudence se trouve dans un ensemble de doctrines devenues une matière à part entière, le contentieux constitutionnel japonais (*kempo soshō* 憲法訴訟) :

« La jurisprudence cherche, et la doctrine élabore la théorie et les techniques juridiques pour exercer leur mission constitutionnelle, influencées notamment par la jurisprudence de la Cour Suprême fédérale des États-Unis et par la doctrine américaine. La Cour Suprême japonaise, à la différence de son homologue américain, n'ayant pas le système de restreindre les recours d'inconstitutionnalité, est trop surchargée par les affaires judiciaires, administratives et constitutionnelles. Les tribunaux japonais n'ont pas le droit d'équité (*equity*), ni la procédure de *mandamus* et d'*injonction*, etc. mais les juges et constitutionnalistes japonais étudient et importent très largement et même minutieusement les théories et techniques de *judicial review* américaines pour répondre aux besoins japonais. Ainsi, aujourd'hui, la doctrine du « contentieux constitutionnel » (*kenpōsoshōron*) est devenue une discipline autonome, de plus en plus techniquement détaillée, raffinée et quelques fois même sophistiquée, dans le droit constitutionnel japonais. La jurisprudence, instruite par la doctrine, fournit plusieurs techniques juridiques prudentes, souvent en faveur d'un « passivisme » : la nature juridique du litige, la recevabilité,

Aristide Lapeyre, texte d'une causerie de l'École Rationaliste, Bordeaux, Éditions Lucifère, 1939 ...Zeev Sternhell, La droite révolutionnaire: 1885-1914 : les origines françaises du fascisme, Paris, Fayard, 2000.)

<sup>62</sup> Itoh, supra note 56.

<sup>63</sup> Fukase Tadakazu et Centre français de Droit comparé, supra note 41 aux pp 341-342.



l'intérêt légal (ou de requête), le moyen d'éviter autant que possible le jugement constitutionnel, l'interprétation limitative pour sauver la constitutionnalité des lois, l'introduction d'une théorie des « actes de gouvernement », etc. »

« La doctrine du « contentieux constitutionnel » examine minutieusement, sa théorie, sa typologie et ses techniques juridiques : la justiciabilité (« litige concret », recevabilité, intérêt juridique, « political questions » ou actes de gouvernement, négligence de l'obligation législative, etc.), la théorie sur le jugement constitutionnel (maxime d'éviter le jugement constitutionnel, présomption de constitutionnalité, faits législatifs, discrétions législative et administrative, etc.), les critères pour les jugements con(incon)stitutionnel (« double standard », « reasonableness », « less restrictive alternative », « clear and present danger », restriction préalable, « case-by-case balancing », etc.), les formules du jugement constitutionnel et ses effets juridiques (inconstitutionnalité de l'acte lui-même et celle et son application, interprétation limitative pour sauver la constitutionnalité des lois, jugement de circonstances, etc.). »

34. La confrontation des points de vue fait apparaître que le phénomène de prudence du juge japonais se subsume autour de la notion de « juge » et de « contentieux ». L'appréhension la plus stricte est le contentieux constitutionnel de plein effet (contrôle de l'inconstitutionnalité de l'application par la Cour Suprême) où la prudence est ressentie par les justiciables et par la doctrine. L'appréhension la plus souple assimile au « juge » les personnes perçues comme telles par les plaignants et relevés par la doctrine : assistants de justice, autorités administratives avant la phase de qualification juridique et l'examen du litige constitutionnel, avant parfois même la phase de qualification de litige juridique administratif, pénal ou civil par les premiers intervenants de la chaîne précontentieuse où a-contentieuse. Au cœur de ce contentieux « dur » et « souple » se trouvent des techniques d'interprétation.

35. **Sur les raisons de la prudence du juge.** Les travaux sont également extrêmement nombreux sur les raisons ou les causes du passivisme. Si ce n'est pas l'angle choisi pour cette recherche (tout en ne niant pas le rôle du contexte qui nous amène à opter pour un relativisme culturel doux), il utile néanmoins de mentionner les principales raisons du pourquoi prudentiel du juge. Le Professeur Yamamoto<sup>64</sup> a traduit les grandes idées développées par Ito Masami<sup>65</sup> :

« ① En premier lieu, la Haute Instance déborde « l'esprit d'harmonie » qui constitue une des bases de la mentalité japonaise. Cet état d'esprit amène à adopter une attitude trop modeste envers le pouvoir législatif et exécutif, d'autant plus que la Cour Suprême n'a pas de légitimité démocratique équivalente aux deux autres pouvoirs politiques. Ainsi, le but principal de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire la protection des droits fondamentaux, est facilement négligé. Cela empêche fondamentalement d'enraciner l'idée du « règne de la loi (Rule of Law) » au Japon. ② En second lieu, les juges japonais donnent trop d'importance à la stabilité juridique ainsi qu'au fait établi. Sous le système du contrôle de la constitutionnalité des lois à l'américaine qu'adopte le Japon, un jugement constitutionnel présuppose une exception d'inconstitutionnalité, laquelle attaque par nature une loi, un décret, un règlement ou tout autre acte déjà existant. Une certaine appréhension des conséquences possibles pouvant se produire après une telle déclaration d'inconstitutionnalité, incite alors les juges à la passivité. ③ En troisième lieu, la Cour suprême américaine traite et résout principalement les problèmes constitutionnels. En revanche, la majorité des procès que traite la Cour suprême japonaise concerne exclusivement des problèmes pénaux, civils et administratifs. En conséquence, elle se considère davantage comme la dernière instance en ce qui concerne les affaires pénales, civiles et administratives, que comme un organe de garantie de la Constitution. ④ En quatrième lieu, en général, les juges japonais aiment la rigidité de la logique et de l'interprétation juridique. Une interprétation constitutionnelle poussant à reconnaître de nouveaux droits subjectifs (par exemple le droit à l'environnement et le droit de vivre dans la paix) ne leur semble pas

<sup>64</sup> YAMAMOTO Hajime, « Sur les projets récents de la création d'une cour constitutionnelle au Japon, Actes du Congrès de l'Association française de droit constitutionnel », 9-11 juin 2005, Montpellier [www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/YAMAMOTO.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/YAMAMOTO.pdf)

<sup>65</sup> 伊藤正己 (ITO Masami), 裁判官と学者の間 (*Entre le Juge et le Professeur*), 東京, 有斐閣, 1993.

facilement acceptable. En cinquième lieu, le modèle du juge au Japon dérive du droit du Vieux Continent. Un juge sans personnalité ni originalité y est considéré comme un idéal. Cette tendance empêche de développer une interprétation constitutionnelle constructive favorable aux droits fondamentaux. Sur ce point également, une différence nette entre les États-Unis et le pays du Soleil-Levant est évidente malgré la ressemblance de système juridique des deux pays. »

### SECTION 3 - CHOIX DU CRITERE TECHNIQUE

36. Qu'est ce que la prudence du juge ? La question n'est pas nouvelle, mais les auteurs s'intéressent plus souvent aux raisons de la prudence (le pourquoi) qu'à la manière de cette prudence (le comment). Dans cette recherche, nous optons pour la seconde approche : la prudence est un ensemble de techniques utilisées par le juge.

#### § 1 Justification du critère

37. Sachant que le juge japonais est considéré comme prudent pour n'avoir en 60 ans procédé qu'à une dizaine de déclaration d'inconstitutionnalité, ses décisions sont un terrain d'étude privilégié.

38. Des décisions du juge donc, et au delà une discipline. Ce qui fonde le cœur de cette recherche, c'est la doctrine de certains universitaires japonais. A partir de 1975, un groupe de Professeurs japonais s'est périodiquement réuni autour du Professeur Ashibe pour étudier des doctrines américaines, les importer au Japon et donner naissance à la doctrine du contentieux constitutionnel. Pour le Professeur Fukase, cette discipline, dans son ensemble, vise à importer des États-Unis des « techniques juridiques prudentes, souvent en faveur d'un « passivisme ». Reprenant ce qui constitue en général les chapitres principaux des ouvrages de contentieux constitutionnel, il liste quatre groupes de doctrines :

- la justiciabilité (« litige concret », recevabilité, intérêt juridique, « political questions » ou actes de gouvernement, négligence de l'obligation législative, etc.),

- la théorie sur le jugement constitutionnel (maxime d'éviter le jugement constitutionnel, présomption de constitutionnalité, faits législatifs, discrétions législative et administrative, etc.)

- les critères pour les jugements de constitutionnalité<sup>66</sup>(« double standard », « rationalité », « alternative la moins restrictive », « danger clair et présent », restriction préalable, « balance ad hoc des intérêts », etc.)

- les formules du jugement constitutionnel et ses effets juridiques (inconstitutionnalité de l'acte lui-même et celle et son application, interprétation limitative pour sauver la constitutionnalité des lois, jugement de circonstances, etc.). »

39. Pour savoir si l'hypothèse de Fukase se vérifie, il faut comprendre dans quel espace conceptuel se situent ces doctrines, dégager leurs critères pour voir en quoi elles sont des techniques, les identifier dans les jugements des tribunaux et enfin les analyser pour voir en quoi « elles sont en faveur d'un passivisme ».

40. Mais nous ne limitons pas la prudence du juge au contentieux constitutionnel ou au *judicial review*. Il existe deux phases de contentieux au Japon : le contentieux ordinaire et le contentieux constitutionnel<sup>67</sup>. Si la prudence du juge est en générale étudiée dans le

<sup>66</sup> Fukase note « jugement con(incon)stitutionnel », probablement car ces critères servent surtout à déclarer la constitutionnalité.

<sup>67</sup> On peut affiner cette distinction entre contentieux ordinaire/constitutionnel en procès de l'application de la norme et procès de la validité de la norme, auquel cas le contentieux constitutionnel est a priori un type de contentieux de la validité de la norme par rapport à la constitution, comme peut l'être le contentieux de l'illégalité qui traite de la validité d'une norme par rapport à la loi, ou de conventionnalité qui traite de la validité de la norme par rapport au traité. Cette distinction est plus précise mais pose quelques soucis de conceptualisation : le contentieux administratif qui est le plus problématique au Japon pour des raisons historiques, procédurales et doctrinales est comme le contentieux civil ou pénal, un contentieux de l'application. Mais il est également pour la plus grande partie un contentieux de la norme (demande en révocation, demande en annulation pour

contentieux constitutionnel, elle peut se manifester par l'usage de doctrines qui n'ont rien à voir avec la question constitutionnelle (le *shobunsei*) et qui empêchent l'accès au tribunal (la doctrine de *la société divisée* ou du *problème politique*).

41. Nous distinguons deux types de prudence : la prudence dans l'exercice du pouvoir judiciaire qui empêche l'accès au tribunal et la prudence dans l'exercice du pouvoir de contrôler la constitutionnalité qui empêche la déclaration d'inconstitutionnalité
42. Dans la perspective plus générale trouver un concept de la prudence du juge et dans celle plus lointaine de comprendre ces fonctions de juger en intégrant ce concept à celui d'activisme, et grâce à la comparaison des systèmes américains et japonais, nous dégagons de cette recherche deux outils : pour le premier type de prudence, les modèles de la césure-jonction des droits subjectifs et objectifs ; et pour le second type de prudence, les lectures contingence-nécessité de la Constitution.

## § 2 Conséquences de ce choix

43. **Le poids conceptuel différent des doctrines.** Il est important savoir dès à présent que la notion de contentieux japonais est basée, fondée, justifiée, définie, limitée autour de la notion de « litige », et que le contentieux ordinaire est la base du contentieux constitutionnel puisqu'il n'existe pas au Japon de procédure constitutionnelle écrite. La première partie est donc autonome tout en conditionnant la seconde, et il en va de même pour les doctrines que nous étudierons. Nous les présentons dans la mesure du possible par ordre « génératif », c'est-à-dire en partant de la doctrine initiale (le pouvoir judiciaire) pour aller vers sa plus lointaine ramification (la péremption de la demande)<sup>68</sup>. Mais parfois, nous devons sacrifier la pédagogie à une forme de logique pure et introduire des notions importantes dans un ordre différent de celui présenté par les manuels. Par exemple les effets du jugement seront présentés assez rapidement dans la partie 2, puisqu'il est difficile pour le lecteur français de comprendre le contrôle de constitutionnalité sans connaître ses limites.
44. **Le rôle du contentieux administratif.** Nous accorderons une importance particulière au contentieux administratif. Pourquoi ? Nous verrons dans la première partie que c'est parce que l'accès à la décision du juge administratif est la plus problématique. Sous Meiji, le litige juridique civil et pénal était juridictionnellement séparé du litige administratif<sup>69</sup>. On ne peut pas considérer qu'il existe alors *une dualité des ordres judiciaires*, mais plutôt d'une dualité entre l'ordre judiciaire relatif au droit privé et pénal et l'ordre administratif relatif au droit administratif : le litige judiciaire est le litige relatif aux droits subjectifs. Insistons : sous Meiji, le juge administratif ne fait pas partie de l'ordre judiciaire. En 1947 le choix est fait d'une unité de juridiction. Néanmoins, bien que le litige juridique administratif soit géré de manière

---

illégalité...). Le contentieux constitutionnel est lui également divisé au Japon en contentieux d'application (la loi est-elle appliquée inconstitutionnellement ce que l'on nomme aux États-Unis *as applied challenge*) et de la validité (la loi est-elle inconstitutionnelle ce que l'on nomme aux États-Unis *facial claim*). Nous ne présenterons pas dans cette recherche le lien entre procès de l'application et procès de la norme, notons simplement que le juge prudent préfère juger de l'application plutôt que de la validité qu'il traite du contentieux ordinaire ou du contentieux constitutionnel.

<sup>68</sup> Ce que les auteurs nomment selon leur goût *standing* to sue ou caractère concret du litige, peut être décrit dans une approche générative de la manière suivante : la clause de juridiction est interprétée comme limitant la compétence du juge aux cas et controverses, que ces cas et controverses impliquent un litige concret et excluent les avis consultatifs, que ce litige concert implique un conflit (*injuria/damnum*) sur les droits ou obligations (subjectifs) des parties (causation) que le juge peut résoudre en application de la loi (*resolvability*).

<sup>69</sup> « Sous la Constitution Meiji, le pouvoir judiciaire s'étendait uniquement aux affaires civiles et criminelles et non aux affaires administratives. Ces affaires administratives étaient jugées à l'intérieur de la branche exécutive dans des cours administratives séparées des cours ordinaires. Il y avait des procès concernant les droits et devoirs en droit public entre les personnes publiques et les personnes dont les droits ou intérêts avaient été illégalement « enfreints » par des dispositions administratives ; système adopté en France et en Allemagne » 濃部達吉 MINOBE Tatsukichi 『新憲法の基本原理』 Principes fondamentaux de la nouvelle constitution (園立書院, 1947年) à la page 166

contentieuse par des demandes adressées au juge ordinaire, il doit alors au préalable passer par la voie non-contentieuse des recours gracieux adressés à l'administration. C'est la seconde barrière, le principe du recours gracieux/préalable. Depuis 1962 le législateur a établi le principe du libre choix et le recours gracieux préalable à l'administration n'est plus une condition préalable générale d'accès à la demande judiciaire au juge. Nous verrons ensuite que depuis 2004 les conditions légales du droit de poursuivre ont été modifiées et semblent aller vers une judiciarisation progressive du litige administratif par l'ouverture de nouvelles voies de droit. Mais bien souvent, les réformes du législateur ont encadré l'interprétation créatrice du juge en codifiant la jurisprudence limitant ce qui aurait pu être considéré comme une ouverture.

45. L'une des voies principales, mais qui n'est pas la seule, pour déclencher le contrôle de constitutionnalité et éventuellement l'annulation d'une loi ou d'un acte de l'administration est la voie administrative. La première voie de droit est de soumettre une demande administrative en objection d'un acte administratif (*kōkoku soshō* 抗告訴訟) au titre de l'article 3 de l'Acte de contentieux Administratif (ACA), la seconde est de soumettre un recours en indemnisation d'Etat (*songai baishō seikyū* 損害賠償請求). Mais puisqu'un grand nombre d'actes organisant l'action de l'administration n'ont longtemps fait aucune mention de l'intérêt à agir il était difficile pour le demandeur de persuader le juge d'intervenir lorsque seul le dommage était constaté. Le problème est donc que le juge défère au législateur et à l'administration l'ensemble des conditions d'accès à la voie administrative. Indépendamment de la question du contentieux constitutionnel, le contentieux administratif ordinaire est un excellent exemple de la prudence judiciaire du juge.
46. En 1997, 25% des recours administratifs étaient rejetés comme ne remplissant pas les conditions de l'intérêt à agir ou de disponibilité<sup>70</sup>. Certaines des recommandations de la Commission pour la réforme du système judiciaire émises en 2001 furent entendues afin de faire passer le Japon d'une société de contrôle/ajustement administratif *a priori* à une société d'examen/remède *a posteriori*<sup>71</sup>. Les amendements de 2004 à l'ACA introduisirent notamment le très important *mandamus*, mais pour le reste elles codifièrent les évolutions jurisprudentielles antérieures en ajoutant un paragraphe 9.2<sup>72</sup> permettant apparemment la prise en compte *du but de la loi et de la réglementation*, mais le Professeur Matsui considère que cette modification n'a jamais visé à ouvrir l'accès au tribunal mais simplement à clarifier la jurisprudence de la Cour. Gardons à l'esprit que malgré les réformes successives le nombre de cas administratifs en 2007 était d'environ 4000 par an avec un taux de victoire pour le gouvernement de 90 %.
47. Si l'on se base sur la voie administrative, l'accès à la décision d'annulation pour inconstitutionnalité est un système d'étape qui dans sa forme la plus stricte s'apparente à un

<sup>70</sup> Hiroyuki Hata et Go Nakagawa, *Constitutional Law of Japan*, 1 édition, The Hague; Boston, Kluwer Law International, 1997 à la p 197. Egalement cité par Chen et Li.

<sup>71</sup> Benjamin Minhao Chen et Zhiyu Li, « [25WashIntLJ0087] Explaining Comparative Administrative Law : The Standing of Positive Political Theory » [2016] Explaining Comparative Administrative Law: The Standing of Positive Political Theory à la p 99, en ligne : <<https://digital.lib.washington.edu/443/dspace-law/handle/1773.1/1534>>.

<sup>72</sup> Article (2) "When judging whether or not any person, other than the person to whom an original administrative disposition or administrative disposition on appeal is addressed, has the legal interest prescribed in the preceding paragraph, the court shall not rely only on the language of the provisions of the laws and regulations which give a basis for the original administrative disposition or administrative disposition on appeal, but shall consider the purposes and objectives of the laws and regulations as well as the content and nature of the interest that should be taken into consideration in making the original administrative disposition. In this case, when considering the purposes and objectives of said laws and regulations, the court shall take into consideration the purposes and objectives of any related laws and regulations which share the objective in common with said laws and regulations, and when considering the content and nature of said interest, the court shall take into consideration the content and nature of the : 当該(とうが) the interest that would be harmed if the original administrative disposition or administrative disposition on appeal were made in violation of the laws and regulations which give a basis therefor, as well as in what manner and to what extent such interest would be harmed."

parcours du combattant pour le demandeur. Le plaignant doit faire un recours administratif devant une autorité administrative, un éventuel appel de celle-ci auprès d'une autre agence, pour pouvoir basculer dans la sphère judiciaire où le juge administratif se prononce sur la possible révocation de l'acte. Mais il doit d'abord respecter certains délais et alors seulement le juge peut prononcer l'annulation. Toutefois le juge n'abroge pas lui-même la loi ou le règlement. Le plaignant devra attendre le bon vouloir du législateur pour que la loi ou le règlement puisse être amendés ou abrogés. Si le législateur ne fait rien, le plaignant devra faire un recours en omission législative. Nous traiterons de ces questions dans la première partie.

48. Si l'hypothèse émise il y a 20 ans par le doyen Favoreu d'une coloration progressive du droit général français par le droit constitutionnel est en bonne voie, au Japon, le droit constitutionnel ne colore pas encore le droit général. Dans la plus grande majorité des cas, le juge ordinaire au civil, au pénal ou à l'administratif ne pense pas au contrôle de constitutionnalité et la doctrine du droit ou du contentieux constitutionnel ne pense pas davantage, ou peu, au contentieux ordinaire. Ce sont deux mondes quasiment ontologiquement séparés. Et dans l'espace du contentieux ordinaire, le contentieux ordinaire administratif est séparé du contentieux ordinaire civil et pénal. Situation somme toute paradoxale dans un système où le contrôle de constitutionnalité est fondé sur le contentieux ordinaire.
49. **A propos de la comparaison avec le droit américain.** La place importante accordée aux doctrines du contentieux constitutionnel japonais qui importent des éléments américains au Japon nécessite d'opérer un détour ponctuel par le droit américain. Nous tissons des ponts entre les États-Unis et le Japon, en présentant les outils conceptuels de chacun et en retraçant autant que possible leurs histoires respectives. Mais on peut se poser la question de savoir si la comparaison est vraiment possible ou utile quand le sens attribué aux mêmes mots est si différent. Par exemple, alors que le critère de « résolution » renvoie obligatoirement à la notion de remède aux États-Unis, il signifie simplement que le juge ne s'occupe pas de certains litiges au Japon. Reprenons donc les différences principales.
50. Tout d'abord le Japon pas un système fédéral ce qui est notable car la base de cette doctrine est de séparer le rôle décisionnaire du juge fédéral de son rôle consultatif que la Cour suprême américaine estime de longue date ne pas avoir à remplir. Cette clause de juridiction fédérale ne s'applique donc pas dans certains États-américains, où chaque circuit dispose donc théoriquement d'une clause de juridiction qui peut être différenciée tant au niveau du refus des opinions consultatives que de leur modulation de la doctrine du droit de poursuivre. La Cour Suprême américaine en trouvant dans la constitution des limites à l'exercice du pouvoir constitutionnel, le singularise du rôle ordinaire du juge, se singularise des autres juges constitutionnels ou ordinaire. En revanche nous sommes au Japon en présence d'un ordre judiciaire unique la Cour suprême est un juge de troisième degré pour les affaires ordinaires et un juge de la Constitutionnalité, mais les critères du litige concret s'appliquent à tous les juges. Donc, les doctrines du *standing* américain ne concernent que la compétence de *judicial review* de la Cour suprême américaine et peuvent être appliquées différemment par les États-fédérés, alors qu'au Japon qui n'est pas un État fédéral, les doctrines de la justiciabilité s'appliquent à tous les contentieux et tous les juges.
51. Ensuite, la base normative où le juge japonais a trouvé sa clause n'est pas la Constitution mais une loi, la Loi d'organisation des cours, et à la différence des États-Unis, la loi créée par le juge, la *case law* bien que très importante, n'est pas une source primaire du droit. Signalons donc deux conséquences importantes. Tout d'abord, pour résoudre les problèmes d'accès au tribunal il serait théoriquement envisageable au Japon de modifier tout ou partie

de la loi. La majorité simple au Parlement suffirait. Si la doctrine débat vigoureusement du contenu de cette clause, la révision par le Parlement apparaît tellement improbable que cette possibilité est rarement évoquée. Et au fond, La « loi d'organisation des Cour » est considérée par la doctrine prudente comme une des sources du droit constitutionnel et donc d'un niveau quasi constitutionnel au sein de la hiérarchie des normes. Deuxièmement l'interprétation du juge existe mais elle est fortement balisée par le chemin législatif tracé par le législateur.

52. Globalement les conditions de justiciabilité dégagées par le juge américain et japonais sont proches et les voies d'actions sont les plus ou moins les mêmes. La seule différence est leur origine : construites par le juge ou le législateur aux États-Unis exclusivement légales au Japon.
53. Par ailleurs aux États-Unis le problème du droit de poursuivre (*standing to sue*) oppose les partisans d'une constitutionnalisation des critères de concreteness, causality et cognizability, c'est-à-dire ceux qui les font reposer sur une exigence constitutionnelle (Constitutional restraint), aux partisans d'une prudentiensialisation de ces critères. Ces derniers placent ces 3 éléments dans les mains du juge (prudential restraint). Pourquoi ? Principalement parce que constitutionnalisation des critères empêche le Congrès de créer de nouvelles voies de droits fédérales qui ne respectent pas le critère du *standing to sue*. Bien que les États fédérés soient en revanche libre de la faire, un problème de compatibilité entre leurs ordres juridiques respectifs peut survenir. Expliquons rapidement : si le conflit ayant atteint la Cour suprême concerne une partie bénéficiant dans son État d'une voie de droit fédérale et une autre d'un État n'en bénéficiant pas, cette dernière pourra invoquer la perte d'un intérêt fédéral à agir permettant de contester le recours. Au Japon « l'avantage » de faire peser le droit de poursuivre sur la loi évite ces considérations.
54. Enfin le pouvoir du législateur n'est pas limité au Japon comme aux États-Unis, et il n'y a pas de président mais un chef du gouvernement, on peut se demander si le même régime de séparation stricte des pouvoirs est en place. La trame de fond des doctrines du *standing* est le principe de séparation des pouvoirs et nous avons vu que sur ce point le juge américain ou japonais prudent invoquent souvent cette notion pour justifier leurs opinions.
55. **Proposition de grille de lecture : modèles de la césure-jonction.** Afin de relier les informations que nous dégagerons des notions de droit subjectif/objectif, de séparation des pouvoirs... nous proposons une grille de lecture inspirée du modèle théorique du Professeur Chayes, le modèle de la césure et le modèle de la jonction avec quatre critères principaux permettant de les différencier. Premièrement, ils refusent ou admettent l'*objectivisation*, c'est-à-dire la transmission vers des individus ou groupes d'individus de fonction normalement attribués à l'État. Deuxièmement, ils singularisent ou alignent le contentieux subjectif administratif sur le contentieux subjectif civil, en demandant pour les premiers un standard plus strict pour accéder au juge et pour les seconds un standard plus lâche. Troisièmement ils laissent ou non libre cours à l'action de l'Administration en vertu du principe de séparation verticale des pouvoirs. Quatrièmement, ils séparent ou rattachent le contentieux administratif du contentieux constitutionnel en vertu du principe de séparation des pouvoirs ou de l'État de droit.
- **Modèle de la césure public-privé.** Dans le modèle de la césure, on refuse l'objectivisation du droit et on reste concentré sur la subjectivisation extraordinaire du dommage. Par exemple on critiquera l'introduction législative des actions qui visent à attribuer aux contribuables une action en contestation de l'usage de deniers publics, compétence qui est normalement du ressort de l'État. Elles seront difficilement reconnues jurisprudentiellement. Les droits des individus et leur accès

au juge sont limités statutairement par défaut : ils doivent être spécifiquement prévus ou l'accès au judiciaire est fermé. Le recours gracieux occupe une place préalable et prépondérante sur l'action du juge dont le rôle et les remèdes qu'il est susceptible d'apporter sont également statutairement limités. La partie privée est sur-privatisée : elle ne peut intervenir que lorsqu'elle subit un dommage exceptionnel qui n'est pas partagé par l'ensemble de la population. La partie publique est sur-publicisée : elle n'est en aucune manière considérée comme une partie privée et bénéficie de privilèges dérogatoires du droit civil commun. On souhaite laisser libre cours à l'action de l'administration en vertu de considérations générales de séparation horizontale des pouvoirs et de considérations pratiques reconnaissant que l'administration locale est plus à même de traiter en premier lieu des litiges administratifs, que l'on peut rattacher à une vision verticale de la séparation des pouvoirs. En fait dans sa forme la plus pure, le contentieux administratif n'est pas judiciaire. Et le contentieux judiciaire n'est pas constitutionnel.

- **Modèle de la jonction privé-public.** Dans le modèle de la jonction, on admet l'objectivisation. On souhaite aligner le contentieux subjectif administratif sur le contentieux subjectif civil, on peut inclure le contentieux administratif dans le champ judiciaire constitutionnel. On privatise la partie publique qui perd ses privilèges et peut recevoir les attributs d'une partie privée : les agences administratives peuvent saisir le juge pour trancher un différent traditionnellement réglé en interne. On objectivise la partie privée qui peut intervenir en tant que membre d'un groupe d'intérêt : consommateur, contribuable... On dépasse les limites du modèle type de droit privé pour garantir la plus grande protection possible des droits individuels, et on accorde aux individus *des droits publics*.

56. Le pouvoir judiciaire japonais correspond au modèle de la césure : le contentieux est conçu autour de la notion de litige subjectif. Le contentieux administratif comprend depuis peu des voies d'actions objectives qui dérogent aux conditions du litige subjectif, et pose un problème à la doctrine qui ne souhaite pas abandonner ces conditions. Cette doctrine souhaite préserver le noyau subjectif du pouvoir judiciaire en utilisant la notion de *l'intérêt légalement protégé* qui défère au législateur.

57. A côté des doctrines américaines subsistent des doctrines extrêmement restrictives issues de l'ancienne doctrine allemande comme le *shobunsei* qui défère à l'administration. Face à la quasi impossibilité d'obtenir l'annulation d'une loi pour inconstitutionnalité au Japon, les parties privilégient désormais ces voies de recours objectives, plus souple, qui permettent une indemnisation, et poussent pour des raisons pécuniaires le législateur à modifier la loi. La question de la prise en compte du contentieux objectif est donc une question transversale à l'ensemble de la première partie.

## **PARTIE 1. LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR JUDICIAIRE**

### **PARTIE 2. LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLER LA CONSTITUTIONNALITE**



# PARTIE 1. LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR JUDICIAIRE

58. Le système juridique japonais contemporain est la bouture du système américain sur un terreau allemand et français. En résulte un objet hybride utilisant des doctrines issues de l'unification progressive du *Common Law* et du droit statutaire américain dans un cadre normatif fortement codifié qui doit s'adapter aux particularismes culturels spécifiques du Japon. Nous allons présenter le *contexte juridique japonais* et les grands courants doctrinaux antérieurs, concomitants et postérieurs à l'introduction de la constitution de 1947, et l'influence de la France et de l'Allemagne. Puis nous verrons *l'attribution du pouvoir judiciaire* au Japon. Enfin il sera principalement ici question des doctrines du « terreau » français et allemand, lorsque nous traiterons de la spécificité du droit administratif japonais et des *doctrines des limites de juridiction*. Ce que nous voulons montrer ici est que la doctrine japonaise n'a ainsi pas attendu le corpus doctrinal américain pour défendre la prudence du juge. En s'inspirant de la doctrine des *relations spéciales de pouvoir* elle a élaboré une doctrine particulièrement en phase avec la société japonaise, la « doctrine de la société divisée »<sup>73</sup>, et a utilisé dans des affaires importantes la doctrine du problème politique qui peut selon les auteurs trouver tout autant écho dans la doctrine des *actes de gouvernement* français de la *political question* américaine. (Titre 1)

59. Lorsque le justiciable pense avoir un problème juridique et sélectionne une voie de droit, le juge vérifie les conditions procédurales objectives et subjectives. Les « conditions processuelles objectives » (客観的訴訟要件) sont celles qui soutiennent l'existence de l'ordre juridique. Imaginons qu'un délai certain se soit écoulé depuis son *damnum* ou *injuria*, jusqu'à quelle date le juge peut-il intervenir ? Le litige *concret* n'est-il pas devenu *abstrait* du simple écoulement du temps ? La manifestation de la vérité est-elle encore possible ? Pour trancher ces questions des délais de prescriptions légaux sont souvent prévus pour éviter que des conflits socialement jugés éteints ne viennent de troubler l'ordre public. Les délais d'actions ou la question de savoir si un paiement peut être obtenu avant le terme prévu sont des conditions objectives. Les « conditions processuelle subjectives » (主観的訴訟要件) visent à garantir les droits. L'*admissibilité des parties*, l'*intérêt à agir* sont des conditions subjectives. En contentieux civil la question de savoir si une partie A vend un terrain à B, qui le revend à C, la question de savoir si A peut agir contre C est une condition subjective. En contentieux administratif de l'annulation le critère est plus strict : on vérifie si l'acte contesté est bien une disposition administrative (*shobunsei* 処分性), on évalue l'*intérêt à agir au sens restreint* (狭義の訴えの利益がある), et vérifie si la qualité de plaignant est subjective (原告適格). La qualité du défendeur l'administration est considérée comme condition objective. Il y a donc un autre groupe autre groupe de doctrines : la disponibilité (*le shobunsei*) qui vérifie que l'Administration à eu le temps d'émettre une disposition spécifique, l'*intérêt à agir au sens restreint* (*l'uttæ no riei*) qui vérifie que le justiciable n'agit pas pour rien. Cet intérêt doit être mûr (*le seijukusei*) et ne doit pas être éteint (*moot*). La question est ici de savoir s'il peut poursuivre et nous appelons ce problème celui de la *justiciabilité*.

**TITRE 1. La judiciarité ou le droit de juger.**

**TITRE 2. La justiciabilité ou le droit de poursuivre japonais.**

---

<sup>73</sup> Cette doctrine sous-tend les débats ultérieurs de la partie 2 sur la prise en compte de la norme de droit privé.



## TITRE 1 – LA JUDICIARITE OU LE DROIT DE JUGER

60. Ce titre traite principalement de ce qui se nomme en japonais l'étendue du pouvoir judiciaire (司法権の範囲) et que nous proposons de nommer *judiciarité* ou question du droit de juger.
61. Nous verrons les grands courants doctrinaux de Meiji à 1947 en observant l'apport de la doctrine allemande et française, puis de 1947 à nos jours en abordant rapidement la charte des droits fondamentaux du Chapitre 3 de la Constitution japonaise. Nous verrons que toutes les dispositions présentes dans la Constitution ne sont pas considérées avoir le même niveau de normativité. (Chapitre 1)
62. Nous étudierons *l'attribution de juridiction japonaise* en la localisant dans le chapitre 6 de la Constitution japonaise ainsi que dans l'article 3 de la Loi d'organisation des cours. Nous verrons les grandes décisions initiales de la cour suprême choisissant de mettre en place un exercice du pouvoir judiciaire centré sur la notion de litige concret. Si la Constitution japonaise organise le pouvoir judiciaire dans son chapitre 6 éponyme, et attribue dans son article 76.1 « tout le pouvoir judiciaire » au juge. La loi pose ensuite pour obligation au juge d'user de ce pouvoir à « tous les litiges juridiques », la doctrine académique et la jurisprudence de la Cour ont choisi d'interpréter de manière limitative ce litige juridique en *la doctrine de la nature juridique du litige (le jikensei)*, au terme de laquelle « le litige concret » est défini comme « un litige relatif à des droits ou obligations juridiques entre des parties spécifiques que le juge peut résoudre en application de la loi ». Nous traiterons également des garanties d'exercice du pouvoir judiciaire. (Chapitre 2)
63. Les doctrines du *problème politique* et de la société divisée mettent en lumière qu'au Japon la doctrine majoritaire justifie sa position prudente sur une vision stricte du principe de séparation horizontal et vertical des pouvoirs. Elle considère également « l'Etat de Droit » comme « l'Etat de loi », la « Rule of law » comme la « règle de droit » dont elle résume le contenu de la manière suivante : le peuple doit obéir à la loi<sup>74</sup>. (Chapitre 3)

### CHAPITRE 1. Le contexte juridique japonais.

### CHAPITRE 2. L'attribution de juridiction.

### CHAPITRE 3. Les limites du pouvoir judiciaire.

---

<sup>74</sup> Noriho Urabe, « Rule of Law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan » (1990) 53:1 Law and Contemporary Problems 61-72 à la p 68.



## **CHAPITRE 1 – LE CONTEXTE JURIDIQUE JAPONAIS : LE ROLE HISTORIQUEMENT LIMITE DU JUGE**

64. Sous Meiji le pouvoir judiciaire s'occupait du litige civil et pénal, la loi était la source normative de référence, et l'influence allemande et française prédominante. Si la nature du pouvoir judiciaire est aujourd'hui complètement différente, les barrières alors posées à l'accès au juge ont perduré bien après la Constitution de 1947 (Section 1). Nous verrons que l'affrontement au tour de la notion de légitimité, de deux grands courants publicistes a vu l'évolution de la nature de la Constitution Meiji de *Charte* jusqu'à celle de norme fondamentale constitutionnelle. Les doctrines privatistes elles, ont proposé différentes théories du pouvoir interprétatif du juge, réduisant tantôt le jugement à un acte d'interprétation syllogistique, ou confiant au contraire un plus grand pouvoir créateur dans les mains du juge. Après la Constitution de 1947 la doctrine pleine d'espoir met en avant les nouvelles grandes libertés relativement exogènes proposées par la constitution : individualisme, libéralisme, démocratie... un rapide point d'étape laisse apparaître que tous les « droits » contenus dans la constitution n'ont pas le même statut et ne sont pas tous des normes (Section 2).

### **Section 1. La lente juridicisation du droit japonais.**

### **Section 2. Les grands courants publicistes, privatistes et constitutionnels de Meiji à nos jours.**

## SECTION 1 - LA LENTE JURIDICISATION DU DROIT JAPONAIS

65. A l'origine le procès japonais ne concerne pas la revendication d'un droit mais une demande gracieuse à l'autorité. Lorsque la notion de droit a été importée au Japon, on a d'abord fait le choix du modèle de droit civil français et allemand pour le droit civil administratif et pénal (§1) Lorsque les modèles romanistes ou de *Common law* sont face à des blocages, ils disposent tout deux d'un outil qui permet au juge de construire une voie de droit selon l'idée que « lorsqu'il y a une atteinte à un droit, il doit y avoir un remède ». C'est le recours à l'équité et cette possibilité n'existe pas en droit japonais (§2) Le litige administratif lui, était non-judiciaire et est longtemps resté marqué par cette conception de demande à l'autorité, avec la présence de barrières procédurales et idéologiques fortes d'inspiration Napoléonienne et Bismarckienne : la dualité de juridiction, le principe du recours préalable et le principe du subscriptionisme (§3) Ces principes juridictionnels ont été progressivement abandonnés après 1947 et remplacés par l'unité de juridiction, le principe du libre choix mais nous verrons que par la suite que certaines doctrines ont subsisté<sup>75</sup> (§4)

## § 1 Conceptions du procès japonais

a. Procès ἀγών ou 訴え

66. Le Professeur Noda propose de distinguer le modèle type de procès agôn grec du procès-utiae japonais. Dans le procès ἀγών (agôn), le procès grec, le combat oratoire est mis en valeur par chaque cité à l'occasion des jeux panhelléniques et le juge est l'arbitre de l'éloquence et de la rhétorique<sup>76</sup> : l'idée de fond est de revendiquer un droit.

67. A l'opposé, dans le procès-utiae il n'est nulle question de revendiquer un « droit » dont le terme japonais n'existe pas encore, mais de solliciter humblement la réponse gracieuse des autorités. Dans le Japon traditionnel du 7<sup>ème</sup> siècle le système de lois dit Ritsuryô comporte deux éléments principaux : le droit pénal (律) et administratif (令). La pensée dominante est ainsi celle d'un droit « dirigiste » dont la fonction essentielle vise à maintenir l'ordre public.

« À l'opposé du droit français, la tradition japonaise est constamment publiciste : elle restait autour du droit pénal, administratif et économique, depuis le régime appelé de ritsuryô emprunté aux Chinois au VII<sup>e</sup> siècle jusqu'aux ordonnances du Shogunat dites hatto (note : droit écrit), furegaki, kinrei, etc. Le droit a ainsi pour but de maintenir la paix et d'assurer la police générale et économique du pays. Il présente donc un caractère d'encadrement extérieur destiné essentiellement à réprimer des actes troublant l'ordre établi du Public et à réglementer les pratiques abusives ou excessives qui ont lieu dans les activités des « maisons » particulières. En d'autres termes, il vise à contrôler l'amae des mois égoïstes ». <sup>77</sup>

68. Pendant le shogunat du clan Tokugawa courant de 1603 à la Restauration Meiji de 1867, le Japon connaît une période d'absolutisme. Il n'y a pas à cette époque de juriste au sens large : ni avocat, ni procureur, ni notaire, plus d'université permettant comme sous le régime du ritsuryô l'instruction du droit, et la fonction judiciaire ne se distinguait pas des autres fonctions publiques<sup>78</sup>. On pouvait être condamné à mort si, issu d'une classe basse, on se permettait de critiquer la politique de l'Etat. Pour le Professeur Kitamura cette conception

<sup>75</sup> Voir le shobunsei dans le titre 2

<sup>76</sup> Jacqueline Duchemin, *L'agôn dans la tragédie grecque*, Société d'édition « Les Belles lettres, » 1968 à la p 235; Stephan Martens et Michel De Waele, *Vivre ensemble, vivre avec les autres: Conflits et résolution de conflits à travers les âges*, Presses Univ Septentrion, 2012 à la p 48.

<sup>77</sup> Kitamura Ichiro et Centre français de Droit comparé, « Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon » dans *Etudes de droit japonais*, Paris, Société de Législation comparée, 1999, 25-61 aux pp 812-813.

<sup>78</sup> Yoshiyuki Noda, *Introduction au droit japonais : Par Yoshiyuki Noda*, Dalloz Toulouse, impr F Boisseau, 1965 à la p 46.

publiciste de droit a limité le développement du droit privé, lequel est par ailleurs considéré péjorativement. Ainsi le terme *shihō* initialement utilisé pour désigner le droit privé, et qui prendra par la suite le sens de judiciaire, signifie tout à la fois « une entente clandestine pratiquée au sein d'une petite communauté au détriment du régime général » ou « secret, arbitraire, contraire à l'ordre public ». <sup>79</sup> Cette tendance de fond a globalement persisté après la Restauration où la notion de « droit », fut introduite. Le Japon n'est pas un pays valorisant la joute oratoire, mais l'entre soi :

« Le peuple japonais, soucieux de sa sécurité personnelle, n'a même pas le souci de faire une distinction entre le cercle fermé de sa vie personnelle et la vie publique. Il abandonne au Gouvernement toutes les affaires politiques. (...) On ne peut même délibérer sur la réparation d'un puit commun ; à plus forte raison de la réparation des voies publiques. Voyant un mort dans la rue on s'en éloigne (...) on est préoccupé d'éviter ce qu'on appelle le *kakariai* (être impliqué dans les affaires gênantes). Dans de pareilles circonstances, pouvons nous espérer qu'on discutera toutes les choses importantes en public »

69. Ce constat dressé par le Professeur et fondateur de l'université de Keio Yukichi Fukuzawa peut parfois encore s'appliquer au Japon « contemporain ». Pourquoi ? Le glissement progressif du modèle traditionnel vers le modèle de l'action est en cours : les juristes sont bien formés, les universités organisent des concours d'éloquence, les juges sont devenus indépendants si ce n'est dans l'esprit du moins formellement. L'extrême prévenance des japonais envers les étrangers, leur politesse et respect quotidien laisse toutefois entrevoir la persistance de ce *kakariai*. Pour résumer on présente à l'administration-juge une demande, une *uttai* :

« La notion d'*uttai* (action intentée, procès, instance) consiste, dans son sens originare, à faire une prière en implorant une aide ou une solution auprès d'un supérieur, voire même du gouvernant, qui est l'ultime surveillant de l'application de ses ordres. Elle se rapproche donc de la notion de recours de type administratif plutôt que de celle de procès civil. Le demandeur se réfère au magistrat en le suppliant de dire à son méchant débiteur de lui rendre son argent, dans le même esprit que quand il lui demande de punir un malfaiteur ou de faire corriger un fonctionnaire fautif. Même en matière civile, il ne s'agirait donc pas d'intenter une action, mais en réalité de faire une accusation, là où il n'y a pas de tradition d'invoquer ni de défendre son droit par une procédure de lutte verbale. »

70. Séparons donc la demande de l'action. Nous entendons par *demande* la sollicitation adressée à une personne titulaire d'une autorité, souvent un membre de l'administration. Sa réponse dépend de son pouvoir discrétionnaire. Une *action* est la revendication d'un droit à la personne titulaire d'un pouvoir d'évaluation contentieux, souvent un juge. Sa réponse dépend de son pouvoir judiciaire. On peut considérer l'action comme une demande judiciaire.

## b. Le choix initial d'un modèle de Droit romaniste

71. Avec Meiji, on entame le glissement d'un ordre juridique fondé sur le confucianisme et le légisme et centré sur le droit pénal et administratif, pour aller soit vers le droit romaniste codifié soit vers le *Common-Law*. Le but de ces réformes étant de moderniser l'Etat, le pragmatisme l'emporte. Le *Common-Law* jugé trop complexe se voit préférer l'exemple des codes Napoléoniens bien établis<sup>80</sup>. Ils furent traduits et à cette occasion le terme de droit (*kenri*) est importé au Japon. Et importer la notion de droit c'est importer la notion de *droit individuel privé ou subjectif* et commencer à sortir du modèle du procès *uttai*.

<sup>79</sup> KITAMURA Ichiro et Centre français de Droit comparé, *supra* note 74 aux pp 812-813.

<sup>80</sup> Noda, *supra* note 78.

72. Toutefois ces codes ne furent jamais appliqués en l'état et le premier projet d'influence française dit Code Boissonade fut critiqué, Hozumi considérant qu'il mettait en cause le lien de piété familiale et la loyauté à l'empereur. L'exemple allemand fut privilégié même si les auteurs s'accordent à dire que le Code civil japonais est pour partie le résultat de cette influence française et de l'influence allemande adaptées aux traditions japonaises,<sup>81</sup> et sert de base à la procédure de contentieux administratif. La procédure contentieuse ordinaire sert de base à la procédure constitutionnelle.
73. Le problème est que la quasi totalité des techniques du contentieux constitutionnel sont basées sur la doctrine américaine influencée du *Common law*. Leurs spécificités seront abordées dans le titre 2, présentons ici simplement les différences et rapprochements entre ces modèles.
74. **Différences entre les modèles.** Au fond le débat sur Common-Law et Droit romaniste un débat sur les perspectives puisque les deux systèmes ont des textes écrits et de la jurisprudence. Ce sont des modèles descriptifs qui ont des positions différentes sur le rôle créateur du juge mais ont tendance à se rapprocher. Dans le modèle de droit romaniste le juge raisonne à partir d'abstractions, formule des principes généraux et se base principalement sur règles statutaires substantielles et procédurales qui sont séparées dans des Codes distincts. Dans le modèle de *Common Law* le juge raisonne sur la base de précédents établis. Le juge de *Common law* est en retrait des parties, un arbitre, le juge de droit romaniste est davantage impliqué. On étend la solution trouvée par le juge dans sa jurisprudence aux nouvelles affaires par interprétation analogique, et de la même manière les dispositions générales codifiées au cas concret.
75. **Rapprochement des modèles.** La Common Law fait une place de plus en plus grande aux *statuts* même en Angleterre et le Droit civil continental laisse une place de plus en plus importante au juge. Le droit américain s'est peu à peu distingué du modèle de *Common law* anglais en incorporant par exemple des techniques de codification<sup>82</sup> : le *Code of Laws of the United States of America* (ci après Code américain) regroupe les « statuts » permanents votés par le Congrès<sup>83</sup>, le *Code of Federal Regulations* les « réglementations » prise par les agences administratives en vertu de l'Acte de Procédure Administrative. Cour suprême américaine se refuse depuis 1938 de se voir reconnaître un pouvoir de *Common law* fédérale<sup>84</sup>.
- **Mythes sur le rôle du juge.** Est-ce que le *Common Law* est fondamentalement une loi non-écrite, une *lex non-scripta* ? Non. C'est un droit non codifié mais néanmoins écrit. En fait l'opposition droit de l'expérience du juge opposé à droit abstrait des logiciens est un peu étrange puisque le *Common Law* « ... peut être trouvé dans les rapports de nos cours de justice, dans les livres de rapports et décisions judiciaires, dans les traités des sages de notre profession, prescrits et transmis à nous depuis l'antiquité. Ce sont les lois qui donnent naissance et origine à la collection de maxime et de coutume qui est connue

<sup>81</sup> *Ibid* à la p 59.

<sup>82</sup> <https://www.fjc.gov/history/courts/jurisdiction-equity> «Equity was a centuries-old system of English jurisprudence in which judges based decisions on general principles of fairness in situations where rigid application of common-law rules would have brought about injustice. Judges exercised equitable jurisdiction based on a distinct set of procedures and remedies-most notably, without a jury-that allowed them greater flexibility to hear cases and resolve disputes. The exercise of equity jurisdiction periodically led to debate about the power and discretion of federal judges. (...) Law and equity remained separate forms of action in the federal courts until the adoption in 1938 of the Federal Rules of Civil Procedure, which combined the two into a single type of case, called a "civil action." ».

<sup>83</sup> La branche législative est en Angleterre, aux États-Unis et au Japon de type bicaméral avec une chambre haute et une chambre basse : Chambre des Lords et Chambre des communes en Angleterre, Sénat et la Chambre des représentants, Chambre des Conseillers (参議院) et Chambre des Représentants au Japon (衆議院). Ces chambres votent des Actes.

<sup>84</sup> *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64, 78 (1938)



sous le nom de droit commun»<sup>85</sup>. Quoiqu'il en soit une partie de la doctrine anglaise s'accroche au refus de « codifier », position régulièrement remise en cause<sup>86</sup>. En France une partie de la doctrine s'accroche au mythe du juge bouche de la loi comme niant tout pouvoir créateur au juge. C'est semble-t-il dans ce dernier cas une interprétation hâtive et peut-être un peu surannée de Montesquieu. Comme le Professeur Timsit l'a montré :

« Lorsque Montesquieu fait du juge la bouche qui prononce les paroles de la loi, il ne fait en vérité que rétablir les relations du juge et de la loi dans le rapport exact existant entre la loi comme texte, écriture et généralité, et le juge qui dit le droit – *jurisdictio*, parole – à l'occasion du traitement singulier de l'affaire qui lui est soumise. (...) »

76. Le législateur est l'écrit, la juge la parole. La décision est écrite, le législateur et le gouvernement en discutent. Les trois sont complémentaires. Pour Robert Vouin : « La loi n'est rien lorsqu'elle n'est plus *qu'un* commandement du législateur », pour Christian Atias c'est la raison enrichie par la pratique et le passage du temps qui constitue la sens de la loi. C'est une vérification expérimentale continue. Ce que l'on peut rapprocher du roman à la chaîne de Dworkin. Ce qui est important est de ne privilégier ni l'omnipotence du législateur ni celle du juge. Timsit toujours :

« les uns qui tiennent à la sur-abstraction dont fait preuve le juge dans son raisonnement sur la loi quand il s'en tient au texte et à son interprétation littérale : le juge ignore alors la continuité – la contiguïté – et l'enchaînement des séquences qui font le raisonnement et pourraient le rendre plus adéquat à la réalité ; les autres qui tiennent, sous prétexte de réalisme, à la sur-représentation, à la sur-figuration de la réalité et au privilège accordé, dans le raisonnement et la décision du juge, à des considérations qui n'ont plus grand-chose à voir avec la loi – le juge tombant alors d'un excès dans l'autre et accentuant ce qu'il croit devoir être la fonction de la loi – d'être le calque de la réalité. »

77. Le point d'accord relatif est d'éviter qu'un juge fasse de son opinion personnelle une loi générale différente ou contraire à une loi *existante*. Alors les théories de la prudence judiciaires peuvent trouver à se justifier. Mais quel est le critère de cette différence avec la loi existante ? Au-delà, lorsque le législateur ne fait pas son travail, lorsqu'il n'y a pas de règle générale à contredire, la prudence judiciaire n'est-elle pas très proche du déni de justice ? Soit, mais selon quel critère le législateur n'a-t-il pas rempli sa fonction ? Revenons à notre analogie jurisprudence-précédent en Common law, jurisprudence-loi en droit romaniste. La limite est peut-être celle intrinsèque au raisonnement-justification par analogie, lorsqu'étendue jusqu'à la perte de sens comme interprétation de la jurisprudence antérieure ou de la loi ancienne, elle devient interprétation *contra legem*. D'un autre côté, le système de Common Law et de droit romaniste comme tout systèmes ne sont pas parfaits et peuvent se bloquer. Dans ces deux systèmes le juge dispose d'un outil pour malgré tout prendre une décision : l'équité. Et avant d'en présenter les contours, gâchons malheureusement la fin de l'histoire en annonçant qu'elle n'existe pas au Japon.

<sup>85</sup> William Blackstone : "The common law of this country has been built up, not by the writings of logicians and learned jurists, but by the summings-up of judges of experience to juries consisting of plain men, not usually students of logic, not accustomed to subtle reasoning, but endowed, so far as my experience goes, as a general rule, with great common sense, and if an argument has to be put in terms which only a schoolman could understand, then I am always very doubtful whether it can possibly be expressing the common law." Dans *Commentaries on the Laws of England* (1756). <https://www.armstrongeconomics.com/library/books/commentaries-on-the-laws-of-england-blackstone/>

<sup>86</sup> R Floyd Clarke, *The Science of Law and Lawmaking Being an Introduction to Law, a General View of Its Forms and Substance and a Discussion of the Question of Codification*, Littleton, Colo, Fred B Rothman & Co, 1982; Gunther Weiss, « The Enchantment of Codification in the Common-Law World » (2000) 25:2 *Yale Journal of International Law*, en ligne : *Yale Journal of International Law* <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol25/iss2/8>>; Eva Steiner, « Codification in England: The Need to Move from an Ideological to a Functional Approach—A Bridge too Far? » (2004) 25:3 *Statute Law Rev* 209-222, DOI : 10.1093/slr/25.3.209.

## § 2 L'absence de possibilité de juger en équité

### a. Juger en droit ou en équité

78. L'équité<sup>87</sup> est dans un système normatif strict, en l'absence de solutions établie par la jurisprudence ou la loi, la création par le juge d'une solution juridique nouvelle à un problème particulier<sup>88</sup>. Dans le système ancien de Common-Law anglais, la procédure d'*equity* est une procédure complétant une *Common law* parfois rendue rigide : par exemple en matière d'inexécution du contrat le remède de dommages et intérêts prévu traditionnellement par la Common law ne satisfaisait pas le plaignant, l'équité plus souple permettait alors d'en obtenir l'exécution. Equité et droit commun sont deux normes édictées par un juge, qui peuvent être ensuite réorganisés par le législateur, comme avec les Judicatures Acts de 1873 et 1875.<sup>89</sup> Pour le droit romaniste, prenons l'exemple de Portalis qui précise dans son discours préliminaire au projet de Code civil que « Quand la loi est claire, il faut la suivre, quand elle est obscure il faut en approfondir les dispositions, si on manque de lois, il faut consulter l'équité »<sup>90</sup>. Aux États-Unis ? La Cour suprême peut juger les conflits « en Droit et Equité » : « ① quand la Common Law ne donne aucun remède ② lorsque son remède est imparfait ③ Lorsque ce serait une injustice de comprendre une affaire par la lettre plutôt que par sa raison, ou qui n'avaient pas à être entendus »<sup>91</sup>.
79. Les contours de l'*equity* américaine ont toutefois évolué au fur et à mesure que le droit américain s'est codifié. En 1938, année où la Cour suprême se refuse un pouvoir de Common

<sup>87</sup> Ralph A Newman, « La nature de l'équité en « droit civil » » (1964) 16:2 *Revue internationale de droit comparé* 289-295, DOI : 10.3406/ridc.1964.13936; Charles de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, A Pedone, 1972; *L'Équité dans le jugement*, Editions L'Harmattan, 2003.

<sup>88</sup> Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Vrin, 1959. Livre 5, 14 « l'équité et l'équitable » : « Nous avons ensuite à traiter de l'équité et de l'équitable, et montrer leurs relations respectives avec la justice et avec le juste. En effet, à y regarder avec attention, il apparaît que la justice et l'équité ne sont ni absolument identiques, ni génériquement différentes : tantôt nous louons ce qui est équitable et l'homme équitable lui-même, au point que, par manière d'approbation, nous transférons le terme équitable aux actions autres que les actions justes, et en faisons un équivalent de bon, en signifiant par plus équitable qu'une chose est simplement meilleure ; tantôt, par contre, en poursuivant le raisonnement, il nous paraît étrange que l'équitable, s'il est une chose qui s'écarte du juste, reçoive notre approbation. S'ils sont différents, en effet, ou bien le juste, ou bien l'équitable n'est pas bon ; ou si tous deux sont bons, c'est qu'ils sont identiques. Le problème que soulève la notion d'équitable est plus ou moins le résultat de ces diverses affirmations, lesquelles sont cependant toutes correctes d'une certaine façon, et ne s'opposent pas les unes aux autres. En effet, l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux. Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité. Quand, par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question. De là vient que l'équitable est juste, et qu'il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle. Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité. En fait, la raison pour laquelle tout n'est pas défini par la loi, c'est qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il est impossible de poser une loi, de telle sorte qu'un décret est indispensable. En effet, de ce qui est indéterminé la règle aussi est indéterminée, à la façon de la règle de plomb utilisée dans les constructions de Lesbos : de même que la règle épouse les contours de la pierre et n'est pas rigide, ainsi le décret est adapté aux faits. »

<sup>89</sup> [https://archive.org/stream/supremecourtofju00wils/supremecourtofju00wils\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/supremecourtofju00wils/supremecourtofju00wils_djvu.txt)

<sup>90</sup> Traduit en japonais par le professeur Kanayama Naoki et ses étudiants lors d'un séminaire hebdomadaire auquel nous avons eu la chance de participer. Travaux fournis sur demande.

<sup>91</sup> “From Thomas Jefferson to Philip Mazzei, November 1785,” Founders Online, National Archives, <http://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-09-02-0056>. [Original source: The Papers of Thomas Jefferson, vol. 9, 1 November 1785–22 June 1786, ed. Julian P. Boyd. Princeton : Princeton University Press, 1954, pp. 67–72.]

Law fédérale, les *règles de procédure civiles*<sup>92</sup> incluses au titre 28 du Code américain unifient les procédures en « droit et équité ». Mais et c'est important, lorsque des causes implicites d'action sont absentes, la Cour peut en créer de nouvelles. Ainsi en 1964 dans *J.I. Case Co. v. Borak* la Cour en alla chercher le but d'un statut de 1934 pour créer une cause d'action privée. Elle posa 4 conditions en 1975 dans *Cort v. Ash* en refusant d'admettre la cause privée implicite d'action sur la base d'un statut limitant les donations aux campagnes politiques :

« ① Que le plaignant soit membre d'un groupe de personnes pour « l'intérêt spécial desquelles » la loi à été votée ② Que l'histoire législative suggère que le Congrès entendait créer une cause d'action. ③ Qu'accorder une cause d'action participerait au schéma remédial d'ensemble mis en place par la loi. 4 Que le problème soit un traditionnellement laissé au Droit de l'Etat ».<sup>93</sup>

80. Elle permet de comprendre les causes d'actions et les remèdes accordés comme un panaché légal et/ou équitable. Lorsque le juge constate l'émergence de nouveaux problèmes pour lequel un système trop strict ne prévoit pas de solutions, l'équité permet d'ouvrir les voies d'accès (actions) et de sortie du tribunal (remèdes). Lorsque le législateur se saisit de ces problèmes, l'influence de l'équité se résorbe<sup>94</sup>.

#### b. L'absence de l'équité

81. Aux termes de l'article 41 de la Constitution « La Diète est l'organe suprême du pouvoir d'État, et le seul organe légiférant de l'État. ». La clause japonaise prévoit que le juge de l'ensemble des « litiges sur la loi », ou autres pouvoirs prévus par loi et il n'est jamais fait mention de possibilité d'équité. C'est un problème important. Nous l'avons vu l'équité permet de comprendre les causes d'actions et les remèdes accordés comme un panaché légal et/ou équitable. Lorsque le juge constate l'émergence de nouveaux problèmes pour lequel un système trop strict ne prévoit pas de solutions, l'équité permet d'ouvrir les voies d'accès (actions) et de sortie du tribunal (remèdes). On peut se poser la question de savoir si les réformes législatives permettant d'assouplir les conditions procédurales objectives et subjectives sont une forme japonaise de prise en compte de l'équité.

82. Sautons quelques décennies et constatons simplement que le Japon dispose aujourd'hui des mêmes remèdes qu'aux États-Unis notamment depuis la réforme de 2004 de l'Acte sur le Contentieux Administratif sur laquelle nous reviendrons. Les actions visent à obtenir un remède spécifique dont elles prennent le nom : la déclaration, l'injonction, la compensation, l'indemnisation annulation partielle ou totale d'une norme. Elles sont *de type légal* lorsqu'elles sont fixées par loi ou la constitution ou de type *équitable* lorsqu'elles sont fixés par le juge suivant la tradition anglaise des *equitable remedies*.<sup>95</sup> Certaines d'entre elles ayant émergées tardivement comme le mandamus ne rentrent pas dans ce dernier cadre et sont toujours légales, mais les autres peuvent être tracées différemment suivant le système juridique considéré : l'injonction est pour partie équitable et légale aux États-Unis, et uniquement légale au Japon. En fait, alors que le justiciable américain dispose d'un panaché des deux types d'action équitables et légales, les voies de droits japonaises sont uniquement

<sup>92</sup> Depuis le 1er Décembre 2007 le code fédéral de procédure civil a été entièrement réécrit et simplifié.

<sup>93</sup> Susan Stabile, "The Role of Congressional Intent in Determining the Existence of Implied Private Rights of Action," 71 Notre Dame L. Rev. 861 (1996). Kaplan + See Chemerinsky, supra, § 6.3 at 385

<sup>94</sup> En droit français l'équité seule n'est pas principe pas suffisante elle doit compléter la règle de droit (article 627 al.2 du Code de Procédure Civile), la Cour de cassation a jugé que l'équité n'est pas une source du droit (cass.soc.04/12/96), aux États-Unis *Guaranty Trust Co. v. York* (1945) federal courts were not bound by state law in crafting appropriate equitable remedies

<sup>95</sup> ① **Legal remedies** (Damages) : Compensatory damages, Punitive damages, Incidental damages, Consequential damages, Liquidated damages, Reliance damages, Nominal damages, Statutory damages, Treble damages. ② **Equitable remedies**: Specific performance, Account of profits, Constructive trust, Injunction, Restitution, Rescission, Rectification, Declaratory relief

ouvertes via des dispositions législatives. Le lecteur intéressé pour consulter les travaux Suehiro Izutarō (1888-1951).

### § 3 La particularité du droit administratif non judiciaire

83. Inspiré par le système Napoléonien, l'ancienne constitution adopte dans son article 61 le système de la dualité des juridictions judiciaire et administrative. Cette séparation de l'ordre juridictionnel civil de l'ordre juridictionnel administratif soutien deux apparatus complètement différents.
84. **Ajudiciaire et non-judiciaire.** Le pouvoir judiciaire japonais ne comprend sous Meiji que le litige civil et pénal. En dehors du judiciaire se trouve l'a-judiciaire, et nous entendons par a-judiciaire la longue tradition de gestion non contentieuse des litiges comme la procédure civile d'arbitrage de *wakai* et *chotei* qui sont encore aujourd'hui au cœur du droit du travail japonais. Nous distinguons de cet a-judiciaire qui peut assez facilement devenir judiciaire, le *non-judiciaire*, ici le traitement du litige administratif, ou les barrières de judiciarisation du contentieux sont presque infranchissables : il s'agit de la dualité de juridiction (a.), du principe du droit de l'administration à se prononcer préalablement à toute action judiciaire (b.), et de la limitation des voies judiciaires de traitement du litige administratif par le principe du subscriptionisme (c.).

#### a. La dualité de l'ordre juridictionnel

85. La doctrine prend souvent l'exemple français contemporain pour attester d'une conception restreinte du pouvoir judiciaire administratif, notamment parce que l'ordre judiciaire est divisé entre l'ordre judiciaire administratif et l'ordre judiciaire civil et que le contentieux constitutionnel est confié à une juridiction spécialisée<sup>96</sup>. A la veille de la Révolution française, la fonction de juge était une charge au cout d'entrée élevé et au revenu faibles : l'accès à la justice était donc payant et réservé aux plus fortunés. L'empilement des juridictions faisait parfois courir les procès sur plusieurs générations<sup>97</sup> et les différentes fonctions législatives, exécutives et judiciaires confondues par ceux qui en avaient la charge. En 1790 Jacques Guillaume Thouret propose de réorganiser le pouvoir judiciaire dont il fait le constat suivant :

« Le plus bizarre et le plus malfaisant de tous les abus qui ont corrompu l'exercice du pouvoir judiciaire, était que des corps et de simples particuliers possédassent patrimoniallement, comme on le disait, le droit de faire rendre la justice en leur nom, que d'autres particuliers pussent acquérir à titre d'hérédité ou d'achat, le droit de juger leurs concitoyens, et que les justiciables fussent obligés de payer les juges pour obtenir un acte de justice. (...) Le second abus qui a dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion, établie dans les mains de ses dépositaires, des fonctions qui lui sont propres, avec les fonctions incompatibles et incommunicables des autres pouvoirs publics. Émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois : rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtaient le mouvement, et en inquiétaient les agents. (...) Disons qu'un tel désordre est intolérable dans une bonne Constitution, et que la nôtre fait disparaître, pour l'avenir, les motifs qui ont pu le faire supporter précédemment : disons qu'une nation qui exerce la puissance législative par un corps permanent de représentants, ne peut pas laisser aux tribunaux exécuteurs de ses lois, et soumis à leur autorité, la faculté de réviser ces lois ; disons enfin que, quand cette nation élit ses administrateurs, les

<sup>96</sup> « 司法権の範囲が狭い国の典型はフランスであるとされる。ナポレオンによって 1799 年に国務院（コンセイユ・デタ）が設立されるが、以降この国では、行政事件は、民刑事事件を扱う司法裁判所とは異なる独立の行政裁判所によって扱われることになっている。また現行の 1958 年憲法で導入された違憲審査制は、憲法院という特別の合議機関によって行われ、司法裁判所にその権限はない。逆に司法権の範囲が広い国の典型はアメリカであるとされる。連邦最高裁判所を頂点とする司法裁判所は日本で言うところの行政事件を扱うし、また、1803 年以降は違憲審査制も自らの権限としている »

<sup>97</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/plaquette\\_jef\\_organisation\\_fr.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/plaquette_jef_organisation_fr.pdf)

ministres de la justice ne doivent point se mêler de l'administration dont le soin ne leur est pas confié. (...) Le troisième abus qui déshonorait la justice en France était la souillure des privilèges dont l'invasion s'était étendue jusque dans son sanctuaire. Il y avait des tribunaux privilégiés et des formes de procédure privilégiées, pour de certaines classes de plaideurs privilégiés. On distinguait en matière criminelle un délit privilégié d'un délit commun. »

86. La Constitution est, dans les premières années qui suivent sa promulgation, en général interprétée en défaveur de celui qui est considéré comme le plus dangereux des trois pouvoirs. En France c'était le juge. La solution choisie sous le régime Napoléonien fut donc de séparer l'ordre juridictionnel en un ordre judiciaire et un ordre administratif pour protéger l'action de l'administration de l'interférence du juge ordinaire. Au Japon sous Meiji le gouvernement était l'ennemi.

b. **Principe du recours gracieux préalable (不服申立前置主義).**

87. En 1890 est voté la *loi de recours administratif (Sogan-ho 訴願法)* ainsi qu'un « ensemble désordonné » de lois spéciales organisant différents types de *recours gracieux*. Le premier était le *recours de non-acceptation (igi-moshitate)* adressé directement à l'autorité qui avait pris la décision. Le second était la *demande en révision* à l'autorité hiérarchiquement supérieure<sup>98</sup>. Mais l'élément fondamental est que ce recours et leur appel au sein de l'administration devaient être préalables à la saisie d'un juge administratif. Ce principe dit du *droit de l'administration à se prononcer (不服申立前置主義)* établit comme principale caractéristique de l'accès au juge administratif est d'être un système de type *préliminaire*. C'est-à-dire qu'il prévoit toujours l'obligation des recours et de leur appel avant le déclenchement de l'examen judiciaire. L'idée était d'accorder le droit à l'administration d'être la première à se prononcer, et donc soulevait un problème constitutionnel de séparation des pouvoirs car pour quelle raison le juge pourrait-il donc forcer l'administration à agir ? Lorsqu'il était saisi le juge vérifiait tout d'abord que la demande ne portait pas atteinte à ce droit primaire de l'administration à émettre un jugement quant à la conduite de son action. Le dommage devait être évalué à l'aune du potentiel refus par le plaignant de remède alternatifs antérieurs à la demande et enfin qu'il n'y ait, logiquement, pas d'autres remèdes prévus. L'objectif de cette loi n'est donc pas de protéger des abus de l'administration mais de protéger l'action de cette dernière. Et l'histoire va nous montrer que ce principe de recours préalable a laissé dans les mains du juge un glaive émoussé.

c. **Principe du subscriptionisme (列記主義).**

88. Le pouvoir a-judiciaire de ce dernier était réduit à son minimum. Les sujets de l'empereur ne pouvaient former de *demande contentieuse administrative* qu'auprès de l'unique Cour administrative en première et dernière instance de Tokyo et seulement contre les actes administratifs limitativement énumérés par la loi.<sup>99</sup> Ce principe se nomme *subscriptionisme (Rekki shugi 列記主義)*. En terme procédural, ce sont les règles du code de procédure civile qui s'appliquaient. Nous ne reviendrons pas sur le débat du milieu du 20<sup>ème</sup> siècle chez les publicistes. La procédure japonaise sous Meiji n'était pas adversoriale.

<sup>98</sup> Noda, supra note 78 aux pp 119-121.

<sup>99</sup> Itoh, supra note 56 aux pp 20-22.

## § 4 La judiciarisation du droit administratif : le rôle positif et négatif du Constituant et du Législateur

### a. Droit administratif et unité de juridiction

89. L'unité de juridiction est introduite en 1947 : la Nouvelle Constitution unifie le double ordre juridictionnel administratif et judiciaire de l'ère Meiji, en supprimant les anciens tribunaux spéciaux (article 76.2 de la Constitution), et en confiant le pouvoir judiciaire à la Cour suprême et aux autres cours et tribunaux que régleme la loi (article 76.1 de la Constitution). Les litiges administratifs (行政事件) et civils (民事事件) sont traités de manière unifiée par les mêmes juges. Le pouvoir judiciaire change de nature et inclut donc pour la doctrine majoritaire le contentieux administratif. L'immunité dont bénéficiait le gouvernement est levée (article 17 de la Constitution). Pendant quelques mois il n'y a eu aucune différence entre la procédure administrative et civile ce qui a poussé certains plaignants à demander des remèdes provisionnels de type civils en contentieux administratif<sup>100</sup>, que le juge a parfois accordé.

90. Deux groupes s'opposèrent à cette judiciarisation du droit administratif : les autorités américaines et d'une certaine façon la doctrine constitutionnelle libérale. Tout d'abord les autorités américaines firent pression afin de limiter ces demandes et dans cette logique *l'Acte concernant le traitement spécial des cas administratifs* fut donc créé en 1948. Cette loi préparée dans l'urgence comportait beaucoup de défauts.<sup>101</sup> D'un autre côté une partie de la doctrine, et non des moindre refusa un temps d'admettre le caractère judiciaire du contentieux administratif. Pour **Minobe** la compétence de la cour en matière administrative ne relève pas de la Constitution mais par l'article 3 de la Loi d'Organisation des Cours (LOC) qui permet de sauver le sens de l'ancien article 57 :

« Le terme pouvoir judiciaire n'est pas un nouveau terme utilisé dans une nouvelle Constitution. Il a déjà été utilisé dans l'ancienne Constitution, et il est immodéré de considérer que le sens de termes Occidentaux est fixé et de rejeter le sens traditionnel pour le remplacer par un nouveau sens. Les droits judiciaires de l'ancienne Constitution et le procès administratif (ancien article 57) ne font naturellement pas parti de l'idée de pouvoir judiciaire, seuls les procès civils et criminels. »<sup>102</sup>

### b. Principe du libre choix (自由選択主義)

91. En 1947 la loi Sogan est alors toujours en vigueur, et le particulier possède toujours deux moyens de contester l'action de l'administration : soit par recours gracieux, soit par demande contentieuse. L'article 3 paragraphe 1 de la Loi d'Organisation des Cours prévoit que les juges doivent traiter de tous les litiges juridiques<sup>103</sup>, mais le paragraphe 2 n'empêche pas la tenue d'un procès préliminaire par des organes administratifs. La nouvelle Constitution les empêche simplement de se prononcer comme un juge judiciaire de dernière instance. La question est de savoir comment sont liés en amont les *recours administratifs* et les *demandes administratives*. Le système reste préliminaire jusqu'à l'abolition en 1962 de la loi Sogan<sup>104</sup> qui voit le principe de recours préalable par défaut disparaître. Elle est remplacée par *l'Acte*

<sup>100</sup> Shigenori Matsui, *The Constitution of Japan a contextual analysis*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2011 à la p 114, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10466835>>.

<sup>101</sup> Noda, supra note 78 à la p 120.

<sup>102</sup> 美濃部達吉 MINOBE Tatsukichi 『新憲法の基本原理』 Principes fondamentaux de la nouvelle constitution (國立書院, 1947年) à la page 166.

<sup>103</sup> Sauf en cas de disposition spécifique dans la Constitution, et qu'ils peuvent se voir accorder un autorité particulière par d'autres lois

<sup>104</sup> Noda, supra note 78 à la p 124.

*des Recours Administratif* (行政不服審査法) qui fut voté pour ouvrir les voies de droit extra-judiciaires afin de permettre aux droits et intérêts des citoyens d’être garantis de manière simple et efficace face à l’action ou l’absence d’action de l’administration nationale ou locale<sup>105</sup>. La procédure administrative contentieuse est également modifiée par l’important *Acte de Contentieux administratif* (行政事件訴訟法)<sup>106</sup>.

92. **L’administration comme quasi-juge administratif.** Lorsque le particulier fait examiner la disposition administrative par voie de *recours administratif* par une autre agence dite d’examen (審査庁の審査請求), cette agence procède dans des formes similaires à celles qui s’imposent au juge : vérifiant la légitimité de la demande, elle rend un *jugement* sur la légalité et le caractère approprié de la disposition. Cette requête en examen est portée devant l’agence la plus proche de celle ayant émis la disposition et le cas échéant à l’autorité hiérarchique. On peut se demander si pour le citoyen, l’administration est si différente d’un juge. Hors, la « clause générale » relative au droit des citoyens de l’article 32 de la constitution qui stipule que « nul ne sera privé du droit d’être jugé » est interprété presque unanimement comme s’appliquant une demande judiciaire administrative.<sup>107</sup> En revanche elle ne s’applique pas aux recours administratifs, ce qui pose un problème important lorsque ces recours sont une condition préalable à l’accès à la demande judiciaire : en effet les protections constitutionnelles liées à l’article 32 comme le droit au jugement public n’ont pas à être garanties et l’administration n’est tenu peu ou prou par aucune exigence de délai ou de justification<sup>108</sup>.

c. **Le principe du généralisme (Gaikatsu shugi 概括主義)**

93. Le principe du *subscriptionisme* est remplacé par le principe du *généralisme* (Gaikatsu shugi 概括主義) : les actes susceptibles de recours ne plus énumérés par la loi. Avec cette réforme des demandes en injonction et les recours objectifs sont introduits, les conditions légales d’accès au droit sont précisément détaillées. Elles balisent l’interprétation du juge du droit de poursuivre administratif (les parties et leur l’intérêt à agir administratif). L’idée est que l’individu est libre choisir la voie gracieuse ou judiciaire. Mais que le recours préalable ne soit plus un principe par défaut, ne signifie pas qu’il disparaît complètement. L’article 8.1 de l’ACA prévoit que la demande administrative n’empêche pas le recours administratif, et que ce recours peut être parfois prévu explicitement<sup>109</sup>. Toutefois même lorsque ce recours est prévu son caractère préalable peut être écarté par le juge si l’administration a tardé à répondre, s’il y a urgence à éviter un dommage considérable causé par la disposition de l’administration, ou s’il y d’autres raisons pour ne pas avoir obtenu de réponse favorable à son recours gracieux<sup>110</sup>. On remarque donc que le juge peut interpréter les conditions

<sup>105</sup> Pour la question des voies de droits liées aux entités décentralisées voir l’Acte d’autonomie locale 地方自治法 第二編 普通地方公共団体 第十四章 補則

<sup>106</sup> 行政事件訴訟法 Administrative Case Litigation Act 昭和三十七年五月十六日法律第三十九号 Act No. 139 of May 16, 1962 articles \_ à 35

<sup>107</sup> Tadasu Fukase, « Le fonctionnement de la constitution japonaise de 1946 » (1959) 11:2 Revue internationale de droit comparé 365-382 à la p 379, DOI : 10.3406/ridc.1959.12036.

<sup>108</sup> Matsui, supra note 100 à la p 115. Et à la p. 130

<sup>109</sup> Article 8 (1) Even where a request for an administrative review of the original administrative disposition may be made pursuant to the provisions of laws and regulations, this shall not preclude the immediate filing of an action for the revocation of the original administrative disposition; provided, however, that this shall not apply if there is a provision in any Act that no action for the revocation of an original administrative disposition may be filed until an administrative disposition on appeal is made in response to a request for an administrative review of the original administrative disposition.

<sup>110</sup> Article 8 (2) Even in the case referred to in the proviso to the preceding paragraph, if the case falls under any of the following items, an action for the revocation of the original administrative disposition may be filed without obtaining an administrative disposition on appeal: (i) where no administrative disposition on appeal is made after a period of three months has elapsed from the day on which the request for an administrative review was made; (ii) where there is an urgent necessity in order to avoid any considerable damage that would be caused by the original administrative disposition, the execution of the

objectives d'accès au jugement administratif. S'il considère de manière large l'urgence l'accès sera plus facile que s'il l'interprète de manière restrictive. Ces conditions prises en compte, le recours préalable est explicitement maintenu pour la demande en injonction à agir<sup>111</sup> et à ne pas agir<sup>112</sup> et dans d'autres domaines spécifiques<sup>113</sup>.

---

original administrative disposition or the continuation of any subsequent procedure; or (iii) where there are other justifiable grounds not to obtain an administrative disposition on appeal.

<sup>111</sup> Article 37-2 (1) In the case set forth in Article 3, paragraph (6), item (i), a mandamus action may be filed only when any serious damage is likely to be caused if a certain original administrative disposition is not made and there are **no other appropriate means to avoid such damage**

<sup>112</sup> Article 37-4 (1) An action for an injunctive order may be filed only in cases where any serious damage is likely to be caused if a certain original administrative disposition or administrative disposition on appeal is made; provided, however, **that this shall not apply if there are any other appropriate means to avoid such damage.**

<sup>113</sup> Article 92-2 of the National Public Service Act (Relationship between appeal and lawsuit), Article 32 of the Basic Resident Register Law (relationship between appeals and litigation), Article 115 of the General Rules of Gaikoku Law (pre-position of appeals etc), Expert technical disposition, Article 57 of the Foreign Exchange and Foreign Trade Law, If the ruling is a third-party organization, Article 88 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Securing of Fair Trade...



## SECTION 2 - DOCTRINES PUBLICISTES, PRIVATISTES ET CONSTITUTIONNELLES DEPUIS MEIJI A LA FIN DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

94. Des prémices de l'ère Meiji à la fin de la seconde guerre mondiale, on observe une sorte de valse à trois temps tant chez les publicistes qui traitent de la notion de légitimité (§1) que chez les privatistes qui s'intéressent de l'interprétation du juge (§2). Elles sont alternativement extensives ou restrictives. Elles sont « extensives » lorsqu'elles s'inspirent de principes internationalistes fondés sur l'humain, ou « restrictives » lorsqu'elles se tournent vers le « soi » traditionnel insulaire, ce qui au Japon signifie en général le « nous ». Nous verrons que le conceptualisme du droit privé allemand participe en partie à la stabilisation du régime monarchique en se centrant sur l'intention du législateur ; que l'école de la révolution d'août poursuit le chemin engagé par celle du Tennô organe de l'Etat en partageant avec l'école de la libre recherche scientifique une vocation internationaliste. Néanmoins il est difficile de franchir le pas, de voir un lien logique entre une doctrine de la légitimité d'Etat et une doctrine de l'interprétation du juge. Nous avons donc choisi de les présenter séparément.

### § 1 Doctrines publicistes de la légitimité

95. Les doctrines publicistes ont d'abord érigé l'empereur en gardien et détenteur des attributs de la souveraineté, puis l'ont assimilée à un organe de l'Etat, avant de proposer une refonte totale de la norme de validité en déposant la souveraineté dans les mains du peuple.

#### a. Doctrine de l'école absolutiste du Kokutai (国体)

96. Selon l'architecte de la Charte Meiji, Ito Hirobumi, « Le Trône Sacré du Japon est hérité des Ancêtres Impériaux et sera légué jusqu'à la postérité ; en lui réside le pouvoir de régner et gouverner l'Etat ». Ce principe apparaît donc transcrit littéralement dans son l'article premier de la Charte : « L'Empire du Japon doit être régit et gouverné par une lignée d'Empereur ininterrompue pour les âges éternels. » Pour le privatiste Nobushige Hozumi (穂積陳重 1855-1926), ayant obtenu dans sa jeunesse une licence d'avocat anglais, enseigné le droit allemand et le droit comparé, chef rédacteur du Code civil japonais et président de l'académie impériale, l'ouverture à l'extérieur a permis d'étudier et d'importer au Japon les techniques du constitutionnalisme étranger « et la plupart des principes qui trouvent une place dans les éléments composant les gouvernement constitutionnels ont été adoptés, dès lors qu'ils sont consistant avec les principes fondamentaux de la forme du Gouvernement Impérial qui existait depuis le début de l'Empire »<sup>114</sup>. Son frère, le professeur publiciste Yatsuka Hozumi (穂積八束 1860-1912), élève de Paul Laband (1838-1918) participa à la création du corpus idéologique en détachant le *kokutai* siège de l'Etat (une démocratie ou une monarchie) du *seitai* organisation de l'Etat qu'il souhaite non despotique mais constitutionnel. Le *seitai* constitutionnel était la distribution ou répartition des pouvoirs de l'Empereur (chapitre 1 de la Charte) en moyens d'action de l'Etat ou (Kōkka Sayou 国家作用<sup>115</sup>) : l'**Administration** (article 5), la **Législation** (article 6) et au Judiciaire<sup>116</sup> (article 57). Autrement dit, les pouvoirs étaient dans cette narration autant d'attributs liés à la personne de l'Empereur et n'avaient rien à voir avec le peuple, sujet de l'Empereur. Le régime était

<sup>114</sup> Nobushige Hozumi, Le droit japonais et le culte des ancêtres, page 36-37

<sup>115</sup> “具体的な争訟について、法を適用し、宣言することにより、これを裁定する国家作用”

<sup>116</sup> A noter, le terme shihou (司法) présent dans la Constitution de Meiji et dans la Constitution de 1947 est conventionnellement traduit en anglais par *judicature* pour la première et par *judiciary* pour la seconde, ce qui nous semble-t-il reflète le changement de substance opéré entre les deux constitutions.

pour ses principaux défenseurs un *constitutionalisme patriarcho-théologique*<sup>117</sup> singulier et spécifique au Japon même au regard des autres monarchies constitutionnelles présentes en Europe notamment en matière de clause constituante et de clause de révisions constitutionnelle. Ainsi, si le constitutionnalisme monarchique allemand qui a beaucoup influencé les japonais reconnaissait la possibilité de « *Gottesgnadentum* » ou « *droit de résistance du peuple contre le roi qui n'avait pas accompli des bonnes œuvres dans l'exercice de son droit divin* »<sup>118</sup>, ou qu'en l'absence de clause de révision constitutionnelle la doctrine allemande admettait la possibilité de révision par convention populaire, la doctrine du Kokutai, en allant chercher un fondement mythique de droit divin dans la souveraineté de l'Empereur refusait ces possibilités : « *cette expression (convention populaire) peut s'appliquer aux États-Unis et aux autres pays, mais pas au Japon* »<sup>119</sup>. Concrètement elle est qualifiée aujourd'hui de *monarchie constitutionnelle à la prussienne* ou de *démocratie atténuée*<sup>120</sup> car pour les Professeurs Higuchi et Fukase<sup>121</sup> la Constitution pouvait légitimement être interprétée par le gouvernement comme excluant la mise en cause de sa responsabilité devant le parlement<sup>122</sup>. Comme le note le Professeur Ashibe<sup>123</sup> l'essence du judiciaire comprenait les seules affaires civiles et criminelles mais en aucune manière les affaires administratives puisqu'aux termes de l'article 61 les tribunaux judiciaires ne pouvaient connaître des procès relatifs aux demandes visant les mesures des autorités gouvernementales : celles-ci relevaient de tribunaux administratifs établis par une loi spéciale. Le litige administratif donc n'était pas considéré au Japon comme faisant partie du litige juridique susceptible d'être traité par le juge. Les recours étaient faibles, les chances de voir aboutir ses demandes tout autant.

b. **Doctrine de l'école libérale de l'Empereur organe de l'Etat (天皇機関説)**

97. Pour les professeurs Higuchi et Fukase les nouveaux partis démocratiques majoritaires à la chambre basse du parlement s'opposent au gouvernement dès la mise en vigueur de la Charte ; dès 1875 Fukuzawa Yukichi (1835–1901) remet en cause le mythe des origines du Kokutai dans son « *Esquisse d'une théorie des civilisations* » (Bunmeiron no Gairyaku 文明論の概略). Mais c'est 1912 qui marque un tournant décisif dans l'histoire du constitutionalisme japonais avec ① la mort de l'Empereur et la fin de l'ère Meiji, puis la volonté des genro de préserver leurs prérogatives et la crise de Taishô qui s'ensuivit, la mort de Yatsuka Hozumi et la reprise du flambeau par son disciple Shinkichi Uesugi (上杉慎吉 1878-1929)<sup>124</sup> et la publication par Tatsukichi Minobe (美濃部 達吉 1873-1948), représentant de l'école de Tokyo, de ses « *lectures sur la constitution* »<sup>125</sup>. Minobe y défend une théorie qui renverse le rapport Empereur-Etat, selon laquelle l'empereur n'est pas le noyau de la souveraineté de droit divin fondant l'Etat, mais est un organe de l'Etat personne morale. Les années 1912-1913 voient dans un climat politique très perturbé, Uesugi et Minobe parmi les deux plus grands spécialistes du droit constitutionnel de l'époque, le

<sup>117</sup> Niichino Matsunami et Japan, *The constitution of Japan.*, Tokyo, Maruzen, 1930 à la p 20. Attention : la citation de Hozumi par Matsunami ne se retrouve pas dans le texte original de Hozumi. Le terme semble donc être de Matsunami lui-même.

<sup>118</sup> Tadakazu Fukase et Yoichi Higuchi, *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon* Paris, Presses universitaires de France, 1984 aux pp 51-52, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4810103k>>.

<sup>119</sup> Matsunami et Japan, *supra* note 117 à la p 18. Citant Gerstenberg « *Droit constitutionnel* » (1926) p.16.

<sup>120</sup> Fukase et Higuchi, *supra* note 118 aux pp 62-68. Il s'agit d'un ouvrage essentiel qui s'inscrit dans un tryptique dont les deux autres éléments sont *l'introduction au droit japonais* de Noda et *le Japon* de Jacques Robert.

<sup>121</sup> Ils ne partagent absolument pas ce point de vue mais considèrent que cette interprétation est possible.

<sup>122</sup> Fukase et Higuchi, *supra* note 118 à la p 18.

<sup>123</sup> Lawrence Ward Beer, *Constitutional systems in late twentieth century Asia*, Seattle, University of Washington Press, 1992 à la p 235.

<sup>124</sup> Fukase et Higuchi, *supra* note 118 à la p 19.

<sup>125</sup> 美濃部達吉 (MINOBE Tatsukichi), *憲法講話 (Lectures sur la Constitution)*, 東京, ゆまに書房, 2003, en ligne : <<http://catalog.hathitrust.org/api/volumes/oclc/53076793.html>>.

premier ayant étudié auprès de Georg Jellinek en 1906 et le second étant influencé par sa « Théorie générale de l'État » entamer un débat sur la nature profonde du kokutai<sup>126</sup>. Deux visions s'opposent : la première visant à conforter une monarchie impériale mythique et ethnocentrique récupérant avec parcimonie les techniques qu'elle juge utiles, la seconde visant à mettre en place un régime monarchique parlementaire fondé sur un positivisme universaliste, rationalisant, utilisant avec force les techniques de droit comparé. Au même moment le *Premier mouvement pour le constitutionnalisme* voit les partis démocratiques de la Chambre des députés réclamer et obtenir par motion de censure la démission du gouvernement de Katsura Taro (桂 太郎) « au nom de la règle du constitutionnalisme »<sup>127</sup>, Katsura dont le militarisme avait amené dans la rue un peuple japonais qui menace de brûler le Parlement.

98. La démocratie Taishô qui s'en suit (大正デモクラシー 1913-1927) voit ainsi apparaître en réaction à cette crise les premiers éléments de démocratie libérale dont la responsabilité du gouvernement devant le parlement (1924) dans l'élan mondial de poussée démocratique de l'après première guerre mondiale. L'interprétation de Minobe est suivie au palais impérial, et les disciples de Hozumi ne sont pas très influents dans les cercles purement académiques, mais militaires<sup>128</sup>. La loi sur le suffrage universel masculin voté en 1925 se verra contrebalaçée la même année par la loi sur la sécurité. Uesugi décède en 1929. Mais les désillusions issues de la tentative de démocratie libérale (principalement corruption endémique) et le nationalisme émergent des années 30. L'année 1933 voit la démission pour protester des incidents de l'université de Kyoto de l'autre figure importante du champ du droit public Soichi Sasaki (1878-1965). 1935 voit la demande d'interdiction, de censure et discrédit des travaux de Minobe<sup>129</sup>, qui se voit contraint de démissionner de la Chambre des pairs à la suite d'un procès politique (天皇機関説事件) mené principalement par les barons Eto Genkuro et Takeo Kikuchi<sup>130</sup>. Le jour de sa démission Minobe déclara :

« J'ai été contraint de démissionner de la Chambre des Pairs, mais ce n'est pas parce en raison de la question de changer ma théorie, de reconnaître les erreurs de mes livres ; J'ai démissionné parce que je trouve difficile d'exercer mes devoirs comme membre de la Chambre des pairs dans la présente atmosphère de cette Chambre. J'ai depuis longtemps décidé de démissionner au moment approprié. Que ma théorie soit juste ou fautive est un autre problème. Sans considération de cette question ... j'ai décidé qu'il était approprié de démissionner de la Chambre par égard à la discipline. Le discours que j'ai fait à

<sup>126</sup> Niro Hoshijima, Shinkichi Uesugi et Tatsukichi Minobe, *Uesugi Hakushi tai Minobe Hakushi saikin kenporon*, Tokyo, Jitsugyo no Nihonsha, 1913.

<sup>127</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 18. Voir également page 212.

<sup>128</sup> *Ibid* aux pp 69-70. Note de bas de page 41. Fukase et Higuchi résumant l'opposition comme suit : « Minobe attaque la théorie de Uesugi comme une pseudo-théorie de despotisme exercé au nom du kokutai : celui-ci réfute celle de Minobe comme une hérésie absolument inadmissible à l'encontre du kokutai, qui dénie la souveraineté du Tennô par le principe démocratique suivant lequel le Tennô deviendra un simple employé de la nation. Profondément influencé par le publiciste allemand, G. Jellinek, Minobe préconise la théorie du Tennô = organe de l'État selon laquelle l'État est un corps ayant la personnalité juridique dans lequel réside la souveraineté, et où le Tennô étant un organe suprême de l'État, ne détient pas ses pouvoirs comme ses propres droits souverains. Ainsi, Minobe, met le kokutai hors du domaine juridique et dans le domaine historique et moral. Il a développé sa théorie pour élargir les éléments libéraux et démocratiques de la Charte de Meiji : l'élargissement du pouvoir législatif de la représentation nationale, l'établissement de la responsabilité politique du gouvernement devant celle-ci, en réduisant l'influence du côté absolutiste de la Charte, de la Chambre des Pairs, du Conseil Privé, des chefs militaires. La théorie du Tennô = organe de l'État sera acceptée par les intellectuels, hauts fonctionnaires et le Tennô lui-même, donc devient une doctrine courante au niveau de la superstructure. Mais dans l'infrastructure populaire, notamment dans la classe de sous-officiers, la conviction de Hozumi et Uesugi demeure virtuellement dominante, par l'insinuation morale enseignée aux écoles primaire et secondaire selon l'Édit impérial sur l'Éducation nationale. C'est pour cela qu'en 1935, surgit l'affaire de la théorie d'un organe du Tennô : le Gouvernement d'alors, encouragé par la droite et les militaires, interdit la publication des ouvrages de Minobe, l'expulse de ses fonctions publiques, en déclarant officiellement l'interdiction de sa théorie comme contraire à la dignité du kokutai ».

<sup>129</sup> Kenpo Satsuyo (« Recueil de la constitution ») et Tsuiho kenpo seigi (« Commentaires additionnels sur la constitution »)

<sup>130</sup> *Interpreter of Constitutionalism in Japan*, University of California Press aux pp 196-243. Voir aussi les travaux de Simon Severin Simon Serverin, « La légitimité de la Constitution dans la doctrine constitutionnelle japonaise », *Droit et cultures* [En ligne], 58 | 2009-2, mis en ligne le 06 juillet 2010. URL : <http://droitcultures.revues.org/2191>

la dernière session a déclenché l'intense inimitié de membres de la Chambre, et la Chambre n'a fait montre d'aucune inclinaison à s'opposer à la conduite de ces membres. Si je reste à la Chambre, j'en perturberais l'atmosphère, et pour le maintien de l'ordre en son sein je crois qu'il est propre pour moi de démissionner.

Une certaine critique publique a été dirigée directement contre ma théorie et quand elle fut examinée sérieusement, il y eut des opinions selon lesquelles je devrais être condamné. Ceci, pensais-je, aurait porté un coup sérieux à ma théorie, à laquelle j'attache plus d'importance que tout au monde... Le temps en venu, néanmoins, de démissionner formellement, maintenant que les autorités judiciaires en sont hier arrivées à la décision de ne pas me poursuivre. »

99. Il recevra pendant les incidents une balle dans la jambe. Nous renvoyons aux travaux des historiens la période allant de 1930 à 1945 relatives à l'entrée en guerre du Japon aux bombardements « conventionnels » et nucléaires de Tokyo, Hiroshima et Nagasaki<sup>131</sup>, mais notons que parmi l'ensemble des lois votées ayant permis de limiter les avancées libérales de la Charte Meiji c'est pour Higuchi et Fukase « la loi sur la mobilisation nationale promulguée en 1938 (qui) achève le système totalitaire militariste japonais »<sup>132</sup>.

c. **Doctrine de la révolution d'Août de Miyazawa Toshiyoshi (1899-1976) : « Changer la doctrine est en fait plus important que changer la constitution ».**

100. Plusieurs projets de révision ont été portés. Soichi Sasaki de la tendance libérale l'école de Kyoto présente ainsi le 23 novembre 1945 une centaine d'articles conservant les articles 1 à 4 de la Charte Meiji, mais introduisant le droit à la vie, la mise en place d'une cour constitutionnelle, et des dispositions relatives au gouvernement local<sup>133</sup>. Mais c'est la doctrine de Miyazawa<sup>134</sup> dite de la Révolution d'Août qui réussit à franchir un pas supplémentaire en changeant le fondement de la souveraineté nationale. Miyazawa est le plus connu des élèves héritiers de Minobe qui a été pour lui « un martyr du développement démocratique du Japon. Ceux qui se dédient à la réalisation d'une véritable démocratie n'oublieront jamais le nom du Professeur Minobe ». Il en perpétue la tradition universaliste. Son apport général au droit constitutionnel japonais très inspiré des français<sup>135</sup> le qualifie de « Montesquieu japonais » dont il a notamment traduit *l'esprit des lois* en 1927. Deux semaines après que le gouvernement eut proposé un projet de nouvelle Constitution, Miyazawa publie le 5 mai 1946 une relecture de la norme fondamentale de Kelsen<sup>136</sup>. Selon lui, l'article 73 de la Charte Meiji prévoyant la modification constitutionnelle à la seule initiative de l'Empereur n'épuise pas la question de la révolution constitutionnelle. Ce droit de l'Empereur n'est plus substantiel mais une simple procédure formelle depuis que le gouvernement a accepté la déclaration de Postdam<sup>137</sup> où se trouve désormais la norme de validité de la Constitution :

« Au contraire, le principe de la souveraineté nationale est que le peuple est le sujet de cette souveraineté, que la souveraineté est dans le peuple. Ici, ce qui est entendu par « peuple » n'est pas une personne en particulier. C'est plutôt n'importe qui. Ce n'est pas une personne qualifiée de façon

<sup>131</sup> Jacques Robert, *Le Japon*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 aux pp 169-195.

<sup>132</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 132.

<sup>133</sup> Cette doctrine sous-tend les débats ultérieurs de la partie 2 sur la prise en compte de la norme de droit privé.

<sup>134</sup> Itoh, supra note 56 aux pp 51-52.

<sup>135</sup> « (...) sa méthode historique et comparative est reprise d'Adhemar Esmein, son positivisme suggère à certains égards par celui de Leon Duguit, son intérêt au fonctionnement vivant suggère par le vitalisme de Maurice Hauriou (v. son article sur « Diverses tendances du droit public français » dans « Sciences sociales françaises », 1930) ; son engagement pour la dignité de l'homme-individu avec une intégrité constante, est en effet très proche du droit naturel de Le Fur (son article, 1938), mais mêle d'ailleurs de quelque nuance du détachement froid et sceptique d'un Anatole France ; son observation réaliste est inspirée par Joseph Barthélemy qui a fait discerner au travers de « l'apparence » « la réalité » du régime politique de l'Allemagne nazie (...) » Fukase et Higuchi, supra note 118.

<sup>136</sup> Simon Serverin op. cit. §18 à 41

<sup>137</sup> <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1945potdam.htm>

particulière comme un souverain, c'est Jedermann [en allemand dans le texte]. Par conséquent, le point capital de la souveraineté nationale n'est pas tant que la souveraineté est dans le peuple mais que la souveraineté n'est pas dans une personne particulière comme pour un souverain ». (*Trad. Severin*)

« [L'interprétation de la loi] n'est pas la recherche de ce qui a été pensé, c'est la recherche de ce qu'il faut penser. Si on prend dans ce cas comme objet de l'interprétation la pensée du « législateur », ce ne doit pas être le législateur historique, mais ce doit être le législateur [...] en tant qu' « être rationnel », « qui a surpassé les contradictions et qui possède une certaine essence. ». (*Trad. Severin*)

« [les doctrines interprétatives] ne regardent pas le droit qui existe, elles construisent un droit qui n'existe pas encore. En ce sens, l'attitude de la personne [interprétant] devant le droit est active. Elle fait travailler le droit existant soit en apportant du droit nouveau dans la société, soit en apportant des précisions de degré qu'il ne contenait pas encore au droit existant. ». (*Trad. Severin*)

101. Comme le montre Simon Severin, Miyazawa sépare, dans la lignée de Radbruch, les doctrines interprétatives (non-scientifiques) des doctrines théoriques (scientifiques) : les premières sont un ensemble de possibles basées sur des jugements de valeurs, des devoir-être, dont l'un d'entre eux seulement est ancré dans le droit par le législateur (kotei). Les secondes n'émergent qu'une fois seulement que la doctrine interprétative est fixée, pouvant alors être étudiées de manière axiologiquement neutre. Pour Severin « en séparant ainsi doctrine interprétative et doctrine scientifique, Miyazawa veut éviter à la fois que les doctrines interprétatives fondées sur des jugements de valeurs se présentent comme des argumentaires scientifiques mais également que les doctrines scientifiques mêlent valeurs et objectivité scientifique ».

102. **A propos du peuple souverain.** « On aime à, surnommer les juges composant la Cour Suprême « gardiens de la constitution... » à tort peut-être parce que, de vrais gardiens de la constitution, on ne peut jamais en trouver hors du peuple lui-même « disait Miyazawa, repris par Fukase.<sup>138</sup> Nous devons toutefois dès à présent signaler que le pouvoir constituant japonais n'a jamais été dans les mains du peuple japonais. La Charte de Meiji était un cadeau de l'Empereur. Le document avait été préparé dans le secret à la simple fin de mettre un terme au régime antérieur<sup>139</sup>. Le passage de la Constitution de Meiji de 1889 à la Constitution de 1947 a pris la forme d'un amendement<sup>140</sup> au texte antérieur, mais l'importance des changements introduits a conduit la doctrine japonaise à majoritairement considérer qu'il s'agissait d'une nouvelle Constitution en se reposant sur la doctrine du Professeur Miyazawa dite de la Révolution d'Aout<sup>141</sup> : la souveraineté a été abandonnée des mains de l'Empereur pour être déposée par l'occupant américain dans les mains du peuple japonais et c'est donc une Constitution nouvelle dont il est question. Néanmoins formellement le document préparatoire sur lequel repose la nouvelle Constitution a été préparé dans le secret en 10 jours par un groupe composé d'avocats et d'officiers militaires spécialistes ni de droit constitutionnel ni d'histoire du Japon et imposé aux officiels japonais<sup>142</sup>, il n'a jamais été formellement amendé<sup>143</sup>. C'est sur la base des interprétations (*kaishaku* 解釈) du juge ou du politique qu'une pratique stable est conduite depuis 70 ans. Les grands débats contemporains sur la modification ou révision de l'article 9 de la Constitution réactivent régulièrement ces interrogations : qui interprète la Constitution ? Laquelle des interprétations du gouvernement, du législateur ou du juge prime sur les autres ? Plutôt que de voir chacune de ces interprétations comme problématiques lorsqu'elles s'opposent, on pourrait considérer que la

<sup>138</sup> Fukase, supra note 107 à la p 373. Note de bas de page 18

<sup>139</sup> Kyoko Inoue, *MacArthur's Japanese Constitution: a linguistic and cultural study of its making*, Chicago, University of Chicago Press, 1991 aux pp 69-70.

<sup>140</sup> Matsui, supra note 100 à la p 2.

<sup>141</sup> 宮澤俊義 (MIYAZAWA Toshiyoshi), *憲法の原理 (Principes de la Constitution)*, 東京, 岩波書店, 1967 à la p 375.

<sup>142</sup> Inoue, supra note 139 aux pp 16-29.

<sup>143</sup> Itoh, supra note 56 aux pp 10-11.

pluralité des forums de principe, qu'ils soient représentatifs ou judiciaire font parti d'un tout. Et que c'est cette pluralité des opinions qui permet en dernier lieu au peuple d'être réellement souverain.

## § 2 Doctrines privatistes de l'interprétation

103. L'école conceptuelle allemande participe à la stabilisation du régime, avant de voir les grands mouvements sociaux du début du 20<sup>ème</sup> siècle trouver une réponse plus adéquate dans l'école de la Libre recherche scientifique. Ecole dont les excès viendront sonner le glas, faisant place à un néo conceptualisme régénéré.<sup>144</sup>

### a. Doctrine de l'école japonaise de la jurisprudence des concepts.

104. Pour le Professeur Itoh<sup>145</sup> c'est par voie législative qu'émergea une base normative solide formée d'un système judiciaire et de lois codifiées. Nous avons noté que par exemple que le Code civil Japonais de 1896 était clairement l'œuvre d'un défenseur du Kokutai et nous verrons par la suite que de nombreuses dispositions reflètent la vision confucianiste de la société. Disposant donc d'un corps de règles, les juges et avocats influencés par l'école conceptualiste française et allemande (ou *jurisprudence des concepts* selon la formule ironique de Jhering 1818-1892) se mirent alors à interpréter ces dispositions à la recherche de la règle de droit. Chaque décision du juge était dérivée de la loi votée par le parlement, et la bonne interprétation était celle du législateur qui était présumé avoir déjà prévu l'ensemble des conflits susceptibles de survenir en société. La tâche du juge consistait davantage à *trouver la loi* qu'à *faire la loi*. ① Lorsque le texte était clair, la déduction et notamment le sylogisme juridique devait permettre de comprendre le sens de la disposition. ② Lorsque la disposition était ambiguë, on allait chercher l'intention législative caché dans l'esprit des lois selon l'apparatus... anti-conceptuel<sup>146</sup> de Jhering qui fut peut-être le premier à enclencher le passage d'une *jurisprudence des concepts* à une *jurisprudence des valeurs*. On utilisait alors l'analogie.

105. Cette jurisprudence pseudo-conceptuelle avait plusieurs avantages et défauts : elle visait à participer à la stabilisation du pays mais ne pouvait faire face aux changements rapides du début du 20<sup>ème</sup> siècle ; elle accordait du prestige aux cours lorsqu'elles énonçaient la bonne et unique réponse tout en permettant au gouvernement de limiter la créativité et l'influence du juge ; elle a permis de voir l'émergence d'une science de l'interprétation tout en résultant dans une mauvaise prise en compte des faits de l'espèce et des intérêts opposés. Ce courant trouva donc rapidement ses limites face aux profonds changements de la société résultant d'un Japon vainqueur des guerres contre la Chine et la Russie s'engageant dans une industrialisation massive et les changements sociétaux. Les conflits qui émergèrent ne trouvèrent pas de réponses dans les vieux codes, les juges japonais firent donc preuve de créativité. Lorsque se posa la question du vol d'électricité, la Grande Cour de cassation l'assimila en 1903 aux possessions (所有物) afin de condamner l'accusé. Bien que cette interprétation soit contraire à la jurisprudence antérieure qui visait par possessions les seuls choses tangibles, c'est la même décision que la Cour de cassation française suivit en 1912 qui assimila l'électricité aux choses visées par l'article 379 de l'ancien Code pénal<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Par la suite d'autres courants émergeront au Japon la doctrine néo conceptualiste, marxistes, comportementalistes etc. Voir Itoh, supra note 56 aux pp.49-53 et Kitamura, supra note 77 à la page 813 pour Hiroshi Suekawa (1892-1977), Takeyoshi Kawashima (1909-1992) en sociologie du droit, le Hô-seisaku-gaku de Yoshio Hirai, inspiré du courant *law and economics*...

<sup>145</sup> Itoh, supra note 56 à la p 45.

<sup>146</sup> William Seagle, « Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End » (1945) 13:1 University of Chicago Law Review, en ligne: University of Chicago Law Review <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol13/iss1/4>>.

<sup>147</sup> « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol »

contrairement au principe de légalité des délits et des peines interdisant normalement au juge pénal de faire preuve de largesse dans son interprétation.<sup>148</sup> Dans les deux cas le législateur vint a posteriori confirmer l'interprétation du juge. Le législateur japonais introduit ainsi en 1907<sup>149</sup> l'article 245 du Code pénal Japonais : « Au regard des crimes prescrits dans ce Chapitre, l'électricité sera considérée comme une possession ». Mais nul besoin d'être sévère : il aura fallu attendre 1992 pour que le législateur français introduise l'article 311-2 dans le Code pénal français énonçant que « La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol ».

b. **Doctrine de l'école de la libre recherche scientifique : entre créativité et abus du pouvoir discrétionnaire du juge**

106. Le Professeur Naojirô Sugiyama (杉山直治郎 1878-1966)<sup>150</sup>, influencé par Saleilles et Lambert considérait que le droit japonais est un « trait d'union entre les droits de l'Orient et les droits de l'Occident, amenant l'établissement de la sphère du droit comparé, jusqu'ici limite à l'Occident. Il doit contribuer ainsi au rapprochement et à la formation et par là au progrès du droit universel... et à la justice humaine »<sup>151</sup>. Il critique la prédominance de la pensée allemande, montre que le Code civil japonais est pour moitié d'influence allemande et pour moitié d'influence française<sup>152</sup>, et introduit l'école de « libre recherche scientifique » proposée par François Gény dans sa « Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif » (1899). Nous avons évoqué l'influence des frères Hozumi dans la diffusion de l'école du Kokutai, nous cette fois retrouver deux autres frères défendre l'apport de Sugiyama. Le Professeur Eiichi Makino<sup>153</sup>, spécialiste de droit criminel, ayant servi comme juge à la Cour de district de Tokyo (1904), étudié en Allemagne sous la direction de Franz von Liszt (1910), puis Professeur à l'Université impériale de Tokyo de 1913 à 1938 défendit<sup>154</sup> une théorie subjectiviste du droit criminel selon laquelle les juges doivent d'abord identifier les intérêts conflictuels dans une affaire et ensuite les résoudre en prenant en compte des facteurs extra-juridiques, les objectifs sociaux et l'équité qu'une règle de droit est sensée servir<sup>155</sup>. Son frère Ryozo Makino (1885-1961 牧野良三) pensait en termes d'intention et de réalisation de la volonté individuelle dans la création des transactions juridiques. Il déclara dans un débat relatif à la législation sur la prostitution :

« La proposition de loi nommée « législation culturelle orientée vers la politique sociale ». Le but de cette loi n'est pas de punir, mais de créer un mouvement social. Le gouvernement souhaitait se concentrer sur la création d'une atmosphère qui aurait fait réaliser aux gens que gagner de l'argent par la prostitution est honteux. »<sup>156</sup>.

<sup>148</sup> Cass. Crim. 3 août 1912, DP 1913, 1, p. 439 ; S. 1913, 1, p. 337, note Roux. « L'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second et doit dès lors être considérée comme une chose au sens de l'article 379 du CP pouvant faire l'objet d'une appréhension »

<sup>149</sup> Acte No.45 de 1907

<sup>150</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 aux pp 38-39.

<sup>151</sup> Certains défenseurs de l'école de la libre recherche scientifique conurent un destin moins lumineux : nous pensons à Kiichiro Hiranuma (平沼 騏一郎 1867-1952), Professeur de science politique à Keio (1899), Président de cour (1903), Procureur général (1903), Directeur de prison (1909), Président de l'université du Japon (1922), Ministre de la Justice (1923), Premier ministre (1939), Criminel de guerre (1945) emprisonné à vie (1948).

<sup>152</sup> Naojirô Sugiyama, *Ma mission en France, 1934 : conférences et allocutions*, Tokio, Maison franco-japonaise, 1936.

<sup>153</sup> Itoh, supra note 56 à la p 46.

<sup>154</sup> 牧野英一 (MAKINO Eiichi), *Mélanges de droit comparé*, S.I, s.n, 1906; 牧野英一 (MAKINO Eiichi), *法律における具体的妥当性 (Validité concrète en droit)*, 東京, 有斐閣, 1948.

<sup>155</sup> Itoh, supra note 56 aux pp 46-47.

<sup>156</sup> Sarah Kovner, *Occupying power: sex workers and servicemen in postwar Japan*, Stanford, California, Stanford University Press, 2013 à la p 130.

### § 3 Doctrines constitutionnelles depuis 1947 à nos jours

Pour les auteurs japonais de l'après guerre s'exprimant en Français, l'introduction de valeurs occidentales laissait espérer<sup>157</sup>. Nous verrons donc ces *principes* de libéralisme, individualisme, Etat providence, pacifisme qu'elle a vu introduire dans la Constitution de 1947 (a.). Mais le passage des années a montré que la catégorisation des ces -ismes nous apprend peu sur leur niveau normatif et qu'ils ne sont pas tous devenus des droits garantis au même niveau par le juge constitutionnel. Un rapide point d'étape sera donc fait sur la hiérarchisation des droits fondamentaux après 70 ans de pratique (b.).

#### a. La Constitution de 1947 sous l'angle de la doctrine des libertés publiques

107. Noda, élève de Sugiyama l'introducteur de l'école de la libre recherche scientifique met en avant, dans une démarche est teintée de jusnaturalisme, l'introduction au Japon par la Constitution de 1947 des principes de démocratie, d'individualisme, de pacifisme, de l'Etat-Providence, de libéralisme et de laïcité. Nous compléterons le descriptif des principaux principes/libertés/droits par des remarques relatives à la manière dont elles sont susceptibles d'être appréhendés au Japon par leur récipiendaires, ce qui constitue la condition primaire de leur évaluation d'un juge qui ne va pas chercher le contentieux hors de son tribunal, car nous considérons simplement que le fait qu'une liberté ou un droit soit énoncé est une chose et que l'on s'en saisisse en est une autre<sup>158</sup>.

#### i. Le principe de démocratie

108. Qualifié de « loi universelle à la base de la Constitution » le principe de démocratie est introduit dans le préambule de la Constitution qui prévoit que l'autorité du gouvernement est fondée sur un mandat de confiance accordé par le peuple. Cette autorité est au service d'une action dont les fruits et bienfaits seront recueillis par le peuple<sup>159</sup>. Néanmoins le préambule de la Constitution japonaise n'est pas reconnu par la doctrine majoritaire contemporaine et la Cour comme faisant parti d'un bloc de Constitutionnalité il n'a qu'une valeur introductive. L'article 1 de la Constitution : » L'Empereur est le symbole de l'État et de l'unité du peuple ; il doit ses fonctions à la volonté du peuple, en qui réside le pouvoir souverain » inverse la relation de souveraineté antérieure entre l'Empereur et le peuple japonais. Le glissement d'une monarchie constitutionnelle de type prussien vers une démocratie représentative libérale de type américain\* est engagée. Et la séparation des pouvoirs auparavant simplement distribués est formellement introduite en 1947 comme le montre la structure même de la Constitution : le chapitre 4 de la Constitution est consacré à la Diète (Parlement), le chapitre 5 au Cabinet (Gouvernement), et le chapitre 6 au « pouvoir judiciaire » (articles 76 à 82). En terme de système on passe en 1947 d'une monarchie constitutionnelle de type prussien à une démocratie représentative libérale de type américain, et ce faisant, on assiste à une disparition

<sup>157</sup> Tadakazu Fukase, « Héritage et actualité de l'ancienne culture institutionnelle japonaise. (A propos de la Charte de dix sept articles du Prince Dauphin Shôtoku) » (1985) 37:4 Revue internationale de droit comparé 947-966 à la p 963, DOI : 10.3406/ridc.1985.2985. « Ce trait spécifiquement japonais, dont on ne devrait d'ailleurs pas trop simplifier la réalité pluraliste complexe, constitue quand même un des éléments essentiels et omniprésents de l'atmosphère culturelle nipponne (...). Il s'agit là d'une différence qualitative et profonde entre les deux civilisations constitutionnelles de l'Extrême-Ouest et de l'Extrême-Est. Et le Japon sous l'actuelle Constitution traverse une phase transitoire où le nouveau Citoyen, homme-individu, indépendant et solidaire, attendu par cette Constitution, est en train de remplacer ou du moins de modifier l'Ancien Sujet obéissant et conformiste, pour construire une société véritablement démocratique et pacifique, nationale et internationale. L'esprit universel de la Déclaration française, la source de l'actuelle Constitution japonaise, devraient changer la traditionnelle atmosphère culturelle du Japon ».

<sup>158</sup> Nous ne rentrerons pas ici sur un débat de fond quant à savoir si les valeurs individualistes de l'Occident judéo-chrétien sont compatibles avec des valeurs communaristes shinto-bouddhistes Orientales.

<sup>159</sup> « Le gouvernement est le mandat sacré du peuple, dont l'autorité vient du peuple, dont les pouvoirs sont exercés par les représentants du peuple et dont les bénéfices sont à la jouissance du peuple



des attributs du premier système au profit de l'émergence de ceux du second avec la souveraineté populaire comme fondement, la codification de l'Etat de droit et de la séparation des pouvoirs<sup>160</sup> aux fins d'établir une démocratie libérale où seraient constitutionnellement garantis les droits et libertés des individus.

109. Mais il faut garder à l'esprit que le chemin parcouru avec la Constitution de Meiji était déjà très important : les termes de droit (*Kenri* 権利) et de d'obligation (*Gimu* 義務) ne furent introduits dans la langue japonaise qu'à partir de 1865.<sup>161</sup> Il s'agit d'un parlementarisme bicaméral atténué. Le pouvoir législatif repose au Japon dans les seules mains du Parlement (article 44 de la Constitution). C'est par délégation d'une portion de celui-ci que le gouvernement et l'Empereur qui peuvent respectivement émettre des décrets. Un projet de loi devient loi après passage devant les deux chambres (article 59) : l'exigence de signatures du Premier Ministre et du Ministre concernés (article 74), ainsi que la promulgation par l'Empereur (article 7 paragraphe 1) sont purement symboliques. A la différence des États-Unis où les pouvoirs du législateur sont énumérés à la section 8 de l'article 1 de la Constitution<sup>162</sup> et limités par les Constitutions des États fédérés (voir aussi en France), le législateur japonais dispose d'une liberté totale quant au sujet de la loi. Enfin si la loi à vocation à être générale et à s'appliquer à tous, elle a pu à l'occasion viser un groupe d'individu<sup>163</sup>.
110. Selon le Professeur Itoh le Japon est une démocratie bégnine des élites : un système fait par et pour les élites. De fait les représentants des plus grandes familles politiques occupent de manière successorale les plus hauts postes de responsabilité politique de l'Etat<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> YAMAMOTO p.787. Sur la base d'article 41 le Parlement doit être l'organe principal du pouvoir de l'Etat et le seul à pouvoir faire la Loi, aux termes de l'article 65 le pouvoir exécutif est investi dans le Cabinet, et l'article 76 octroi l'ensemble du pouvoir judiciaire à la Cour Suprême et aux cours inférieures, devant au moment de l'entrée en vigueur de cette Constitution être établies par des lois ultérieures.

<sup>161</sup> Inoue, supra note 139 à la p 56. Au sens où un droit est lié à l'obligation de ne pas excessivement porter atteinte à son exercice D'un point de vue sociologique, dans la société japonaise les obligations s'envisageaient encore souvent comme non spécifiquement relatives au droit d'un individu mais plus généralement au rôle du membre dans les différents groupes auquel il appartient dans la société.

<sup>162</sup> Constitution américaine Article 1 section 8 : « Le Congrès aura le pouvoir : De lever et de percevoir des taxes, droits, impôts et excises, de payer les dettes et pourvoir à la défense commune et à la prospérité générale des États-Unis ; mais lesdits droits, impôts et excises seront uniformes dans toute l'étendue des États-Unis ; De faire des emprunts sur le crédit des États-Unis ; De réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ; D'établir une règle uniforme de naturalisation et des lois uniformes au sujet des faillites applicables dans toute l'étendue des États-Unis ; De battre monnaie, d'en déterminer la valeur et celle de la monnaie étrangère, et de fixer l'étalon des poids et mesures ; D'assurer la répression de la contrefaçon des effets et de la monnaie en cours aux États-Unis ; D'établir des bureaux et des routes de postes ; De favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif sur leurs écrits et sur leurs découvertes respectifs ; De constituer des tribunaux subordonnés à la Cour suprême ; De définir et punir les actes de pirateries et les crimes commis en haute mer et les atteintes à la loi des nations ; De déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marque et de représailles, et d'établir des règlements concernant les prises sur terre et sur mer ; De lever et d'entretenir des armées, sous réserve qu'aucune affectation de crédits à cette fin ne s'étende sur plus de deux ans ; De créer et d'entretenir une marine de guerre ; D'établir des règlements pour le commandement et la discipline des forces de terre et de mer ; De pourvoir à la mobilisation de la milice pour assurer l'exécution des lois de l'Union, réprimer les insurrections et repousser les invasions ; De pourvoir à l'organisation, l'armement et la discipline de la milice, et au commandement de telle partie d'icelle qui serait employée au service des États-Unis, en réservant aux États respectivement la nomination des officiers et l'autorité nécessaire pour instruire la milice selon les règles de discipline prescrites par le Congrès ; D'exercer le droit exclusif de législation, en toute matière, sur tel district (d'une superficie n'excédant pas 10 milles au carré) qui, par cession d'États particuliers et sur acceptation du Congrès, sera devenu le siège du gouvernement des États-Unis et d'exercer semblable autorité sur tout lieu acquis, avec le consentement de la législature de l'État dans lequel il est situé, pour l'érection de forts, dépôts, arsenaux, chantiers navals et autres constructions nécessaires ; **Et de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés** et tous les autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires. »

<sup>163</sup> Comme dans le cas de la procédure en liquidation judiciaire de la secte du Temple solaire, qui accorda un traitement privilégié aux victimes.

<sup>164</sup> Quelques exemples : du côté du Parti libéral Démocrate le premier Ministre Abe Shinzo en fonction depuis 2012 est le neveu de Eisaku Satō (佐藤 栄作 1901-1975) prix Nobel de la Paix et 39ème Premier Ministre du Japon, et petit fils de Nobusuke Kishi (岸 信介 1896-1987), criminel de guerre et 37ème Premier Ministre du Japon. Abe a succédé à Jun'ichirō

## ii. Le principe de l'individualisme

111. Le champ normatif du chapitre 3 de la Constitution intitulé « droit et devoirs du peuple » correspondait sous Meiji aux « droits et devoirs des sujets » de l'Empereur, et était alors composé de 14 articles posant des balises aux limites légales délimités par le législateur dont « nul ne pouvait savoir à l'avance qu'elle en serait l'économie »<sup>165</sup>. La protection des droits des sujets était donc prévue sous la Charte Meiji, mais furent complètement écrasés par l'absolutisme et l'ultranationalisme qu'elle a généré<sup>166</sup>. Les idées avant-gardistes de Emori Ueki (1857-1892)<sup>167</sup> relatives à la liberté d'expression, au droit naturel du peuple... et son projet de Constitution de 1881 prévoyant la si sensible question de la souveraineté du peuple, un droit de résistance et de révolution et un empereur symbolique fut évidemment rejeté par le régime. 65 ans plus tard, ces idées sont enfin consacrées dans la Constitution de 1947<sup>168</sup>.

112. Elle comprend désormais une déclaration des droits<sup>169</sup> comparable aux systèmes occidentaux<sup>170</sup> : la *sureté individuelle*, la *liberté de conscience et d'opinion*, la *liberté d'enseignement*, la *liberté d'assemblée et d'association*, la *liberté de parole*, la *liberté de presse*, le *droit de propriété*. Comment les droits individuels au cœur de la pensée philosophique occidentale<sup>171</sup> sont-ils appréhensibles au Japon ? Comment l'individu est-il pensé au Japon ? On pourrait aborder le fait que la langue japonaise laisse peu de place dans

---

Koizumi 56ème Premier Ministre du Japon (小泉 純一郎), petit fils du Ministre des postes et télécommunications Matajirō Koizumi (小泉 又次郎). Après 50 ans de gouvernance ininterrompue, le Parti démocrate Japonais (Minshutō 民主党) est arrivé au pouvoir en 2009. Takeaki Matsumoto (松本 剛明) ancien ministre des affaires étrangères est l'arrière-arrière petit-fils de Hirobumi Itoh, l'un des fondateurs de la Charte Meiji, 1er, 5ème, 7ème et 10ème Premier Ministre du Japon. Naoto Kan (菅 直人) 61ème Premier ministre du Japon descend de Kan Shōjō (菅 丞相), Ministre de l'Empereur Daigo en 894. Yukio Hatoyama (鳩山 由紀夫) 60ème Premier Ministre du Japon, est fils du Ministre des affaires étrangères Ichirō Hatoyama (鳩山 威一郎), petit-fils de Ichirō Hatoyama (鳩山 一郎) 35ème Premier Ministre du Japon, arrière petit-fils du fondateur de la dynastie Kazuo Hatoyama (鳩山 和夫) 4ème Président de la Chambre des représentants. Arrêtons ici cette liste à la Prévert. Les dynasties politiques familiales sont aussi présentes dans les grandes démocraties occidentales. En France citons Jacques Delors et Martine Aubry, Jean-Marie Le Pen et Marine Le Pen, Nicolas Sarkozy et Jean Sarkozy ; aux États-Unis la famille Kennedy, la famille Bush, la famille Clinton ; au Canada la famille Trudeau... Et le Japon est considéré comme le 19ème pays le moins corrompu au monde, la France arrivant en 23ème position, les États-Unis en 18ème et le Canada en 8ème position. Davantage que les dynasties familiales c'est peut-être dans l'indicateur du taux de participation aux élections qu'il faut aller chercher la vitalité d'une démocratie représentative, quand bien même serait-elle des élites : le taux de votes aux élections législatives générales de 2015 à au Japon été de 52.66%, suscitant l'inquiétude des différents partis politiques. Les Japonais après qui avaient placés leurs espoirs dans le renouvellement ont été profondément déçu de la gestion de la catastrophe de Fukushima par le parti Démocrate et ne semblent plus vraiment être intéressés par les élections. Si l'on considère enfin que les manifestations ou mouvement d'opinion hors élection sont un facteur d'expression qu'il faut préserver de la démocratie, c'est alors la quasi absence de droit de grève tue le problème dans l'œuf au Japon.

<sup>165</sup> Robert, *supra* note 141 à la p 274.

<sup>166</sup> Fukase et Higuchi, *supra* note 118 à la p 324. « La transformation est d'autant plus remarquable que le pays a du subir avant 1945 une sorte de théocratie extrêmement irrationnelle et militariste dans laquelle une dernière dose de rationalisme et de libéralisme, qui avait pénétré au moins dans les cercles intellectuels à l'époque de la démocratie atténuée, a été complètement étouffée au nom du sacro-saint *public* »

<sup>167</sup> *Ibid* à la p 35. Voir aussi Rinshō Mitsukuri (1846-1897) qui nous l'avons déjà mentionné à créer le vocabulaire constitutionnel et plus généralement la notion de droit au Japon, et Chōmin Nakae (1847-1901) qualifié par les auteurs de Rousseau japonais.

<sup>168</sup> *Ibid* aux pp 37-38.

<sup>169</sup> Noda, *supra* note 78 aux pp 212-213; Robert, *supra* note 141 aux pp 275-279; Fukase et Higuchi, *supra* note 118 aux pp 10-11; Fukase, *supra* note 107 aux pp 379-380.

<sup>170</sup> Robert, *supra* note 141 aux pp 275-279.

<sup>171</sup> Nous ne positionnerons pas sur ce sujet précis par manque de connaissances, notons que l'« Occident » l'ait pensé ou non, il a malheureusement été par ailleurs le lieu de quelques uns des plus grands carnages de l'histoire de l'humanité. Mais sur ce sujet précis, Fukase se réfère aux travaux de Capitant qui a montré « que c'est justement l'individualisme qui caractérise toutes les doctrines de la pensée occidentale (R. Capitant. Hobbes et l'Etat totalitaire, in Archives de philosophie du droit, 1936, n° 1-2). Il cite en effet les quatre principaux rameaux de l'individualisme occidental : libéralisme de Locke, démocratie de Rousseau, socialisme de Babeuf et autoritarisme de Hobbes. En partant, tous, de la dignité suprême de l'individu, dit-il, ces quatre grands philosophes choisissent différentes voies. Pour Locke, le bien le plus précieux de l'individu est la liberté. Rousseau propose la conciliation de la liberté individuelle et de l'Etat, dans lequel chaque individu, obéissant à tous, n'obéit pourtant qu'à soi-même. Babeuf fait à son tour prévaloir l'égalité de l'individu, en désirant élaborer une justice sociale par l'idée du socialisme. Enfin, Hobbes ne reconnaît le pouvoir absolu de l'Etat qu'afin d'assurer la vie et la sûreté de l'individu, lesquelles occupent, pour lui, le premier rang de la hiérarchie des valeurs. »

son usage courant au pronom personnel : un individu n'utilise que peu l'équivalent du pronom personnel « je », les discussions ordinaires se basant sur un rapport de confiance ou les interlocuteurs témoignent leur compréhension de l'individualité de l'autre par le niveau de langage utilisé et une multitude de signes corporels. Alors pas de « je pense, donc je suis » au Japon ? Si Descartes écrivait en latin, il usa du français lorsqu'il posa ces mots sur le papier. En effet pas de pronoms personnels non plus dans « cogito ergo sum ». Mais prenons un chemin différent : plusieurs approches philosophique, « psychanalytique »<sup>172</sup>, sociologique, historiques ont été envisagées pour essayer de trouver un entre deux à l'individualisme ou au collectivisme.

113. Philosophiquement, Nishida Kitaro (西田 幾多郎 1870-1945) et Testuro Watsuji (和辻 哲郎 1889-1960) influencés par Nietzsche, Schopenhauer et Kierkegaard, prennent comme point de départ de leur philosophie respectives le néant (*mu* 無)<sup>173</sup> dont on peut résumer grossièrement la dynamique comme suit : la réalisation de soi passe par une négation initiale dans la reconnaissance de l'autre. Pas d'autre, pas de soi<sup>174</sup>. Ils forment et utilisent ce concept de réalisation du soi<sup>175</sup>, de l'« être-en-terme » (Aidagara sonzai 間柄存在)<sup>176</sup>, du « entre-homme-et-homme » (Hito-to-hito-on-aida 人と人との間柄)<sup>177</sup>, de l'« homme contextuel » (Kanjin)<sup>178</sup>. Nishida et Watsuji sont des figures extrêmement polémiques dans leur rapport à l'ultranationalisme du milieu du 20<sup>ème</sup> siècle. Pour Pierre Lavelle, Nishida « fut un adepte de la version ultra-nationaliste du courant principal de la doctrine impériale officielle, c'est-à-dire un adepte d'un traditionalisme religieux imprégné de millénarisme. A l'intérieur de l'ultra nationalisme, il appartient à la droite idéaliste, au camp des civils hostiles à la direction du pays par les militaires (...) sa position politique fut sans ambiguïté »<sup>179</sup>. Pour Michel Dalissier il n'a cessé de condamner le militarisme, le totalitarisme et le nationalisme<sup>180</sup>. Reste que tous les auteurs s'accordent à dire que Nishida par son introduction des écrits philosophiques occidentaux au Japon a contribué jusqu'à sa mort à tisser des ponts. Des ponts que Watsuji semble plus radicalement avoir entrepris de détruire en ciblant l'éthique

<sup>172</sup> Introduite au Japon dans le courant des années 1920 et encore très faiblement représentée que ce soit dans sa branche philosophique de la psychanalyse ou médicale de la psychiatrie.

<sup>173</sup> Robert Wargo, *The logic of nothingness: a study of Nishida Kitarō*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2005.

<sup>174</sup> Jacinthe Tremblay, « Néantisation et relationalité chez NISHIDA Kitarō et WATSUJI Tetsurō » (1996) 4:2 *theologi* 63-82, DOI : 10.7202/602440ar. Traductrice française de Nishida, chercheuse à l'université Nanzan.

<sup>175</sup>

<sup>176</sup> Tetsurō Watsuji, *Watsuji Tetsuro's Rinrigaku: Ethics in Japan*, SUNY Press, 1996 à la p 337. Chapitre de Robert E. Carter intitulé « Interpretive essay : strand of influence » : « The Japanese word for the sense of human being that Watsuji discusses is ningen. Ningen is usually translated as "human being," "man," or "person." It is composed of two characters, the first, nin, meaning "human being" or "person", and the second, gen, meaning "space" or "between", as in the betweenness between human beings. Watsuji makes much of this notion of "betweenness", and he uses the term aidagara, which refers to the space or place in which people are located, to make this "trace" ingredient in ningen even more explicit. Yuasa Yasuo observes that "this betweenness consists of the various human relationships of our life-world. To put it simply, it is the network which provides humanity with a social meaning, for example, one's being an inhabitant of this or that town or a member of a certain business firm. To live as a person means, in this instance, to exist in such betweenness." Watsuji's philosophical etymology makes abundantly clear that "human being" in Japanese refers to a dual nature: we are individuals and we have individual personalities and unique histories, and yet, we are inextricably connected to many, relationally, for we exist communally. We cannot be separated from social relationships except for the one-sided purposes of abstract thinking, for as individuals we use a common language, walk along common paths and roads, eat food grown and prepared by others, and so on. We are private and public beings at the same time. We enter the world already within a network (...) »

<sup>177</sup> *Ibid* à la p 10. « The locus of ethical problems lies not in the consciousness of the isolated individual, but precisely in the **in-betweenness of person and person**. Because of this, ethics is the study of ningen. Unless we regard ethics as dealing with matters arising between person and person, we cannot authentically solve such a problem as the distinguishing of good from evil deeds, obligation, responsibility, virtue, and so forth. We are able to clarify this by having recourse to the concept of 'ethics' such as we are now proposing. »

<sup>178</sup>

<sup>179</sup> Pierre Lavelle, « Nishida Kitarō, l'école de Kyoto et l'ultra-nationalisme » (1994) 92:4 *Revue Philosophique de Louvain* 430-458 à la p 453.

<sup>180</sup> Michel Dalissier, *Anfractuosité et unification: la philosophie de Nishida Kitarō*, Librairie Droz, 2009 à la p 22.

individualiste occidentale, s'en excusant après guerre, attaquant la notion de soi qui n'expliquerait l'humain ni en Orient ni en Occident<sup>181</sup>.

114. Dans une approche psychanalytique Kitamura a proposé de rejeter ces concepts<sup>182</sup>, et de considérer que le Japon ne s'est pas vu imposer des droits de l'extérieur mais les a accueillis en nécessité (*amae*), non pas dans un complexe Œdipien vers le père, mais dans un complexe d'Ajase vers la mère<sup>183</sup>. Le poids d'une telle réflexion sur la nature de l'humain et du soi dans la pensée du milieu du 20ème siècle, qui trouve encore aujourd'hui de adeptes montre dans tous les cas que la question d'un « je » japonais détaché du « nous » est une interrogation profonde. Dans le champ sociologique ensuite, Ruth Benedict (1887-1947) montra dans un livre très apprécié au Japon que les japonais étaient plus enclins à s'autoévaluer dans un rapport de honte / fierté chez les autres que par rapport à des règles internes de bien et de mal.<sup>184</sup> Le christianisme et ses valeurs ont été importé tardivement au Japon. Historiquement enfin, il est utile de voir que la première reconnaissance de l'individu est faite pour le fonctionnaire qui détaché de ses liens familiaux et de sa condition sociale est libre de servir diligemment l'Etat<sup>185</sup>, et que le projet de Code civil inspiré par Boissonnade fut rejeté car considéré comme trop individualiste<sup>186</sup>. De fait, si le droit à la propriété est prévu au Japon et participe à la reconnaissance de l'individu, il n'est pas à proprement parlé un droit individuel.

### iii. Le principe du pacifisme

115. L'article 9 est probablement l'une des plus grandes spécificités de la Constitution japonaise, et son l'article le plus débattu<sup>187</sup>. Notre contribution sera donc extrêmement limitée. Par rapport à d'autres dispositions de la constitution, l'article 9 est clair : « Aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ainsi qu'à la menace ou

<sup>181</sup> David B Gordon, « Review of Watsuji Tetsur&#x14d;’s Rinrigaku: Ethics in Japan » (1999) 49:2 Philosophy East and West 216-218 aux pp 216-218, DOI : 10.2307/1400208.

<sup>182</sup> KITAMURA Ichiro et Centre français de Droit comparé, *supra* note 73 aux pp 796-810.

<sup>183</sup> Se référant notamment en note de bas de page 18 à l'article de Tooru TAKAHASHI, « La psychanalyse au Japon » dans Roland Jaccard, *Histoire de la psychanalyse*, Paris, Hachette, 1982 aux pp 417-438.

<sup>184</sup> Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Houghton Mifflin, 1967 aux pp 43-79.

<sup>185</sup> Fukase, *supra* note 166 à la p 950.

<sup>186</sup> Fukase, *supra* note 107 à la p 368. « La première réforme vise à établir une hiérarchie de la fonction publique étatique, à placer les fonctionnaires d'État supérieurs et inférieurs suivant le mérite de chaque individu selon un ordre en douze degrés de cette fonction publique. Cela encouragera les fonctionnaires, individus libérés des liens familiaux ou de leur condition sociale, à mieux exercer loyalement leurs fonctions, et à mieux affirmer l'autorité respectueuse du Tennô dans l'ordre nouvellement établi à la cour. L'influence des idées et institutions chinoises et coréennes est indéniable, mais avec des modifications ; l'originalité du Prince-dauphin est non moins remarquable : il classe en ordre décroissant les degrés vertueux japonais : la vertu, la miséricorde, la politesse, la confiance, la justice, la connaissance tandis que l'ordre chinois confucianiste range successivement la miséricorde, la justice, la politesse, la connaissance et la confiance. »

<sup>187</sup> D C S Sissons, « The Pacifist Clause of the Japanese Constitution: Legal and Political Problems of Rearmament » (1961) 37:1 International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-) 45-59, DOI : 10.2307/2611498; John Maki, « The Constitution of Japan: Pacifism, Popular Sovereignty, and Fundamental Human Rights » (1990) 53:1 Law and Contemporary Problems 73-87; James Auer, « Article Nine of Japan's Constitution: From Renunciation of Armed Force "Forever" to the Third Largest Defense Budget in the World » (1990) 53:2 Law and Contemporary Problems 171-187; Sandra Madsen, « The Japanese Constitution and Self-Defense Forces: Prospects for a New Japanese Military Role » (1993) 3 Transnat'l L & Contemp Probs 549; Robert A Fisher, « The Erosion of Japanese Pacifism: The Constitutionality of the 1997 U.S.-Japan Defense Guidelines » (1999) 32 Cornell Int'l LJ 393; Wu Xinbo, « The end of the silver lining: A Chinese view of the U.S.-Japanese alliance » (2005) 29:1 The Washington Quarterly 117-130, DOI : 10.1162/016366005774859715; Hitoshi Nasu, *Article 9 of the Japanese Constitution: Revisited in the Light of International Law*, SSRN Scholarly Paper, ID 1402405, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1402405>>; Kenneth L Port, « Article 9 of the Japanese Constitution and the Rule of Law » (2005) 13 Cardozo J Int'l & Comp L 127; Akitoshi Miyashita, « Where do norms come from? Foundations of Japan's postwar pacifism » (2007) 7:1 Int Relat Asia Pac 99-120, DOI : 10.1093/irap/lci135; Michael A Panton, « Politics, Practice and Pacifism: Revisiting Article 9 of the Japanese Constitution » (2009) 11 APLPJ 163; Masafumi Monden, *Transcultural Flow of Demure Aesthetics: Examining Cultural Globalisation through Gothic & Lolita Fashion*, 2, 2008, DOI : 10.21159/nv.02.02; *Ibid* aux pp 179-197; Paul Midford, *Rethinking Japanese Public Opinion and Security: From Pacifism to Realism?*, Stanford University Press, 2011; Shinzo Abe et Jonathan Tepperman, « Japan Is Back: A Conversation With Shinzo Abe » (2013) 92:4 Foreign Affairs 2-8.

à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux. Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu. ». Historiquement le Japon n'est pas à la différence des pays européens, un pays extrêmement belliqueux. En dehors du 20<sup>ème</sup> siècle, on note une période d'affrontement entre et au sein de divers clans pendant l'ère Sengoku (1467-1603) : la guerre Hosokawa, des batailles célèbres comme celles de Itsukushima et Okehazawa, la première invasion de Corée... C'est relativement peu lorsque l'on en dénombre environ 400 depuis le 11<sup>ème</sup> siècle sur ce qui deviendra le territoire européen. Au sortir de la seconde guerre mondiale ce principe de pacifisme ne peut que difficilement être critiqué. Constatons toutefois qu'en 2017 le Japon consacre 1% de son produit intérieur brut au budget de la défense, ce qui en fait le 8<sup>ème</sup> pays le plus militarisé au monde. Ce budget avait formellement réapparu dès la fin de l'occupation américaine en 1952, et a continuellement augmenté pour se stabiliser depuis le milieu des années 1990<sup>188</sup>. Ce sont les autorités américaines qui ont poussé au réarmement japonais en s'appuyant sur les mouvements politiques réactionnaires.

116. Le journal Asahi organisa le 27 Septembre 2016 un débat entre le professeur de droit constitutionnel Yasuo Hasebe de l'université de Hosei et le Professeur de Science politique Atsushi Sugita sur la possibilité de changer l'interprétation de la Constitution. Pour Hasebe il existe un consensus dans la communauté scientifique que l'article 9 qui dispose qu'« Aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ou à la menace, ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux. Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu. Sugita note que pour les partisans d'un changement, ce sont aux politiques de se prononcer en l'attente d'une décision de la Cour suprême.

#### iv. Les principes de libéralisme et d'Etat-Providence

117. Le rapport juge-Etat est apprécié différemment selon que l'on se trouve souhaite un Etat libertarien (*Jiyu Kokka* 自由国家 ou « Nachtwächterstaat » l'Etat Veilleur de Nuit de Ferdinand), un Etat socialiste (社会国家<sup>189</sup> de Takabatake Motoyuki 高島素之), un Etat providence (*Fukushi Kokka* 福祉国家), ou un Etat actif (*Sekkyoku Kokka* 積極国家<sup>190</sup>). La Japon prend la forme d'une démocratie parlementaire adoptant dans sa Constitution deux philosophies, sociale de part et libérale.<sup>191</sup> Pour Noda les principales libertés publiques sont prévues par le Chapitre 3, et correspondent aux libertés publiques<sup>192</sup>. L'article 12 de la Constitution contient une clause de garantie des droits : « La liberté et les droits garantis au peuple par la présente Constitution sont préservés par les soins constants du peuple lui-même. ». Cet article 12 contient également une clause d'exercice assez surprenante : « Il

<sup>188</sup> <https://www.sipri.org/databases/milex> Il était de 128.75 mds de yens en 1952 soit 7,140 milliards en dollars à taux constant de 2015, de 193,75 mds ¥ en 1962 (7,892 mds \$), de 778,4 mds ¥ en 1972 (18,292 mds \$), de 2539,08 mds ¥ en 1982 (26,141 mds \$), de 4559,33 mds ¥ en 1992 (38,735 mds \$), de 4931,98 mds ¥ en 2002 (41,811 mds \$), 4788,35 mds ¥ en 2012 (41,114 mds \$), de 5022,4 mds ¥ en 2016 (46,126 mds \$).

<sup>189</sup> 高島素之, 国家社会主義, 不二出版, 1919; 田中真人, 高島素之: 日本の国家社会主義, 東京, 現代評論社, 1978.

<sup>190</sup> 中谷 実 (NAKATANI Minoru), « 米国における経済政策をめぐる司法消極主義と積極主義: 積極国家・福祉国家と最高裁 (Judicial Passivism and Activism concerning "Economic Policy" in the U.S.: Positive State, Welfare State and the Supreme Court) » (1981) 31 *Memoirs of the Faculty of Education, Shiga University Cultural science, social science and educational science* 47-100.

<sup>191</sup> Hiroshi Nishihara, « Judicial Control Over Social State Activities in Japan and Meaning of Equality Rights » [2015], en ligne: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2801699](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801699)>.

<sup>192</sup> Noda, supra note 78 à la p 213.

s'abstient d'abuser d'une façon quelconque de ces libertés et de ces droits ; il lui appartient de les utiliser en permanence pour le bien-être public ». Noda identifie cette conception à celle que Gurvitch donne du libéralisme concurrentiel du 19<sup>ème</sup> siècle de Constant et Tocqueville : la peur des dérives de la majorité nécessite la protection des droits individuels mais renforce par ailleurs le statut des personnes qui étaient déjà en situation de force. Elle est complétée au Japon par des principes relatifs à l'Etat providence. L'article 13 de la Constitution établit cet équilibre : « Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement. ». Noda y voit une importation d'un principe similaire au « *menschenwürdingen dasein* », le principe de dignité de la Constitution de Weimar, ou du principe des moyens convenables d'existence de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République<sup>193</sup>. Le cœur de ce principe d'Etat providence est l'article 25 de la Constitution qui prévoit que : « Toute personne a droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle. Dans tous les aspects de l'existence, l'État s'efforce d'encourager et d'améliorer la protection et la sécurité sociales, ainsi que la santé publique ». Cette formulation est bien plus protectrice que celle envisagée dans le projet américain<sup>194</sup>.

#### v. Le principe de laïcité

118. Sous Meiji le gouvernement utilise un artifice sémantique pour diffuser le dogme patriarcal favorable au culte des anciens et au culte des ancêtres, le shintoïsme. Ce n'était pas une religion d'Etat mais une coutume ancestrale, une sorte de super-religion (*shyuiyusei*) évitant ainsi d'entrer en conflit avec l'article 28 de la charte garantissant la liberté de culte. Notons qu'alors le contrôle de constitutionnalité n'est pas exercé par un juge mais éventuellement par l'opposition politique<sup>195</sup>. Nous reviendrons en détail sur le test du but et de l'objet dans la section consacrée à la discrétion administrative (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 4).

<sup>193</sup> *Ibid* à la p 214.

<sup>194</sup> Kyōko Inoue, *MacArthur's Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making*, University of Chicago Press, 1991, 404 p. notamment p.93: « Consistent with the idea that the government had responsibility for promoting welfare of the nation, the Japanese also made important change in the original American article guaranteeing social welfare. They broke it into three separate articles, added new clauses, and measurably strengthened the idea of social welfare expressed in the Constitution. The original American version was read as follow: « Article XXIV. In all sphere of life, laws shall be designed for the promotion and extension of social welfare, and of freedom, justice, and democracy. / Free, universal, and compulsory education shall be established. / The exploitation of children shall ne prohibited. / The public health shall be promoted / Standards for working condition, wages and hours shall be fixed. » The japanese turned the first sentence into a separate article and prefaced it with an aspirational clause asserting the right to maintain minimum living standards. In my (Kyoko Inoue) translation, they read as follow: Article 25. All people have/will have the right to maintain minimum living standards of wholesome and cultured living. \ In all sphere of life, the State has to strive for the promotion and extension of social welfare and security, and of public health. » (...) « Thus, the Japanese expanded the duty of the government to provide for social welfare, even though these articles expressed aspirations that would be difficult to enforce in a court of Law ». Sur la manière de procéder en général lors de la traduction voir p.82: « The japanese drafters used declarative sentence in the non-past tense extensively to translate articles using shall in English (..) Only ten sentences were simple declarative sentences in the present tense in the English version ». Shall and / shall have been changed to « has to/must » and « has to / must not » in Japanese. »

<sup>195</sup> « « Les temples du shintoïsme d'Etat (jinjya), pour mieux asseoir l'autorité religieuse du Tenno, sont particulièrement protégés et dotés de nombreux privilèges, en tant qu'ils assurent le culte des ancêtres communs de la Nation japonaise dont la déesse-ancêtre de la dynastie impériale se placait au sommet absolu de leur hiérarchie ». »

b. **Point d'étape après 70 ans d'interprétation constitutionnelle**

Le juge et la doctrine interprètent la Constitution d'une manière structurelle, c'est-à-dire qui révèle l'usage en arrière plan d'une structure dans laquelle les dispositions de la constitution n'ont pas toutes la même valeur. La plupart articles de la Charte du chapitre 3 de la Constitution sont compris comme accordant des *droits individuels* (. i). Ils sont organisés par *des clauses fondamentales* (. ii). Ces droits individuels ont une valeur *substantielle* variable, notamment par l'usage qui est fait de deux doctrines qui servent à attaquer le caractère substantiel des droits individuels, la doctrine des droits programmatiques et la doctrine des droits à garantie institutionnelle (.iii). La doctrine japonaise se repose sur la philosophie politique pour expliquer que les droits individuels de la Constitution sont des *libertés négatives*. On peut également expliquer que ces choix structurels sont liés à une *conception privatiste du contentieux constitutionnel* (. iv)

i. **Droits individuels ou collectifs**

119. Un droit est considéré individuel lorsqu'il vise, appartient et ne peut être revendiqué que par un individu. Au contraire un droit est considéré collectif lorsqu'on considère qu'il vise, appartient et peut être revendiqué par la communauté. Cette « communauté » ne signifie pas « tout le monde » mais simplement les membres des institutions concernées. Le Chapitre 1 est consacré à l'Empereur (son intervention symbolique dans le jeu institutionnel), le Chapitre 2 à la Renonciation à la guerre, le Chapitre 3 aux Droits et devoirs du peuple, le Chapitre 3 à la Diète, le Chapitre 5 au Cabinet, le Chapitre 6 au Pouvoir judiciaire, le Chapitre 7 aux Finances, les Chapitre 8 à l'Autonomie locale (assez limité le Japon est un Etat centralisé), le Chapitre 9 aux amendements, le Chapitre 10 au statut de Loi suprême de la Constitution et le Chapitre 11 comporte des Dispositions additionnelles. En dehors du Chapitre 3, la plupart des dispositions de la constitution sont des droits et obligations pesant sur les institutions et sont donc collectifs. Par exemple le droit de lever, administrer et utiliser l'impôt est un droit collectif (articles 83, 84 et 85 de la Constitution). On peut considérer que le droit de poursuite pénal est également un droit collectif mais la constitution n'y fait pas explicitement référence, mentionnant simplement la prohibition fait de poursuivre les parlementaires et ministres en exercice (articles 51 et 75 de la Constitution)<sup>196</sup>.

ii. **Les clauses fondamentales**

120. Les articles 11 à 14 sont à part en ce sens qu'ils contiennent des clauses sur la nature, l'exercice, les limites des autres droits. L'article 11 sert à justifier le caractère individuel des droits fondamentaux. Les articles 12 et 13 de la Constitution comprennent une clause d'exercice de ces droits et qui permet de les limiter en raison du bien-être public. L'article 14 contient la clause d'égalité, expression issue de la doctrine américaine *d'égale protection*.

- **Les articles 11 et 97 de la Constitution : la clause d'individualisation des droits fondamentaux de la personne humaine.** Au Japon le droit fondamental est considéré comme incluant les droits de l'homme, et la liste des droits du Chapitre 3 n'est pas limitative. L'article 11 prévoit que « Le peuple n'est privé de l'exercice d'aucun des droits

<sup>196</sup> Le cas des poursuites pénales est intéressant : normalement, on justifie en France la mise dans les mains des autorités publiques de ce droit de poursuite pour éviter la Loi du Talion, le contentieux pénal ayant une fonction de réparation des atteintes faites à la société dans son ensemble plutôt qu'à satisfaire des envies individuelles de vengeance privée. Toutefois dans les faits, l'action publique est plus facilement déclenchée si un individu se constitue partie civile auprès de du procureur près la Cour d'appel. Il lie alors le contentieux au civil en dommage et intérêt au contentieux pénal. Normalement un retrait de la plainte n'a aucune incidence sur la poursuite du contentieux pénal. Mais n'importe quel jugement doit satisfaire au minimum l'opinion publique qui pourra ainsi être jugée trop faible ou trop lourde.

fondamentaux de la personne humaine. Ces droits fondamentaux, qui lui sont garantis par la présente Constitution, sont accordés au peuple de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables » et l'article 97 que « Les droits fondamentaux de la personne humaine, garantis par la présente Constitution au peuple du Japon, sont les fruits de la lutte millénaire de l'homme pour sa libération ; ils ont survécu à de nombreuses et épuisantes épreuves d'endurance, et sont conférés à la présente génération et à celles qui la suivront, avec mission d'en garantir à jamais l'inviolabilité. ». C'est une grande avancé par rapport à Meiji où les droits étaient accordés par l'Empereur. Les positions doctrinales sont néanmoins singulièrement différentes : pour la doctrine majoritaire (Miyazawa, Ashibe et Sato) les droits fondamentaux sont inhérents à la personne humaine, pour la doctrine minoritaire (Matsui) ils sont inhérents aux citoyens pour leur permettre de participer au débat politique. Il peut s'appuyer pour cela sur l'article 10 de la Constitution qui traite de la nationalité japonaise, et qui ouvre par son positionnement la Charte des droits fondamentaux. Pourquoi une telle position ? En restreignant le champ des individus considérés et en passant de l'homme au citoyen ces droits sont plus efficacement garantis puisqu'ils en raison du bien-commun, largement dans les mains des autorités publiques.

- **Les articles 12 et 13 de la Constitution : la clause d'exercice des droits fondamentaux.** Concernant les dispositions des clauses d'exercices des droits des articles 12 et 13 de la Constitution, on peut les voir de deux manières. On peut constater comme le Professeur Matsui que le bien-être public a été interprété par la Cour comme une clause limitant l'usage des droits constitutionnels par ailleurs mentionné dans la Constitution, sauf ceux relatifs à la clause d'égalité de l'article 14<sup>197</sup>. Le Professeur Kamata qui s'appuie sur les travaux de Dworkin, demande que le pouvoir discrétionnaire du Parlement soit constitutionnellement limité lié par la clause de l'article 14 : « Les articles 13 et 14 mandatant qu'une politique législative soit compatible avec la règle fondamentale que chaque personne dispose d'un droit à l'égal respect en tant qu'individu ».<sup>198</sup>
- **L'article 14 de la Constitution : la clause d'égalité.** Dans son article 14 la Constitution japonaise prévoit une clause d'égalité visant dans son § 1 à empêcher les discriminations relatives à la race sexe, condition sociale ou origine familiale et dans son §2 à mettre fin à la structure aristocratique de la société japonaise. Elle a principalement servi à adoucir petit à petit les particularismes traditionnels de la société japonaise relatifs à la structure néoconfucianiste de la société japonaise en droit pénal et civil. L'idée d'« égalité » est exogène à la portion de la culture japonaise influencée par le néoconfucianisme où la race, le genre et le statut social sont prépondérant dans la structure sociale<sup>199</sup>, et à ce titre la seule disposition apparentée reconnue dans la Constitution de Meiji visait l'égal l'accès à la fonction publique. Après la seconde guerre-mondiale les autorités américaines poussèrent un changement substantiel. Elles retranscrivirent dans leur projet de Constitution l'idée d'égalité devant la loi, garantie aux États-Unis dans le 14<sup>ème</sup> amendement<sup>200</sup>. Cet amendement voté en 1966 dans le contexte particulier de l'après

<sup>197</sup> Matsui, supra note 100 aux pp 155-158. et pp.165-168.

<sup>198</sup> Taisuke Kamata, « Adjudication and the Governing Process: Political Questions and Legislative Discretion » (1990) 53:1 Law and Contemporary Problems 181–199 aux pp 195-196.

<sup>199</sup> Nul besoin de porter un regard anachronique sur l'état de la société japonaise, on date la fin officielle de la ségrégation scolaire américaine à la décision de la Cour suprême *Brown vs. Board of Education* de 1954, et le droit de vote ne fut accordé aux femmes en France par ordonnance en 1944, et il serait plus que maladroît de considérer que les problèmes de discriminations ont disparus dans quelque société que ce soit. Prenons le problème sous un autre angle : le seuil de tolérance vis-à-vis des inégalités tend à s'abaisser au fur et à mesure que la société évolue.

<sup>200</sup> « Toutes les personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et sujettes à leur juridiction, sont citoyennes des États-Unis et de l'Etat dans lequel elles résident. Aucun Etat ne doit créer ou appliquer une loi qui abrogerait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis ; pas plus qu'un Etat ne peut priver une personne de sa vie, liberté ou procès sans *due process of law* ; ni dénié à toute personne dans sa juridiction l'égal protection des lois. »



guerre de Sécession, visait alors à renforcer le poids de la Constitution et du Congrès<sup>201</sup> sur les États-fédéraux tout en luttant contre la discrimination entre les noirs et les blancs. En 1947, au Japon le contexte japonais est différent : la principale discrimination à combattre est celle liée à la structure aristocratique<sup>202</sup>. La version finale de l'article 14 de la Constitution Japonaise, expurgée de ses considérations fédérales dispose donc que :

« Tous les citoyens sont égaux devant la loi et il ne doit y avoir aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale. Ni nobles ni titres nobiliaires ne seront reconnus. Aucun privilège n'accompagne l'attribution d'un titre honorifique, d'une décoration ou distinction quelconque, et pareille attribution ne vaut au-delà de la durée de l'existence de la personne qui en est actuellement l'objet ou peut en devenir l'objet dans l'avenir. »

121. La Cour suprême jugea que « l'article 14.1 de la Constitution (...) doit être interprété comme interdisant tout traitement discriminatoire par la loi à moins que ce traitement soit fondé sur des bases raisonnables en relation avec la nature du sujet »<sup>203</sup>. Les catégories listées « race, croyance, sexe, condition sociale, ou origine familiale » ne sont pas exhaustives ni restrictives, mais explicatives<sup>204</sup>. Au-delà du seul article 14, la Constitution japonaise va plus loin que sa parente américaine en établissant concrètement dans son article 24 l'égalité entre époux<sup>205</sup>, dans son article 26 l'égalité dans l'accès à l'éducation *des garçons et des filles*<sup>206</sup> et dans son article 44 l'interdiction des discriminations dans l'accès aux fonctions électives<sup>207</sup>. La clause de l'article 14 est en fait entrée en conflit à de nombreuses reprises avec le modèle traditionnel de la famille japonaise en amenant à l'abandon progressif de la supériorité des anciens sur leur descendants et à la reconnaissance progressive des droits de l'enfant.

<sup>201</sup> La proposition initiale visant à garantir la fin de la ségrégation en: « The Congress shall have power to make all laws which shall be necessary and proper to secure ... to all persons in the several states equal protection in the rights of life, liberty, and property »

<sup>202</sup> La version initiale américaine prévoit que « Toutes les personnes naturelles sont égales devant la loi. Aucune discrimination ne doit être autorisée ou tolérée dans les relations politiques, économiques ou sociales sur la base de la race, de la croyance, du sexe, du statut social, de la caste ou de l'origine nationale. Aucun titre de noblesse ne pourra à compter de ce jour s'attribuer un pouvoir de gouvernement civil ou politique. Aucun droit nobiliaire, en dehors de ceux de la dynastie impériale, ne doit s'étendre par delà la vie de leurs titulaires. Aucun privilège spécial ne doit accompagner la remise d'une récompense pour l'honneur, décoration ou autre distinction ; ni telle récompense être valide au-delà de la vie de l'individu qui la tient ou pourrait la recevoir ». On ne peut toutefois s'empêcher de noter certaines disparités entre le projet américain et la version définitive japonaise. Mention de la famille impériale et de la caste disparaissent ; le projet et la version finale de l'article 24 prévoient certes tous deux l'égalité entre époux, mais la version initiale était plus agressive et insistait sur le fait que « les lois contraires à ces principes doivent être abolies, et remplacées par d'autres au regard du choix des époux, les droits de propriété, l'héritage, le choix du domicile, le divorce (...) ». Les formulations impliquant un travail proactif du législateur disparaissent du texte final. Il en ressort l'impression qu'il était alors attendue une démarche proactive des autorités, « ne doit être autorisée ou tolérée » et « doivent être abolies, et remplacées » celles-ci ont disparues du texte final.

<sup>203</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 avril 1973, *Parricide Aizawa ou Togichi*, (尊属殺法定刑違憲事件), Keishu, Vol.27, n°3, p.265, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=38](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38), 1970 (A) 1310, 判決 / 破棄自判. Voir aussi 18 Novembre 1962; Keishu Vol.18 n°9 p.579

<sup>204</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 27 mai 1964, *Discrimination au regard de l'article 14 de la Constitution*, (待命処分無効確認、判定取消等請求), Minshu, Vol. 18, n°4, p.676, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53093](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53093), 1962 (O) 1472, 判決/その他.

<sup>205</sup> Article 24 « Le mariage est fondé uniquement sur le consentement mutuel des deux époux, et son maintien est assuré par coopération mutuelle, sur la base de l'égalité de droits du mari et de la femme. En ce qui concerne le choix du conjoint, les droits de propriété, de succession, le choix du domicile, le divorce et autres questions se rapportant au mariage et à la famille, la législation est promulguée dans l'esprit de la dignité individuelle et de l'égalité fondamentale des sexes. »

<sup>206</sup> Article 26 « Chacun a le droit de recevoir une éducation égale correspondant à ses capacités, dans les conditions prévues par la loi. Chacun est tenu de donner aux garçons et aux filles, sans exception, placés sous sa protection, l'enseignement élémentaire dans les conditions prévues par la loi. L'éducation obligatoire est gratuite. »

<sup>207</sup> Article 44 « Les conditions d'éligibilité des membres des deux chambres et de leurs électeurs sont fixées par la loi. Cependant, il n'existe aucune discrimination basée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale, l'origine familiale, l'éducation, la propriété ou le revenu ».

iii. Valeur substantielle des droits fondamentaux japonais

122. Classifier les droits fondamentaux témoigne de profond choix des auteurs quant aux valeurs qu'ils souhaitent défendre au regard de la tension entre les principes de libéralisme ou d'Etat-Providence. C'est particulièrement visible en matière de droits sociaux selon les auteurs classés en droits programmatiques, droits abstraits ou droits concrets. Pour Karel Vasak<sup>208</sup> la typologie des droits repose sur une idée générative : les droits sociaux sont successeurs des droits politiques (2<sup>ème</sup> génération) eux-mêmes successeurs des droits libertés (1<sup>ère</sup> génération). En France on attribue la défense des droits fondamentaux à l'Ecole d'Aix sous l'impulsion du Doyen Favoreu qui a eu pour élève Mamiko Ueno<sup>209</sup> Professeur à Chuo Daigaku auteur d'une thèse sur les droits fondamentaux aux Japon. L'idée de la génération des droits est que nouveaux droits sont susceptibles d'apparaître au fur et à mesure que la société progresse, que les droits de première génération sont considérés comme plus fondamentaux que les droits de seconde génération etc., ou en terme d'avantage positivistes, que les critères du juge pour mesurer la discrétion législative sont plus strictes pour les libertés mentales que pour les libertés économiques, et parfois que le retour en arrière est rendu impossible pour des jurisprudences consolidés par l'usage de la doctrine de l'effet cliquet ou « standstill ».<sup>210</sup> Au fondement des droits de la première génération la doctrine japonaise considère majoritairement que la dignité humaine est le plus important des droits, quand bien même elle n'est pas mentionnée explicitement dans la constitution, ou selon certains auteurs dans l'article 12. Question simple donc : la peine de mort est-elle compatible avec la dignité de la personne humaine ? Depuis Beccaria non. Signalons l'argument de la singularité des droits de l'homme de Sakamoto, pour lequel le seul droit susceptible d'être qualifié de droit « humain » et susceptible d'être garanti à en l'absence de disposition législatives ou constitutionnelles est la « liberté »<sup>211</sup>.

123. **Les droits substantiels.** Parfois la doctrine japonaise s'accorde à dire le pouvoir du juge l'emporte sur le législateur en raison de la gravité de la situation elle distingue donc au sein des droits substantiels les libertés personnelles ou mentales, des libertés économiques.

- **Libertés mentales.** Les droits ou libertés personnelles, parfois nommés libertés mentales ou civiles sont la liberté de conscience et d'opinion (art.19 de la Constitution), la liberté religieuse (article 20 de la Constitution), la liberté d'expression (article 21 de la Constitution), la liberté académique (article 23 de la Constitution). Ils sont nécessaires à la dignité humaine et au fonctionnement de la démocratie, sont plus susceptibles d'être violé par l'action du gouvernement<sup>212</sup> et doivent être particulièrement protégés. Les positions des juges sont, nous le verrons par la suite, extrêmement nuancées. On remarquera qu'elles visent in fine à déterminer la qualité de citoyen et le rattachement de ces derniers à l'espace national : qui est japonais donc ? Si on les place au sommet des la hiérarchie des droits fondamentaux, elles créent une distinction entre le citoyen et l'être humain au sens général. On les scinde donc parfois en deux groupes. Le groupe liberté personnelles visant à garantir la dignité et une groupe liberté personnelles politiques, ces dernières absorbant la question du bon exercice démocratique et de la désignation des

<sup>208</sup> Karel Vasak, "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Novembre 1977.

<sup>209</sup> Mamiko Ueno, *Justice, constitution et droits fondamentaux au Japon*, Paris, LGDJ, 2010.

<sup>210</sup> Vera Morales, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle » [2005] VIe Congrès français de droit constitutionnel - Montpellier à la p 9, en ligne : VIe Congrès français de droit constitutionnel - Montpellier <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00097087>>.

<sup>211</sup> 阪本昌成 (SAKAMOTO Masanori), 憲法理論 〈3〉 (*Théorie Constitutionnelle*), 成文堂, 1995 à la p 35.

<sup>212</sup> Shigenori Matsui, *The Constitution of Japan a contextual analysis*, Oxford; Portland, Or, Hart Pub, 2011 aux pp 157-158, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10466835>> . voir note 100.

représentants du peuple par l'exercice du droit de vote ce qui permet de replacer la dignité humaine au sommet de la hiérarchie. En matière de liberté politique le juge est prudent car il ne souhaite pas paralyser le fonctionnement du Parlement par une décision de justice. Les principales décisions concernent la mal répartition du droit de vote, plus sévèrement sanctionnée lorsque le Parlement est concerné que lorsqu'il s'agit du Sénat<sup>213</sup>.

- **Libertés économiques.** Elles comprennent la liberté d'entreprise et d'occupation (article 22 de la Constitution) et le droit de propriété (article 29 de la Constitution). Globalement nous verrons qu'elles ont été très protégées au Japon mais en dehors de l'exercice constitutionnel (le juge ne traite pas le conflit comme constitutionnel mais développe néanmoins des outils doctrinaux). Les principales décisions concernent la liberté d'établissement et l'attribution de licence d'exploitation. Les libertés économiques constituent d'une certaine manière le versant économique la doctrine du bien-être, interprétée par le juge comme visant au développement d'une économie saine, puis à maintenir le statut quo en préservant les droits de ceux qui avaient contribué à la mise en place de ce système économique, défavorisant ainsi les nouveaux entrants<sup>214</sup>. C'est l'une des conséquences déjà évoquée de la vision concurrentielle du libéralisme du 19<sup>ème</sup> siècle.

124. **Les droits quasi-substantiels.** Les droits sociaux sont des droits nouveaux que l'on considère relatifs à l'émergence du capitalisme<sup>215</sup>, les points de vue sont donc forcement plus éclatés. Ils sont au Japon compris d'une parfois complètement opposée selon les auteurs. Dans le cas des dispositions relatives à l'article 25 de la Constitution : « Toute personne a droit au maintien d'un niveau minimum de vie matérielle et culturelle. Dans tous les aspects de l'existence, l'État s'efforce d'encourager et d'améliorer la protection et la sécurité sociales, ainsi que la santé publique. » Très tôt, dans le contexte de l'après guerre, la Cour s'est saisie de la théorie de la *déclaration programmatique* (プログラム規定説)<sup>216</sup>, du Professeur Wagatsuma<sup>217</sup>. Selon cette théorie est du devoir de l'Etat de mettre en place une politique permettant à toutes les personnes de profiter d'un de standard minimum de bien-être et de culture mais l'article 25 n'investit aucun individu d'un droit concret. Miyazawa (宮沢俊義) estime par exemple qu'une disposition constitutionnelle concernant les intérêts de citoyens qui les revendique (- « je veux travailler »), oblige le législateur à établir un cadre législatif. Les citoyens entrent alors dans une relation bénéficiaire active avec ces dispositions législatives, mais Miyazawa refuse d'étendre cette relation active aux droits sociaux.<sup>218</sup> Le

<sup>213</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 5 février 1964, *Koshiyama contre Commission de supervision des élections de Tokyo*, (選挙無効請求), Minshu Vol.18, n°2, 270, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53126](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53126), 1963 (O) 422, 判決 / 棄却. Cour Suprême, Assemblée plénière, 14 avril 1976, *Kurokawa v Commission des élections de Chiba*, (選挙無効請求事件), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=48](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=48), 1974 (Gyo-Tsu) 75, 判決 / 破棄自判.

<sup>214</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却. Cour Suprême, Assemblée plénière, 22 novembre 1972, *Violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces* (小売商業調整特別措置法違反), Keishu, Vol.26, n°9, p.586, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=50995](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=50995), 1970 (A) 2, 判決 / 棄却.

<sup>215</sup> Matsui, supra note 100 à la p 158.

<sup>216</sup> *Ibid* à la p 222.

<sup>217</sup> WAGATSUMA Sakae, *新憲法と基本的人権* (La nouvelle Constitution et les droits de l'Homme fondamentaux), Tokyo, Kunitachi shoin 国立書院, 1948,

<sup>218</sup> 宮沢俊義 (MIYAZAWA Toshiyoshi), *憲法. 2 (Constitution)*, 東京, 帝大プリント聯盟, 1937 à la p 90. Appellons cet argument la *relation bénéficiaire active* (積極的な受益関係). 「憲法上、国民の利益にまで、ある種の国法の定立 (処分を含む) が要請される場合がある。たとえば、勤労の意欲のある者には適当な職を与えるような国法を定立することが、憲法上、立法者の義務とされる場合は、これである。ここでは、国民は、国法に対して、積極的な受益関係に立つことができる。ここでも、国民は、国法の利益を受ける地位にあるが、(消極的な受益関係とは違い)、それは、積極的に国法を定立することが義務づけられている結果である。国民のこのような地位を社会権と呼ぶことにする。」

C, la Cour suprême jugea un homme poursuivi pour avoir acheté, transporté et vendu une petite quantité de riz en violation de la loi sur la nourriture de base. Cette loi imposait des restrictions pour éviter les pénuries. La Cour suprême énonça que :

« Les conditions actuelles ont rendues la nation consciente de mettre en œuvre certaines politiques, et il est devenu nécessaire pour l'Etat moderne comme institution d'essayer de participer d'une manière nouvelle et positive. Ce que l'on nomme les services sociaux et la législation sociale. L'article 25.2 de la Constitution (...) est une *déclaration concernant le devoir* de la nation pour s'efforcer de renforcer et d'étendre les services sociaux qui constituent l'action positive du gouvernement. L'article 25.1 est une déclaration de responsabilité de la nation à gérer les affaires publiques pour que le peuple puisse maintenir le minimum standard au bien-être. Le maintien et l'élévation de ce bien-être doit être regardé comme une fonction de l'Etat. La nation assume la responsabilité vis-à-vis du peuple, c'est une fonction gouvernementale. Mais l'Etat ne supporte pas une telle obligation de manière concrète et matérielle vis-à-vis du peuple en tant qu'individu. En d'autres termes, la disposition n'accorde pas aux individus un droit concret et matériel vis-à-vis de la nation. Le droit concret et matériel sera établi et perfectionné au fur et à mesure que les services sociaux et la législation social seront établis et élargis. »

125. Cette décision prise, insistons, dans le contexte particulier de l'après guerre suit la théorie de Wagamatsu et enlève toute normativité à l'article 25. La doctrine entra dans une période de stagnation jusqu'en 1960. Dans *l'affaire Asahi*<sup>219</sup> le frère d'un tuberculeux avait vu la pension versée à son frère diminuer à mesure qu'il participait aux frais de santé, le malade attaqua les dispositions de loi comme insuffisante à garantir un niveau de vie décent et que l'aide sociale qu'il recevait avait été réduite selon lui de manière illégale. La Cour Suprême classa cette affaire du fait du décès du demandeur en Cour de procédure mais rajouta un avis pour référence où elle confirma son choix de la « Théorie de la Déclaration Programmatique négative » selon laquelle l'article 25 n'investit pas les individus d'un droit concret<sup>220</sup>. Le choix par la Cour suprême d'une interprétation selon *l'intention des constituants*<sup>221</sup> ou littérale aurait donné un résultat inverse : en effet le texte original présenté par les américains étaient moins protecteurs et les rédacteurs japonais scindèrent leur proposition originale en 3 articles distincts ajoutant du contenu et renforçant le niveau d'obligation. On peut considérer que dès l'origine le but était de donner un contenu concret aux dispositions de l'article 25. Mais la doctrine déclaration n'en fait qu'une obligation morale et politique.

126. Deux autres positions ont donc vu le jour. Certains auteurs envisagent les droits sociaux non pas simplement comme des déclarations mais comme des droits. Ces auteurs se divisent en deux camps, selon qu'ils considèrent l'article 25 comme accordant un droit abstrait (*Chūshō teki kenri setsu* 抽象的權利説) ou comme un droit concret (*Gutai teki kenri setsu* 具体的權利説). Du côté de l'école des droits abstraits les auteurs partagent l'idée que si la loi qui réalise l'objectif de l'article 25 garantie un droit d'action comme des seuils minimums, alors ses dispositions peuvent être attaqués. On nomme donc cette « Théorie Positive de la Déclaration Programmatique Positive » quand la théorie de Wagamatsu devient « Théorie Négative de la Déclaration Négative »<sup>222</sup>. Les représentants de l'école des « droits concrets » partagent au contraire l'idée que : « Le droit à une vie décente est un droit concret par lequel le pouvoir législatif adopte des lois qui donnent une meilleure description du contenu du droit, et si le pouvoir législatif ne remplit pas son obligation et permet ainsi la violation du droit à

<sup>219</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 24 mai 1967, *Asahi ou possibilité d'une succession d'un litige concernant le droit à la protection des moyens de subsistance*, (生活保護法による保護に関する不服の申立に対する裁決取消請求), Vol.21, n°5, p.1043, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=54970](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=54970), 1964 (Gyo-Tsu) 14, 判決/その他.

<sup>220</sup> Mamiko Ueno, supra note 209 à la p.72

<sup>221</sup> Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz-Sirey, 2010, 269 p. p. 228.

<sup>222</sup> Akira Osuka, « Welfare Rights » (1990) 53:2 *Law and Contemporary Problems* 13-28 aux pp 17-18.

une vie décente, le peuple a le droit d'obtenir une déclaration judiciaire que ces omissions législatives et les lacunes sont inconstitutionnelles ».

127. Le plus connu d'entre eux est Akira Osuka (大須賀明). Il place le point de glissement entre les droits abstraits et concrets au fait de savoir si un droit peut servir de support à une demande en inconstitutionnalité. Il s'appuie sur l'article 13 de la Constitution japonaise qui prévoit que « Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement. ». Osuka considère que sur la base de l'article 13, sous des circonstances historiques et sociales précises, et à la différence des théories de l'abstraction, on peut exercer un contrôle de l'inconstitutionnalité sur le budget de l'Etat<sup>223</sup>. Cet argument se nomme *théorie des droits à la survie* (生存権論). Munesue (棟居快行) considère que des dispositions qui peuvent apparaître floues comme le droit à « un minimum vital » peuvent être tout à fait évaluées par le juge. Nommons cet argument *la recherche du sens des mots* (言葉通りの意味)<sup>224</sup>. Pour Kinomiya (清宮四郎), le droit social est réalisé progressivement par l'Etat sans attendre la requête citoyenne, et est contraignante pour les trois pouvoirs, le citoyen disposant d'un droit pourra le faire valoir en justice.<sup>225</sup> La doctrine actuelle propose d'abandonner ces classifications pour se baser avant toute chose sur le contrôle de constitutionnalité<sup>226</sup>.

128. **Les droits « non-substantiels »** Ils sont divisés en deux catégories. On parle tout d'abord de **droits procéduraux** pour l'article 17 de la Constitution qui prévoit le droit à la protection des droits, l'article 32 de la Constitution prévoit le droit à l'accès aux cours, les articles 31 à 40 protègent les droits des criminels et défendant an procédure. On les considère aussi comme protégeant des libertés physiques, ce qui dans un optique pessimiste voyant l'Etat comme susceptible de basculer dans l'autoritarisme peut conduire à les placer au sommet de la hiérarchie des droits.

129. On parle également de **droits à garantie institutionnelle**. Le Chapitre 3 de la Constitution japonaise comprend également des droits que l'on considère sous « garantie institutionnelle » ce qui les sort du champ des droits individuels c'est à dire ils ne sont pas dans les mains des individus. L'article 20 de la Constitution relatif à la liberté religieuse<sup>227</sup>, l'article 23 de la Constitution relatif à l'autonomie universitaire<sup>228</sup>, l'article 29 de la Constitution relatif à la propriété individuelle sont considérés par la Cour comme des droits

<sup>223</sup> 大須賀明 (OSUKA Akira), *生存権論 (Théorie de la survie)*, 東京, 日本評論社, 1984.

<sup>224</sup> 棟居快行「生存権の具体的権利性」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』一六〇頁 (日本評論社、一九九五年) Toshiyuki MUNESUE, 1995, 棟居快行, « Seizon ken no gutaiteki kenrisei » 生存権の具体的権利性 (La nature juridique du droit de subsistance), in Hasebe Yasuo 長谷部 恭男, *Rīdhinguzu gendai no kenpō* リーディングズ現代の憲法 (Lectures en droit constitutionnel contemporain), Tokyo, Nihon hyōronsha 日本評論社, p. 160

<sup>225</sup> 清宮四郎 (KINOMIYA Shiro), *憲法要論 (Théorie constitutionnelle)*, 東京, 法文社, 1961 à la p 97. 「社会権は、国民の請求を待たずに、国家によって進んで実現されるべきものであり、また、直接に国民生活の向上を目指す権利であるとするため、例えば生存権は直接に通用する法として、立法、行政及び司法を拘束する規定と把握し、それに対応して「国民は生活の保障を受ける権利を有する」

<sup>226</sup> Hiroshi Sasanuma, « Section 5. La justiciabilité des droits sociaux au Japon » [2012] 1 La Revue des droits de l'homme Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux 194-210, DOI : 10.4000/revdh.133.

<sup>227</sup> Article 20 de la constitution : « La liberté de religion est garantie à tous. Aucune organisation religieuse ne peut recevoir de privilèges quelconques de l'État, pas plus qu'elle ne peut exercer une autorité politique. Nul ne peut être contraint de prendre part à un acte, service, rite ou cérémonial religieux. L'État et ses organes s'abstiendront de l'enseignement religieux ou de toutes autres activités religieuses ».

<sup>228</sup> Article 23 de la Constitution : « La liberté de l'enseignement est garantie. »

à garantie institutionnelle<sup>229</sup> qui les sorts du champ des droits individuels : ce que la doctrine critique fermement. Ces droits ne portent pas en eux cette classification, c'est un choix du juge.

iv. Justification et analyse de la typologie sous l'angle de la philosophie politique et de la théorie du droit

130. **Philosophie politique. Droits fondamentaux comme libertés négatives.** On peut considérer que les droits individuels sont des libertés négatives<sup>230</sup> c'est-à-dire des « libertés à faire », plutôt que des libertés positives, des « capacités à » imposant une action de l'Etat. Pour faire simple le droit à avoir un avocat est une liberté positive : l'Etat doit me fournir un avocat. Le droit de propriété est une liberté négative : j'ai le droit d'être propriétaire sans que l'Etat ne soit obligé de me fournir un logement. Les libéraux considèrent certains avantages aux libertés négatives : elles ne s'opposent pas les unes aux autres. Le gouvernement doit éviter de limiter mon accès à la propriété et cela n'atteint pas la liberté des autres propriétaires en devenir. Mais s'il y a 10 avocats pour 100 accusés, il risque d'y avoir un problème entre mon droit à bénéficier d'un avocat et celui des autres. Nous ne rentrerons pas dans le débat de fond que soulève cette distinction proposée par Isaiah Berlin<sup>231</sup>. Elle fut attaquée notamment par Hayek, et que ce poussa Berlin à reformuler à de nombreuses reprises son critère. La doctrine du contentieux constitutionnelle japonaise considère les dispositions constitutionnelles relatives à la liberté comme des libertés négatives<sup>232</sup>. Les Cours suprêmes japonaise et américaine font le choix de comprendre les droits individuels comme liberté négative qui ne peuvent être revendiqués qu'après une action de l'Etat. Mais la Cour suprême américaine reconnaît la possibilité de recours préalable à l'application d'une loi ou d'un acte administratif, le Japon non. Ce n'est pas un simple débat théorique les juges du fond et la doctrine proposent par ailleurs des interprétations des droits constitutionnels comme libertés positives<sup>233</sup>. Au Japon le Professeur Urabe considère la clause d'égalité comme un droit objectif susceptible d'être revendiqué par tous. Le Professeur Koyama propose une théorie de l'obligation constitutionnelle de protection des droits fondamentaux. Le Professeur Tonami (戸波江二) propose d'envisager la liberté comme la demande relative à une omission (不作為請求権) et les droits sociaux comme des réclamations (作為請求権).<sup>234</sup> Visions qui sont donc à des niveaux différents réfutées par ceux qui veulent éviter l'invasion du gouvernement dans la sphère privée<sup>235</sup>.

<sup>229</sup> Article 29 de la Constitution : « Le droit de propriété ou de possession de biens est inviolable. Les droits de propriété sont définis par la loi, conformément au bien-être public. La propriété privée peut être expropriée pour utilité publique, moyennant juste compensation. »

<sup>230</sup> Matsui, supra note 100 à la p 157.

<sup>231</sup> Isaiah Berlin, Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana, *Éloge de la liberté*, Paris, Presses pocket, 1990.

<sup>232</sup> Toutefois, je doute, c'est une opinion personnelle, que ce soit le rôle du juge de tenir compte des considérations économiques pour justifier une limitation dans l'accès au tribunal. Le travail du juge est complexe justement en ce qu'il consiste souvent à trancher les conflits en revendication opposée de deux libertés. Mais c'est son travail. On peut considérer que le rôle du politique soit d'assurer la concrétisation des principes constitutionnels. Si la constitution ou la loi proposent un « droit au logement » et bien c'est une norme positive, les individus peuvent revendiquer un droit à ne pas dormir dehors. C'est plus au moins ce que la Cour suprême Hongroise a fait. Elle peut être légitimement considérée dans les années 1990, dans un pays qui sortait de l'occupation Nazi puis communiste avoir été la Cour la plus puissante du monde. Si le droit au logement était prévu par la Constitution, il devait être mis en œuvre. Cela relève au Japon de la science-fiction donc nous ne nous éterniserons pas sur le sujet il faudrait déjà considérer à minima que les droits fondamentaux sont supérieurs aux dispositions législatives. Ensuite on pourrait discuter d'une concrétisation qui ne soit pas simplement souhaitée mais exigée. Enfin que les droits fondamentaux « individuels » doivent être subjectivement et objectivement garantis et que l'administration est une partie comme une autre, mais tout ceci est de l'ordre du prescriptif et ne reflète pas l'opinion majoritaire au Japon.

<sup>233</sup> Jenna MacNaughton, « Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune » (2001) 3:2 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 750.

<sup>234</sup> 戸波江二 (TONAMI Koji), 地方公務員の法律全集 〈1〉 憲法 (*Compendium de droit à l'usage des agents publics locaux. I. Constitution*), 新版, ぎょうせい, 1998 à la p 300. « 自由権を不作為請求権、社会権を作為請求権として理解する »

<sup>235</sup> Matsui, supra note 100 à la p 157.

## **CHAPITRE 2 – L’ATTRIBUTION DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA CONSTITUTION DE 1947 (司法権の帰属)**

131. Le Chapitre 6 de la Constitution de 1947 délimite le pouvoir judiciaire en modifiant profondément sa nature et comprend différents éléments : l’article 76 de la Constitution confie le pouvoir judiciaire à une nouvelle Cour suprême<sup>236</sup>(« *saikō saibankan* » ) et aux autres tribunaux créés par la loi, l’article 77 de la Constitution fixe les contours du pouvoir règlementaire<sup>237</sup>, l’article 78 de la Constitution protège les juges de toute sanction disciplinaire de l’exécutif, les articles 79 à 80 fixent la composition, nomination et les conditions générales du mandat du juge. L’article 81<sup>238</sup> prévoit la mise en place d’un contrôle de constitutionnalité et l’article 82 fixe comme principe fondamental inclus au sein du « pouvoir judiciaire » l’exigence du caractère public des procès et jugements. En plus de cet étage constitutionnel se trouve la *saibanhou* ou Loi d’Organisation des Cours (ci après nommé LOC), entrée en vigueur le 3 mai 1947, jour de promulgation de la Constitution qui organise les différents tribunaux<sup>239</sup>.
132. La Cour suprême au sommet de l’ordre judiciaire prévu par ce Chapitre 6 dispose de l’ensemble du pouvoir judiciaire. Bien que la doctrine la considère désormais majoritairement plus comme une Cour Suprême que comme une Cour constitutionnelle, la pratique interne japonaise, qui a dû se saisir de la nouvelle Constitution, avait face à elle à opérer grand nombre de choix systémiques (choix entre système européen ou américain de contrôle de constitutionnalité ? litige concret ou abstrait ? contrôle incident ou diffus ? Tout en faisant face à des contraintes particulières (l’absence du gatekeeping fédéral, sur laquelle nous reviendrons en détail dans le titre 2).
133. Nous allons étudier la juridiction des cours japonaises et les garanties d’exercice du pouvoir judiciaire.

### **Section 1. La juridiction des cours**

### **Section 2. Les garanties du pouvoir judiciaire**

<sup>236</sup> Elle n’était auparavant que l’équivalent de la Cour de Cassation française juge aux affaires impériale et juridiction de dernier degré.

<sup>237</sup> Comprenant les règles de procédure et de jurisprudence, les questions relatives aux avocats, la discipline intérieure des tribunaux et l’administration des affaires judiciaires.

<sup>238</sup> Kenpō Chōsakai (Japan) et John M Maki, *Japan’s Commission on the Constitution, the final report*, 1980. Selon le Professeur Maki la création de cet article fut particulièrement compliquée car la version proposée par le gouvernement Mc Arthur prévoyait une Cour disposant du dernier mot sur les questions d’inconstitutionnalité des lois et actes officiels relatifs aux droits humains fondamentaux mais pour tous les autres lois et actes, la Diet se voyait accorder un pouvoir de contrôle des décisions de la Cour suprême et pouvait en annuler les décisions par un vote au deux-tiers de ses membres.

<sup>239</sup> En amont nous lui ajouterons l’article 32 de la Constitution qui prévoit le droit d’accès aux cours.

## SECTION 1 - LA JURIDICTION DES COURS (司法権の裁判所への帰属)

134. La clause de juridiction du juge japonais qui fixe la compétence du juge se trouve dans l'article 3 de la Loi d'organisation des cours (§1). Les premières décisions de la Cour Suprême ont interprété ces dispositions en faveur du litige concret. Ce critère d'inspiration américaine est applicable à la fois à l'exercice ordinaire du juge qu'à l'exercice de son pouvoir de constitutionnalité qu'elle a choisi de diffuser à l'ensemble des juges (§2).

## § 1 La clause de juridiction

135. La juridiction des cours est prévue par les articles 76.1 et 76.2 de la Constitution. La première disposition attribue le pouvoir judiciaire au juge, la seconde disposition exclut tout concurrent institutionnel. La loi d'organisation des Cours considérée selon les auteurs soit comme loi constitutionnelle soit comme simple loi, vient compléter ce dispositif.

a. Dispositions constitutionnelles

136. **L'article 76.1 de la Constitution** prévoit que « Le pouvoir judiciaire, dans son ensemble, est dévolu à une Cour suprême ainsi qu'à tout tribunal inférieur créé par la loi ». Une première lecture de l'alinéa 1 laisse entendre que tout le pouvoir judiciaire est confiée à la Cour suprême et que son champ d'action est donc particulièrement large. Son sens est complété par l'article 3 de la Loi d'Organisation des Cours, et a été restreint par la doctrine académique et jurisprudentielle.

137. **L'article 76.2 de la Constitution** prévoit qu' « il ne peut être créé de tribunal extraordinaire, et aucun organe ou service de l'exécutif ne peut être investi de l'exercice du pouvoir judiciaire en dernier ressort. ». Cet alinéa supprime les tribunaux d'exception de l'ère Meiji et les affaires administratives sont confiés au juge ordinaire. Unité de juridiction donc, néanmoins le droit administratif avec lequel certains juges ne sont pas familiers ne comporte que deux sections spéciales à Tokyo et Osaka et continue à être traité par un juge ordinaire unique mais dans des chambres dédiées et si le justiciable japonais dispose aujourd'hui d'un éventail d'action d'origine purement légales complet, le chemin fut long et tortueux en particulier en droit administratif (voir titre 2).

138. **L'article 77 de la Constitution** met entre les mains du juge le pouvoir réglementaire de déterminer le fonctionnement pratique des tribunaux prévoit que : » La Cour suprême jouit du pouvoir réglementaire, en vertu duquel elle détermine les règles de procédure et de jurisprudence, les questions relatives aux avocats, la discipline intérieure des tribunaux et l'administration des affaires judiciaires. Les procureurs publics relèvent du pouvoir réglementaire de la Cour suprême. La Cour suprême peut déléguer aux tribunaux inférieurs le pouvoir d'édicter des règlements destinés auxdits tribunaux. ». Dans quelle mesure le parlement peut-il déléguer un pouvoir réglementaire normalement dans les mains de l'exécutif ?<sup>240</sup>, Quelle position occupe ce pouvoir réglementaire par rapport à la loi ? Sans délégation législative le juge peut user de son pouvoir réglementaire, mais doit céder place aux matières prévues par le législateur la loi étant supérieur au règlement. La frontière est floue lorsque le pouvoir réglementaire concerne les domaines relatifs à l'organisation de la Cour suprême elle-même car la Cour est un organe constitutionnel d'une autorité supérieur à celle de la loi<sup>241</sup>.

<sup>240</sup> Itoh, supra note 56 à la p 42.-43

<sup>241</sup> Noda, supra note 78 aux pp 132-133.



139. **Pouvoir de contrôle de constitutionnalité.** L'article 81.1 de la Constitution prévoit « La Cour suprême est le tribunal de dernier ressort et l'article 81.2 qu'elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient ». La possibilité accordée à la Cour suprême de contrôler les actes du Parlement en forme d'un contrôle de l'inconstitutionnalité est un concept complètement exogène<sup>242</sup> si l'on compare avec la Constitution Meiji où la garantie des droits fondamentaux était du ressort de la loi<sup>243</sup>. Il fut un temps envisagé de confier au Parlement le pouvoir de surcontrôle des décisions de la Cour suprême n'impliquant pas les droits humains fondamentaux par un vote des deux tiers, mais cette possibilité fut supprimée dans les versions révisées du projet de Constitution<sup>244</sup>.
140. **La Constitution, norme suprême.** L'article 98 de la Constitution prévoit que « La présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. Les traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés. » Le premier paragraphe prévoit la gestion du passé, les anciennes normes de l'ère Meiji qui continuent à être valable tant qu'elles ne sont pas contraires à la Constitution<sup>245</sup>. Nous pensons à l'ancien Code civil, mais aussi les polémiques ordres émis par les autorités d'occupation sur lesquels nous reviendrons. Le second paragraphe marque l'ancrage du Japon dans le futur, et vers l'extérieur : les autorités japonaises souhaitaient véritablement respecter le droit international.

b. **Dispositions quasi-constitutionnelles de la Loi d'organisation des cours**

141. La loi d'organisation des cours a été voté le 16 avril 1947<sup>246</sup> et est entrée en vigueur 3 mai 1947 jour de promulgation de la Constitution. Elle est divisée en 7 parties : dispositions générales, la Cour Suprême, les autres cours en quatre chapitres (Haute Cour, Cour de district, Cour familiale, Cour sommaire), les fonctions officielles attachées aux cours (juges, autres officiers que les juges, et élèves juges ou avocats), la conduite des procédures judiciaires (notamment la délibération et l'assistance juridique), l'administration judiciaire et ⑦ les dépenses des cours. Son article 3 soulève d'important débats doctrinaux sur lesquels nous reviendrons dans toute cette partie.
142. **L'article 3 de la Loi d'organisation des Cours : contentieux subjectif et objectif.** L'article 3 de la LOC entre « litige juridique » et « autres pouvoirs inscrits dans la loi » qui concernent respectivement le contentieux subjectif et objectif et qui sont de pures constructions doctrinales :

« Les Cours ont l'autorité, sauf si spécifiquement stipulé par la Constitution, de statuer sur l'ensemble des litiges juridiques (法律上の争訟), et disposent d'autres pouvoirs inscrits dans la loi. (2) Les dispositions de l'article précédent n'empêchent pas la tenue d'un procès préliminaire par les organes administratifs. (3) Les dispositions de cet Acte n'empêchent la mise en place séparée et par la loi, d'un système de jury pour les affaires criminelles. »

<sup>242</sup> 松井茂記 (MATSUI Shigenori), « A comment upon the role of judiciary in Japan » 35 Osaka University Law Review p.17-28.

<sup>243</sup> Norikazu Kawagishi, « The birth of judicial review in Japan » (2007) 5:2 Int J Constitutional Law 308-331, DOI : 10.1093/icon/mom011.

<sup>244</sup> Kenpō Chōsakai (Japan) et Maki, *supra* note 248 à la p 158.

<sup>245</sup> *Ibid* à la p 179.

<sup>246</sup> Acte n°59 du 16/04/1947

143. L'article 13 rattache à la Cour Suprême un secrétariat général composé de clercs de justice au rôle extrêmement important. Ce ne sont pas comme aux États-Unis de jeunes étudiants diplômés, ce sont d'ancien juges d'expérience, une 30 qui travaillent pour l'ensemble des 15 juges de la Cour suprême. Ils conduisent les travaux préparatoires : précédents, théories, construit le dossier et présente des conclusions, des explications de décisions qui sont considérées comme d'autorité. Le juge Sonobe déclarait à cet égard qu'il est normal que les juges du fond suivent les décisions de la Cour suprême car c'est à travers eux elle qui dispose du plus de moyen et qu'il est inutile pour les professeurs de droit administratif de chercher à influencer la Cour suprême par des livres, articles ou débats : les grandes décisions sont décidées par les juges de la Cour suprême et leurs clercs. L'ensemble des décisions de la Cour suprême relatives à l'expression « l'ensemble des litiges juridiques » qui suivront la mise en place de cette loi a été résumé dans une notice explicative de ce secrétariat :

**Notice d'interprétation du secrétariat général auprès de la Cour Suprême**<sup>247</sup> : ① « un conflit<sup>248</sup> relatif à des droits et obligations spécifiques , ou la présence ou l'absence de relation juridique entre les parties (incluant la présence ou l'absence d'une autorité punitive) », et ③ « qui doit être résolu en application de la loi<sup>249</sup> ». ④ « De plus le connecteur logique « de tous » dans « de tous les litiges » doit être compris comme : « Les litiges au civil c.-à-d. relatifs aux relations de droit privé, (note : des litiges) criminels c.-à-d. des autres conflits relatifs à la présence ou l'absence d'autorité punitive, et en matière administrative, comme incluant les requêtes en révocation d'une mesure de contrainte administrative. »<sup>250</sup>

144. **Compétence ordinaire, spéciale, déléguée.** Le reste de la Loi est plus technique et moins soumis à débat. Il faut néanmoins garder à l'esprit que la Cour suprême a deux fonctions différentes : elle est le tribunal de *dernier ressort en contentieux ordinaire* ou *constitutionnel* (voir §2 pour l'interprétation de l'article 81). Elle est composée d'un président et de 14 autres juges, divisée en 3 petite chambre de 5 juges qui traitent de la majorité du contentieux ordinaire. Le quorum est de 3 juges. Si l'appel contient un problème matériel d'interprétation constitutionnelle, l'Assemblée plénière se réunit. Le quorum est alors de 9 juges. Les 8 Hautes-Cours ont compétence ordinaire sur les affaires administratives relatives aux élections, à l'insurrection, au mandamus et aux pétitions d'Habeas Corpus<sup>251</sup> (article 17 de la LOC). Elles sont composées de 3 à 5 juges (article 18.2 de la LOC). La Cour de district est le juge de premier degré. Il y en a 50 répartie sur le territoire japonais, composées de 1 à 3 juges, et elles ont compétence juridictionnelle général en contentieux civil administratif et pénal (articles 24 et 25 de la LOC). Les affaires civiles et pénale de faible importance sont transférée aux Cours sommaires, il s'agit donc d'une compétence déléguée revenant normalement aux Cours de district. Cette « faible importance » est fixée par un palier économique qui a tendance à être relevé<sup>252</sup>. Les problèmes domestiques et de l'enfance sont du ressort des tribunaux familiaux. La Haute-Cour de Tokyo dispose d'une compétence

<sup>247</sup> Secretariat of the Supreme Court, Public Administration Bureau, « Court Law Journal Explanatory », vol.1, 1967 年に刊行された最高裁判所事務総局総務局裁判所法逐条解説上巻, voir aussi 平成 16 年 (行ウ) 第 372 号 住基ネット受信義務確認等請求事件 直送済 原告 杉 並 区 被告 東京都外 1 名 準備書面 平成 17 年 2 月 23 日 東京地方裁判所民事第 38 部合 A 係 御中 page 5

<sup>248</sup> , - elle n'utilise d'ailleurs pas dans sa définition pas le terme 争訟 (litige, querelle) mais le terme 紛争 (conflit) –

<sup>249</sup> Pour les lecteurs japonais : « 当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否(刑罰権の存否をふくむ)に関する紛争であって、法律の適用により終局的に解決しうべきものをいう ».

<sup>250</sup> Idem : « 民事すなわち私法関係に関する争訟、刑事すなわち刑罰権の存否に関する争訟のほか、行政事件すなわち行政処分取消し等を求める訴や公法上の法律関係を目的とする訴訟等をも含む趣旨 ».

<sup>251</sup> Meryll Dean, *Japanese legal system: text, cases & materials*, London, Cavendish, 2002 à la p 352.

<sup>252</sup> Jusqu'à 1.4 million de yens au civil, et relatives à des amendes au pénal, le palier était de 900.000 yens en 2000. Cette compétence spéciale s'apparente donc bien souvent à une compétence ordinaire.

spéciale pour les demandes administratives relative aux décisions de la Commission du Commerce Equitable.

c. **Dispositions législatives**

145. La clause de juridiction de l'article 76.1 est ensuite complétée les Codes de procédure civile (CPC), pénale (CPP) et l'acte de contentieux administratif (ACA) qui mettent en place les voies d'action, d'appel et leurs conditions. Il existe aujourd'hui 9 voies d'actions subjectives, c'est-à-dire qui correspondent au critère du litige concret présenté ci-dessus : 3 grandes voies de droit au civil, 6 voies d'action spécifiquement administratives<sup>253</sup>. Ces voies de droit partagent des conditions procédurales subjectives importées des États-Unis (intérêt à agir, admissibilité des parties) et objectives (délais de préclusion, forclusion). La demande administrative est évaluée plus strictement : la nature de l'acte administratif – le *shobunsei* – est une condition subjective supplémentaire et dépend d'un corpus doctrinal d'inspiration allemande du 19<sup>ème</sup>. L'évaluation de la partie défenderesse est également considérée comme une condition procédurale objective. En 1962 et 2004 plusieurs voies de droits objectives ont également été introduites : le droit administratif présente une double nature de contentieux subjectif très strict et objectif très lâche. Ces voies de droits et leur conditions procédurales sont étudiées au titre 2 de cette partie.

146. Le juge rend 3 types de décisions au sens large : il prononce un jugement définitif (*hanketsu* 判決) lorsqu'il y a eu une audition. Il prononce un jugement avant dire le droit (*kettei* 決定) en l'absence d'audition, pour régler les litiges procéduraux ou prendre une mesure provisoire relative à la qualification du juge ou la conduite du procès. Le juge, souvent le président de cour peut enfin prononcer une ordonnance (*meirei* 命令) au regard de la procédure en audience : durée de l'argumentation orale ou absence d'une des parties.

147. On peut faire un appel *koso* ou *Kōkoku* des décisions rendues en première instance, et un « appel sur appel » le *jōkoku*. L'appel se nomme *koso* (控訴) s'il concerne la qualification des faits d'une *hanketsu*, ou *kōkoku* (抗告) s'il concerne les points de procédure soulevés par un *kettei* ou un *meirei*. Le *jōkoku* (上告) concerne *hanketsu* ou *kettei* de seconde instance. Il est impossible de faire appel des décisions pour lesquelles le juge à totale discrétion : séparation, consolidation et résomption des arguments<sup>254</sup>, refus d'examen de pièces au dossier.<sup>255</sup> On ne peut renoncer à son droit à faire appel simplement choisir de ne pas l'exercer. Les cours de districts acceptent les appel *koso* des cours sommaires. Les Hautes-Cours acceptent en matière civile les appels *jōkoku* contre le jugement définitif d'une cour de district ou le jugement avant dire le droit d'une cour sommaire, et en matière criminelle les appels *kōso* ou *kōkoku* des cours sommaires, de district ou familiales<sup>256</sup>. La Cour suprême traite en général des appels *jōkoku*.

<sup>253</sup> Objection (*Kōkoku soshō* 抗告訴訟) : la demande en déclaration de nullité (*Mukō-tō kakunin no uttae* 無効等確認の訴え), la demande en déclaration en illégalité pour inaction (*Fusakui no ihō kakunin no uttae* 不作為の違法確認の訴え), la demande en injonction à ne pas agir (*Sashidome no uttae* 差止めの訴え), la demande en annulation (*Torikeshi soshō* 取消訴訟), la demande en obligation d'agir (*Gimudzuke no uttae* 義務付けの訴え). Il existe également la demande subjective en indemnisation d'Etat (*Songai baishō seikyū* 損害賠償請求), et la demande objective de compensation d'Etat (*Sonshitsu hoshō seikyū* 損失補償請求).

<sup>254</sup> CPC art. 152, 153.

<sup>255</sup> CPC art. 220.

<sup>256</sup> CPC art. 281, LOC art. 3, 16-1, 24

- Les appels koso. L'analyse est *de novo*, le juge reprend l'analyse des faits et applique la loi indépendamment des qualifications choisies par la Cour. La période d'appel est de deux semaines sauf catastrophes naturelles<sup>257</sup>, et la demande est adressée par lettre à la cour d'appel concernée. Un délai de 50 jours est accordé pour préciser les raisons de l'appel, mais ce n'est pas une cause de rejet : en leur absence les débats se baseront sur le jugement de première instance<sup>258</sup>. L'appel peut être retiré jusqu'à la date de rendu de décision d'appel, et l'appelant pourra récupérer la moitié des frais de procédure<sup>259</sup>. Au pénal accusé, son avocat, son curateur ou procureur peuvent faire appel.<sup>260</sup> Les raisons de l'appel pénal sont limitées.<sup>261</sup>
- Les appels kōkoku. L'analyse est liée par les faits qualifiés en première instance. La Haute-Cour gère en général ces appels. Ils sont multiples : l'appel régulier est sans suspension d'exécution (*tsūjō kōkoku* 通常抗告)<sup>262</sup>, en cas d'urgence il est avec suspension d'exécution (*sokuji kōkoku* 即時抗告)<sup>263</sup>. L'appel après décisions d'appel (*sai kōkoku* 再抗告) est interdit au pénal et limité en cas de violation de la loi montrant clairement une violation de la loi ou de la Constitution<sup>264</sup>. Il existe également l'appel sur autorisation (*kyōka kōkoku* 許可抗告)<sup>265</sup>, l'appel spécial (*tokubetsu kōkoku* 特別抗告) rendu uniquement par la Cour suprême<sup>266</sup> lorsqu'il est question de mauvaise interprétation de la constitution ou d'« incohérence constitutionnelle ». Les conditions formelles de ce dernier sont plus souples que pour les kōkoku réguliers, mais ils sont rares. Enfin il existe un quasi-appel en procédure criminelle sur l'exécution de la peine (*jun kōkoku* 準抗告).
- Les appels jōkoku (second appel). On peut ensuite saisir la Cour suprême en tant que *juge d'appel final* (article 7 de la LOC)<sup>267</sup>. Par principe au pénal on soumet une demande écrite contre un jugement définitif ou avant de dire le droit. Les cas d'ouverture sont principalement ceux relatifs à un viol de la Constitution. (Art. 405 du CPP)<sup>268</sup>. En matière civile et administrative on peut saisir la Cour suprême s'il y a une violation de la Constitution, ou un conflit matériel entre les lois et règlements et la procédure suivie par les juges du fond (art. 312 CPC)<sup>269</sup>.

148. Plusieurs changements sont intervenus pour fluidifier l'accès au juge. En 1996 « les décisions contraires aux précédents » ont été exclues des cas d'ouverture au civil, et depuis 1998 la procédure de pétition (上告受理の申立て)<sup>270</sup> permet au pénal et au civil de saisir la

<sup>257</sup> CPC art. 285, CPP 373.

<sup>258</sup> CPC art. 182, motifs de rejet art. 316.

<sup>259</sup> Acte des frais de procédure civile art. 9

<sup>260</sup> CPC art. 351, 353, 355.

<sup>261</sup> CPP art. 384.

<sup>262</sup> CPC art. 328, CPP art. 419

<sup>263</sup> CPC art.332, CPP art.422

<sup>264</sup> CPP art.427, CPC art.330,331,337, LOC art.7

<sup>265</sup> CPC art.337.

<sup>266</sup> CPC art. 336, CPP art. 419-2, 433

<sup>267</sup> Les Hautes cours peuvent parfois intervenir en juge de second appel des décisions des Cour de district rendues en appel sur les décisions de cour sommaires.

<sup>268</sup> ⚡ violation ou mauvaise interprétation de la constitution ⚡ décision contraire à un précédent de la Cour suprême, ou ⚡ en l'absence de jurisprudence de la Cour suprême, contraire à la décision d'un jugement final rendu sous l'ère Meiji.

<sup>269</sup> ⚡ violation ou mauvaise interprétation de la constitution, ⚡ erreur de droit, ⚡ un juge disqualifié à pris part au jugement, ⚡ le viol d'une disposition relative à la clause de compétence exclusive, ⚡ problème de qualification des parties ou de leur représentants, ⚡ viol de l'obligation de débat public, ⚡ jugement sans motivation ou incohérent, ⚡ en cas de saisie de la Haute-Cour en cas violation grave des lois et ordonnances affectant clairement la décision.

<sup>270</sup> CPC art. 318, CPP art. 406

Cour suprême en cas de problème important relatif à l'interprétation des lois et règlements (art.406 du CPP)<sup>271</sup>.

149. **Compétence de la Cour suprême.** La Cour suprême est en général le juge de second appel mais peut être parfois un juge de premier appel dans les cas les plus graves et au civil s'il y a accord des parties. Elle examine le droit et ne réexamine pas les faits. Elle se base sur les rapports des juges du fond. S'il n'y a pas de fondement à la demande elle peut rejeter la demande sans audience sous forme donc de *kettei*. Dans le cas contraire elle écoute les arguments de parties et rend un *hanketsu*. On peut saisir la Cour suprême : ① d'appels contre les décisions en première ou seconde instance d'une Haute-Cour, ② d'appel direct d'une décision de première instance civil d'une Cour de district, familiale, ou pénale des cours sommaire ③ d'un appel spécial transférant une affaire normalement dévolue aux Hautes-Cours, ④ d'appels spéciaux des décisions de 3<sup>ème</sup> instances des Hautes Cours ⑤ d'appels extraordinaires soumis par le Procureur général en matière pénale.<sup>272</sup> Ce qui va nous intéresser plus particulièrement est le recours visant à obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité d'un statut et la manière dont la Cour suprême a interprété les dispositions de la Constitution.

## § 2 Les grands choix de la Cour suprême japonaise

### a. Pendant l'occupation américaine

150. **L'affaire Yazu (食糧管理法違反) et le choix du contrôle diffus.** La Cour jugea le 8 juillet 1948 dans l'affaire Shimizu concernant le vol de courrier que les actes judiciaires, dont les décisions de justice, sont soumises au contrôle du juge, mais que "elle n'a pas le pouvoir de déterminer la constitutionnalité des loi et ordonnances dans l'abstrait sans référence à une affaire concrète et actuelle ». Elle refusa donc de procéder à un contrôle abstrait<sup>273</sup>. Elle clarifia en formation plénière le 1<sup>er</sup> février 1950 dans l'affaire *Yazu*<sup>274</sup> les contours de son obligation judiciaire en analysant le triptyque obligation de respect de la Constitution (article 76.3 de la Constitution)<sup>275</sup>, possibilité de contrôle constitutionnel (article 81 de la Constitution)<sup>276</sup>, et suprématie de la Constitution (article 98 de la Constitution)<sup>277</sup>. Elle opta pour un contrôle de Constitutionnalité diffus en jugeant que l'article 81 de la Constitution n'interdit nullement la compétence du contrôle de la constitutionnalité aux cours et tribunaux

<sup>271</sup> Article 406 du CPP « The Supreme Court, as the final appellate instance, may accept a case that is deemed to involve important matters relating to the interpretation of laws and regulations pursuant to the Rules of Court, only before the judgment on the case has become final and binding, even if it is not a case in which a final appeal may be filed pursuant to the preceding Article. »

<sup>272</sup> Article 311 « (1) A final appeal may be filed with the Supreme Court against a final judgment that the high court enters as the court of second instance or as the court of first instance or may be filed with the high court against a final judgment that the district court enters as the court of second instance. (2) In the case as referred to in the proviso to Article 281, paragraph (1), a final appeal may be filed directly with the Supreme Court against a district court judgment and may be filed directly with a high court against a summary court judgment. »

<sup>273</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 7 juillet 1948, *Shimizu ou vol de courrier* (清水局事件), Keishu, Vol. 2, n°8, p.801, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56406](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56406), 1947 (Re) 188, 判決 / 棄却. «it has no power to determine the constitutionality of the law and ordinances in abstract terms with no reference to the concrete and actual cases involving the issue. » voir Hideo Chikusa, Japanese Supreme Court - Its Institution and Background, 52 SMU L. Rev. 1719 (1999), p.1729.

<sup>274</sup> Cour suprême, assemblée plénière, 1 février 1950, *Yazu* (食糧管理法違反事件), Keishu, Vol.4, n°2 p.73, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56495](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56495), 48 (Re) 141, 判決 / 棄却.

<sup>275</sup> Pour rappel : « Tous les juges se prononcent librement en leur âme et conscience et sont tenus d'observer exclusivement la Constitution et les lois »

<sup>276</sup> Pour rappel : « La Cour suprême est le tribunal de dernier ressort ; elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient. »

<sup>277</sup> Pour rappel : « La présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. »

inférieurs, il signifie « simplement » que l'on peut aller jusqu'à elle<sup>278</sup>. Reprenant les termes de l'article 98 elle énonça que : « La présente Constitution est la loi suprême (*saikō hōki* 最高法規) du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité<sup>279</sup> ». Et de continuer : « Tout juge est requis et habilité par la Constitution d'apprécier la constitutionnalité des lois, lorsqu'il doit les appliquer à un litige concret. La chose n'est pas vraie seulement des juges du Tribunal suprême, mais s'impose aux juges des tribunaux inférieurs. L'article 81 de la Constitution précise que le Tribunal suprême est la juridiction compétente en dernier ressort pour apprécier la constitutionnalité des lois ; cela n'empêche pas que les tribunaux inférieurs se voient investis de cette compétence ».<sup>280</sup>

151. **L'affaire Réserve Nationale de Police (警察予備隊違憲訴訟)**<sup>281</sup>. Bien que l'on puisse toujours conceptuellement étudier si un contrôle simple abstrait ou concret voire double est souhaitable et possible,<sup>282</sup> le débat fut tranché le 8 octobre 1952 en faveur du litige concret dans la célèbre<sup>283</sup> affaire *Réserve Nationale de Police*, aussi nommé affaire *Suzuki*. En 1951 le gouvernement mis en place à la demande des forces américaines une garde civile armée d'armes légères (Force d'Auto-Défense)<sup>284</sup>. Le parti socialiste représenté par Masaburou Suzuki s'y opposa fermement, considérant que cette force était contraire à l'article 9 de la

<sup>278</sup> Noda, supra note 78 à la p 128; Higuchi, supra note 123 à la p 16; 松井茂記 (MATSUI Shigenori), supra note 252 à la p 181; Higuchi, supra note 23 à la p 22.

<sup>279</sup> Elle omet dans cet obiter dictum : « Les traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés. »

<sup>280</sup> Traduction de Noda, op. cit. note n° 2 de bas de page 128.

<sup>281</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 8 octobre 1952, *Suzuki contre Japon ou Affaire concernant la Réserve de Police Nationale*, (警察予備隊事件), Minshu, Vol.6, n°9, p.783, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=4](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=4), 1952 (Ma) 23, 判決 / 棄却. Composition : TANAKA Kotaro, SHIMOYAMA Seiichi, INOUE Nobori, KURIYAMA Shigeru, MANO Tsuyoshi, KOTANI Katsushige, SHIMA Tamotsu, SAITO Yusuke, FUJITA Hachiro, IWAMATSU Saburo, KAWAMURA Matasuke, TANIMURA Tadaichiro, MOTOMURA Zentarō. : « Le plaignant affirme que la Cour Suprême, tout en ayant le caractère d'une cour judiciaire présente également un caractère additionnel dans l'exercice d'une autorité spéciale extrajudiciaire qui n'est ni législative, ni exécutive en nature consistant à pouvoir déterminer, en tant que Cour de premier et dernier ressort, la constitutionnalité d'une loi, réglementation ou acte officiel de manière abstraite, en l'absence de tout problème juridique concret. [1] Lorsque nous examinons les institutions correspondantes d'autres pays, il est vrai que, en plus des pays où le pouvoir de review des questions de constitutionnalité est investi dans les cours judiciaires, il y a d'autres pays où ce n'est pas le cas et où, à la place, un organe spécial établi pour ce but a été habilité pour prendre des décisions générales et abstraites concernant la constitutionnalité des lois, ordres et affaires, et de les rendre nuls et non avenue, peu importe l'existence d'un litige juridique concret. Toutefois, l'autorité qui a été investie dans nos cours sous le système actuellement en vigueur consiste dans l'autorité à exercer le pouvoir judiciaire, et pour que ce pouvoir judiciaire puisse être invoqué, un litige juridique concret doit être présenté à la Cour. Nos cours ne peuvent exercer un pouvoir où, dans l'absence d'un tel litige juridique concret, elles rendraient un jugement abstrait anticipant le futur et relatif à des problèmes douteux ou controversés concernant l'interprétation de la Constitution, des Lois, Ordres... [Actuellement, la Cour Suprême possède le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, ordres et assimilés, mais cette autorité ne peut être exercée que dans les limites du pouvoir judiciaire ; sur ce point la Cour Suprême n'est pas différente des juges du fond (art. 76 de la constitution ). Le plaignant base ses demandes sur l'article 81 de la Constitution ; toutefois l'article 81 qui stipule que la Cour Suprême est la cour de dernier ressort pour les cas impliquant la Constitution, ne permet pas l'inférence que la Cour a un pouvoir spécifique de contrôler la constitutionnalité de manière abstraite, ni quelle dispose d'une juridiction exclusive (c'est-à-dire, une juridiction comme cour de première et dernière instance) sur de telles affaires. L'argument du plaignant concernant les qualifications spéciales requises au juge de la cour suprême fait référence au but de l'article 41 paragraphe 1 de la loi sur l'organisation des cours. Toutefois, ces exigences se rapportent au fait que la Cour Suprême porte la grave responsabilité de décider de problèmes importants, comme les questions de constitutionnalité, comme cour de dernier ressort. »

<sup>282</sup> Ces positions opposées sont conceptuellement envisageables selon l'interprétation que l'on se fait des dispositions combinées de l'article 76 et 81. Les deux propositions que de l'article 81 que sont [tribunal de dernier ressort] et [disposant du pouvoir de statuer sur la constitutionnalité] peuvent ainsi être comprises comme premièrement, la cour est un tribunal de dernier ressort et donc judiciaire et un tribunal disposant du pouvoir de contrôler la constitutionnalité et donc constitutionnel, ces deux qualités se présentant à un même niveau sans être exclusives l'une de l'autre. Deuxièmement la cour est un tribunal judiciaire disposant du pouvoir de contrôler la constitutionnalité et que cette qualité de tribunal judiciaire exclue celle de tribunal constitutionnel à part entière.

<sup>283</sup> Matsui, supra note 100 à la p 141; Japan, Saikō Saibansho et Maki, supra note 60 à la p 362; Noda, supra note 78 à la p 129; Higuchi, supra note 123 à la p 16;

Fukase, supra note 107 à la p 377; Tadakazu Fukase, « De quelques aspects particuliers et universels de la paix constitutionnelle japonaise » (1978) 30:4 Revue internationale de droit comparé 987-1008 à la p 1000, DOI : 10.3406/ridc.1978.18363.

<sup>284</sup> Itoh, supra note 56 à la p 44.

Constitution qui prévoit une clause de pacifisme. Il enjoint à la Cour de se reconnaître un pouvoir de contrôle abstrait afin de censurer les actes futurs<sup>285</sup> du gouvernement qui organiseraient le déploiement la FAD<sup>286</sup>. Selon leur interprétation, l'article 81 de la Constitution du Japon donnait à la Cour le double rôle de cour judiciaire et de cour constitutionnelle et elle pouvait selon eux accepter une affaire sans « *cases or controversies* »<sup>287</sup>. La Cour rejeta cette demande à l'unanimité en refusant de considérer que le fait d'être une Cour de dernier ressort (art.81 de la Constitution) permettait de s'attribuer par inférence un pouvoir de contrôle dans l'abstrait de litiges abstraits :

« Si la cour avait autorité pour déclarer les lois, ordres et assimilés invalides de **manière abstraite** comme le plaignant le demande, alors, puisque **n'importe qui pourrait soulever un problème de constitutionnalité devant la Cour**, la validité des lois, ordres et équivalents seraient fréquemment contestés, et la Cour prendrait le risque d'apparaître comme **un organe supérieur à tous les autres**, allant ainsi à l'encontre du principe fondamental de gouvernement (sic), nommément, que les trois pouvoirs (que sont judiciaire, législatif et exécutif) sont indépendants, et que l'équilibre devrait être maintenu entre eux, et qu'ils devraient être protégés de l'interférence des uns sur les autres.

A. En résumé, dans le système actuel, la décision d'une Cour ne peut être obtenue que lorsqu'il existe **une dispute concrète entre des parties spécifiques**. Il n'y a pas de base que ce soit dans la Constitution, les lois, les statuts pour appuyer le point de vue que les cours disposent de l'autorité pour déterminer la constitutionnalité des lois, ordres et assimilés, **dans l'abstrait et en l'absence d'une affaire concrète**. La Cour n'est pas capable de mener à bien une telle autorisation, car les décisions abstraites, relatives à des doutes sur le litige en anticipation du futur d'incident spécifique, ne sont pas portées (devant nous) **en vue d'interpréter la constitution ou d'autres instructions légales**. C. Bien que la Cour Suprême a le droit de procéder à un jugement de l'inconstitutionnalité des lois etc.... cette autorité est exercé dans le cadre du pouvoir judiciaire, et à cet égard il n'y a pas de différence entre la Cour Suprême et les juges du fond. »

152. Avec la décision *Yazu* la Cour a donc fait le choix du contrôle incident du **litige concret** relatif à des droits et obligations, entre partie spécifique, que le juge peut définitivement résoudre en application de la loi.

#### b. La période de transition

153. **L'accès au statut de Loi suprême pour la Constitution**<sup>288</sup>. La période d'occupation se termina à la signature du traité de San-Francisco le 8 avril 1952. Pendant celle-ci les ordres émis par les autorités américaine avaient une valeur supérieure à la Constitution. La Cour suprême rejeta le 2 avril 1952 la demande visant à reconnaître inconstitutionnel la Purge Rouge<sup>289</sup>, un ensemble d'ordres autorisant les ultra-nationalistes à réintégrer leurs postes dans les administrations et entreprises tout en excluant les sympathisants communistes. Les ordres (décrets) pris pendant la période d'occupation restèrent supérieurs à la Constitution jusqu'à leur révocation par le Parlement. L'ordre impérial 542 permettait au gouvernement d'émettre des ordres pour punir pénalement la violation des autres ordres pris en vu d'implanter la politique des autorités américaines. Il édicta sur cette base l'ordre gouvernemental 325 pour punir toute conduite (sans en définir précisément le champ) contraires à la mise en place de la politique des autorités d'occupations. La Cour Suprême

<sup>285</sup> (une liste non exhaustive est alors présentée par lui et reprise en partie par le juge)

<sup>286</sup> “昭和二六年四月一日以降被告がなした警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効であることの確認” p.221

<sup>287</sup> Matsui, supra note 100 à la p 140.

<sup>288</sup> *Ibid* à la p 27.

<sup>289</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 aux pp 140-141.

en assemblée plénière jugea le 8 avril 1953<sup>290</sup> ces ordres constitutionnels, bien que résultant d'une procédure de délégation critiquable. Puis, la fin de l'occupation approchant, le Parlement révoqua les ordres 542 et 325 tout en accordant un délai de validité 180 jours pour les ordres émanant du premier, et votant un statut autorisant les poursuites des comportements répréhensibles ayant eu lieu pendant l'occupation pour le second. La majorité de la Cour déclara le 22 juillet 1953 constitutionnel dans l'affaire *Sakagami*<sup>291</sup> un ordre en vertu duquel le gouvernement avait interdit la publication du journal communiste mais annula les poursuites. La minorité jugea l'ordre lui-même inconstitutionnel à compter de l'entrée en vigueur du plein effet de l'article 21 de la Constitution<sup>292</sup>. Pour le juge Kobayashi Shunzo :

« Le fait que la souveraineté de notre pays ait été restaurée et que notre Constitution est à présent appliquée dans sa pleine mesure n'a pas de signification spéciale dans le cas présent. Il est inutile de préciser que notre pays à désormais regagné son indépendance comme Etat constitutionnel et s'est réapproprié son pouvoir de légiférer ses propres lois, ainsi que d'interpréter et d'appliquer ses propres lois d'un point de vue indépendant, se débarrassant de toutes les contraintes imposées sur elle pendant la période d'occupation. Nous sommes de retour à la position naturelle et inhérente où nous pouvons examiner indépendamment toutes ces lois et ordonnances au regard des dispositions de notre Constitution. Nous sommes en fait sous l'obligation de conduire ces examens ».

154. **L'affaire du rescrit impérial sur l'éducation** (教育勅語事件). L'article 98.2 de la Constitution prévoit qu'« aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. » Le préambule de la Constitution prévoit également au nom du Peuple que « Nous rejetons et déclarons nuls et nonavenus toutes autres constitutions, lois, ordonnances et rescrits impériaux y contrevenant. ». Le Parlement vota le 19 juin 1947 une résolution confirmant la révocation du rescrit impérial sur l'éducation du 30 octobre 1890 à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Dans *l'affaire du rescrit impérial*<sup>293</sup>, le demandeur estima que cette résolution assimilant le rescrit impérial aux « édits impériaux » prohibé était contraire à ses droits fondamentaux et lui avait causé de significatifs dommages tangibles et intangibles<sup>294</sup>. En faisant référence à sa jurisprudence Suzuki, la 3<sup>ème</sup> chambre de la Cour Suprême<sup>295</sup> rappela le 17 novembre 1953 que dans le système actuel, la décision d'une Cour ne peut être obtenue que lorsqu'il existe une dispute concrète entre des parties spécifiques. Et de continuer en établissant un lien formel avec l'article 3 de la Loi d'Organisation des Cours :

« En d'autres termes les tribunaux de notre pays ont l'autorité de juger toutes les disputes légales sauf lorsqu'il y a des dispositions spéciales dans la Constitution (Article 3 de la LOC), mais **un litige juridique qui est un litige concernant les droits et obligations spécifiques entre les parties concernées, ou l'existence ou la non existence d'une relation juridique (entre ces parties) et qui doit pouvoir être finalement résolu en application du droit**<sup>296</sup>. Toutefois, il apparaît que la demande est

<sup>290</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 8 avril 1953, Violation du décret n°201 (昭和二三年政令第二〇一号違反), Keishu, Vol.7, n°4, p.775, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=54347](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=54347), 1948(Re)685, 判決 / 棄却.

<sup>291</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 22 juillet 1953, *Sakagami ou Arrêt sur le cas de validité de l'ordonnance no 325 de 1950* (昭和二五年政令第三二五号違反), Keishu Vol.7, n°7, p.1562, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=5](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=5), 1952 (A) 2868, 判決, その他.

<sup>292</sup> Fukase, supra note 107 à la p 381.

<sup>293</sup> Cour Suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, 17 novembre 1953, *Rescrit impérial sur l'éducation* (教育勅語合憲確認訴訟), Keishu, Vol.10, p.455, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=76503](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=76503), 1952 (O) 303, 判決 / 棄却.

<sup>294</sup> Original : « このような決議は、教育勅語等の性質からいつて、決議自体憲法に違反するものであり、上告人はこれがため基本的人権を侵害されその生命にも拘わるべき著しき有形無形の損害を受けたという趣旨に帰するものと解せられる。 »

<sup>295</sup> Composition : NOBORU Inoue, ISA Mori, KOSUKE Kawamura, SHUNZO Kobayashi, YOSHITARO Motomura

<sup>296</sup> Original : « わが国の裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが(裁判所法3条)、その法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関



fondée sur l'insatisfaction psychologique basée sur une opinion subjective ou émotion du plaignant. Il est impossible de reconnaître un droit ou une obligation spécifique du plaignant comme condition pour soumettre une demande au tribunal, ni une l'existence d'un litige relatif à l'existence d'une relation juridique.

---

係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要するのである。」

## SECTION 2 - LES GARANTIES DU POUVOIR JUDICIAIRE

155. L'exercice du pouvoir judiciaire par le juge nécessite l'indépendance des juges (articles 76.3, 78, 79.6, 80.2 de la Constitution) et le principe d'autonomie, qui concerne uniquement la Cour suprême (articles 77, 80.1 et 81.2 de la Constitution). Nous allons étudier ces garanties (§ 1), voir les opinions de la doctrine et des juges (§ 2), puis esquisserons une figure du juge japonais (§ 3).

### § 1 Dispositions constitutionnelles et législatives

156. Bien que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire ait été établi en pratique depuis l'affaire de Ôtsu en 1891, le juge exerçait au nom de l'empereur et était sous le contrôle du Ministère de la justice, ce qui influençait la manière dont les jugements étaient rendus. Le Professeur Noda rapporte ainsi le témoignage d'un ancien juge considérant que le fait que le portefeuille ministériel soit le plus souvent entre les mains de personnes venant du Parquet impliquait pour les juges qui souhaitaient de l'avancement de se soucier de la réaction du ministère public : ils se contentaient de privilégier l'application de la loi à la protection des droits<sup>297</sup>. Dans la Constitution de 1947 le bon exercice de ce principe doit être assuré par certaines garanties contre l'influence de l'exécutif alors jugé néfaste au sortir de la guerre, alors que le législateur est vu comme le protecteur et disposant en dernier lieu d'un droit de regard sur le juge.

#### a. Indépendance, nomination et fin ordinaire du mandat du juge

157. L'article **79** de la Constitution prévoit que : « La Cour suprême se compose d'un président et de juges, en nombre déterminé par la loi ; ces juges, exception faite du président, sont nommés par le cabinet. La nomination des juges de la Cour suprême est ratifiée par le peuple lors des premières élections générales des membres de la Chambre des représentants, suivant leur nomination ; elle est de nouveau soumise à ratification lors des premières élections générales des membres de la Chambre des représentants, à l'expiration d'une période de dix ans, et ainsi de suite. Dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, si la majorité des votants se prononce pour le renvoi d'un juge, celui-ci est révoqué. Les questions sujettes à ratification sont fixées par la loi ».

158. L'article **80.1** de la Constitution prévoit le rôle prépondérant de la Cour suprême dans la désignation des juges, ainsi : « Les juges des tribunaux inférieurs sont nommés par le cabinet sur une liste de personnes désignées par la Cour suprême. Tous les juges demeurent en fonction dix années, avec possibilité de renouvellement de leur mandat, sous réserve qu'ils soient mis à la retraite dès qu'ils atteignent l'âge fixé par la loi. » Pour éviter l'arbitraire dans la nomination des juges du fond depuis 2003 un panel composé 5 juges, procureurs et avocats et 6 universitaires filtre les candidatures.<sup>298</sup> Les juges sont représentants de certains corps. L'article 41 de la LOC prévoit que sont éligibles à la fonction de juge à la Cour suprême les président de Haute cour, les juges, les juges de cour sommaire, les procureurs, les avocats, les professeurs d'université. L'article 42 de la LOC prévoit qu'avant de devenir juge de plein exercice le juge doit avoir fait ses preuves 10 ans dans sa fonction précédente. Si l'on prend le cas d'un juge de carrière commençant en bas de l'échelle, le juge de plein exercice de cour sommaire aura fait ses preuves 3 ans comme juge assistant où il ne peut gérer seul des affaires, se voit parfois par exception accorder le droit de juger seul au bout de 5ans, avant de devenir

<sup>297</sup> Noda, supra note 78 aux pp 131-132.

<sup>298</sup> Matsui, supra note 100 à la p 126.

juge de plein exercice au bout de 10 ans<sup>299</sup>. L'article 50 de la LOC fixe l'âge légal départ à la retraite à 65 pour un juge ordinaire et 70 ans pour un juge de la Cour suprême.

159. **Indépendance du juge dans l'exercice de son mandat (裁判官の独立).** On l'envisagera sous ses aspects psychologiques puis économiques. L'*indépendance psychologique* est prévue par l'article **76.3** de la Constitution comme une *obligation* vis-à-vis de la Constitution et des lois : « Tous les juges se prononcent librement en leur âme et conscience et sont tenus d'observer exclusivement la Constitution et les lois. ». Nous pouvons également mentionner l'article **82** de la Constitution qui prévoit que : « Les procès se déroulent en public et les jugements sont également rendus publiquement. Lorsqu'un tribunal décide, à l'unanimité, que la publicité est dangereuse pour l'ordre public ou la morale, un procès peut se dérouler à huis clos ; toutefois, les procès à caractère politique, ceux impliquant la presse, ou ceux ayant trait aux droits civiques garantis par le chapitre III de la présente Constitution se déroulent toujours en audience publique. ». Face à l'exécutif, l'article **78** de la Constitution prévoit que : « Les juges ne peuvent être révoqués que par la voie de la mise en accusation publique, à moins qu'ils ne soient judiciairement déclarés mentalement ou physiquement incapables de s'acquitter de leurs fonctions officielles. Aucune action disciplinaire contre des juges ne peut être entreprise par un organe ou service dépendant de l'exécutif. ». Face au législatif l'article **79.5** prévoit que : « Les juges de la Cour suprême sont mis à la retraite lorsqu'ils atteignent l'âge limite fixé par la loi. ».

160. L'*indépendance économique* des juges est elle garantie par l'article **79.6** prévoit que : « tous les juges doivent recevoir, à intervalles réguliers déterminés, une indemnité adéquate qui ne peut être réduite durant leur mandat. », et l'article **80.2** que : « Les juges des tribunaux inférieurs perçoivent, à intervalles réguliers déterminés, une indemnité adéquate qui ne peut être réduite durant leur mandat. ». Ces dispositions sont complétées par l'article 48 de la LOC prévoit que : « Un juge ne sera pas démis ou transféré, ou suspendu de l'exercice de son travail, ou avoir son salaire réduit contre sa volonté, sauf au regard des dispositions légales relatives à la destitution publique ou au référendum national ou à moins, que le ou la juge soit déclarée mentalement ou physiquement incapable de poursuivre de ses devoirs en accord avec les dispositions de la loi applicable. » Cette loi est l'Acte disciplinaire du juge<sup>300</sup>.

#### b. Procédure disciplinaire

161. L'article **64** de la Constitution prévoit que : « La Diète peut créer un tribunal de mise en accusation parmi les membres des deux chambres, aux fins de juger les magistrats contre lesquels un procès de destitution a été intenté. Les problèmes relatifs à la mise en accusation sont réglés par la loi. ». Six juges ont ainsi été destitués<sup>301</sup>. Bien que l'article 21 de la Constitution prévoit qu'« Est garantie la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression. Il n'existe ni censure, ni violation du secret des moyens de communication. », l'activisme politique au sens large est interdit la LOC. L'article 52 de la LOC prévoit ainsi l'interdiction pour le juge de s'engager activement dans la vie politique.

<sup>299</sup> *Ibid* à la p 125.

<sup>300</sup> *Ibid* à la p 126 ; Shimon Shetreet et Jules Deschênes, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985 à la p 218.

<sup>301</sup> *Ibid* à la page 126.

## § 2 Points de vue de la doctrine et du juge

162. La question de l'indépendance du juge japonais emporte des points de vue radicalement opposés chez les spécialistes anglo-américains. Pour Ramseyer, Rosenbluth et Rasmussen<sup>302</sup>, l'analyse économétrique prouve que le juge est influencé par le pouvoir politique ; pour John O. Haley<sup>303</sup> les juges japonais aujourd'hui sont parmi les plus honnêtes, politiquement indépendant et professionnellement compétent du monde.<sup>304</sup>
163. Dans les cercles constitutionnalistes la tendance est plus claire : pour le Professeur Ken Hasegawa, le juge n'est pas indépendant car le parti au pouvoir ne change pas. Si l'on observe les grands mouvements dans la jurisprudence de la Cour suprême ils ont eu lieu à chaque fois que des juges ont pu être nommés par le parti d'opposition ; et inversement, lorsque le parti raffermi son emprise politique, la jurisprudence de la Cour suprême suit.
164. Le principe d'indépendance vis-à-vis du politique en général reste donc problématique du fait des pressions subies par les branches exécutives et législatives. Par l'exécutif tout d'abord : la simple association politique elle a été comprise comme suffisante par les membres les plus conservateurs de l'échiquier politique à la fin des années 60 pour empêcher l'accès à la fonction de juge des membres de la Ligue des jeunes avocats. Ces conservateurs avaient été profondément énérvé par la décision du 26 octobre 1966<sup>305</sup> et d'un mouvement général chez les juges du fond réduisant le pouvoir du gouvernement de sanctionner le droit de grève de fonctionnaire de la Postes. Par le législatif ensuite : dans *l'affaire Urawa*, Mistuko Urawa accusée d'avoir tué ses trois enfants et d'avoir tentée de se suicider en raison des soucis de jeux de son mari fut condamnée à 3 ans de prisons et à une suspension de peine par une Cour de district. Le Comité judiciaire du Parlement convoqua les époux et le procureur pour critiquer la légèreté de la peine.<sup>306</sup> Enfin la pression sur le juge peut venir du juge lui-même
165. **L'affaire Teranishi.** Dans l'affaire *Teranishi* (寺西事件)<sup>307</sup>, le juge du même nom, assistant juge depuis 5 ans avait communiqué dans un journal son scepticisme au regard de la proposition législative de créer l'autorisation judiciaire en avance pour les mises sous écoute. Pour Teranishi, les autorisations de mise sous écoute téléphonique en procédure criminelle de toute façon déjà pratiquées sans base légale était par un large consensus jugées illégales par la doctrine, mais régulièrement tolérés par les juges de Cour de district et de Haute-Cour. Cette proposition votée, l'initiative relèverait des forces de police et de l'administration et le juge ne ferait d'enregistrer leur demande. Pour lui laisser un tel pouvoir dans les mains d'un tel type de juge ne garantirait en rien les droits de l'homme.<sup>308</sup> Invité à

<sup>302</sup> J Mark Ramseyer et Eric B Rasmusen, *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*, University of Chicago Press, 2010.

<sup>303</sup> John O Haley, « The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust », en ligne : The Spirit of Japanese Law <<http://www.law.wustl.edu/harris/documents/2003-3HaleyJapaneseJudiciary.pdf>> voir pp.1 et 24.

<sup>304</sup> Percy R Luney, « The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System » (1990) 53:1 Law and Contemporary Problems 135–162. Du côté japonais on recommande la lecture dans « Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon » de Fukase et Higuchi de la section correspondante page 337.

<sup>305</sup> Cour suprême, grande chambre, 26/11/1966, Keishu vol.20 n°901

<sup>306</sup> Matsui, supra note 100 à la p 84.

<sup>307</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 1 décembre 1998, *Teranishi* (寺西事件), Minshu, Vol.52, n°9, 1761, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=402](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=402), 1998 (Bun-Ku) 1, 判決 / 棄却.

<sup>308</sup> Yuichiro Tsuji, *Independence of the Judiciary and Judges in Japan*, SSRN Scholarly Paper, ID 2987673, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2011, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2987673>>; Daniel H Foote, « Restrictions on Political Activity by Judges in Japan and the United States: The Cases of Judge Teranishi and Justice Sanders » (2009) 8:2 Washington University Global Studies Law Review 285-302. Extrait de son intervention dans le journal Asahi du 2 Octobre 1997 : “interception of communications is to be conducted on the basis of a warrant issued in advance by a judge. Some people say this means there is no fear of wiretap abuse. However, as one who has had the opportunity to come in contact to a certain extent with the real circumstances of review of warrant applications by judges, I find it impossible to

un panel de discussion, il déclara refuser d'y participer car mis en garde du risque de sanction disciplinaires par son Président de Cour à Sendai, tout en précisant que selon cette participation n'aurait pas constituée un engagement politique interdit par la loi d'organisation des cours. Cette déclaration lors de son refus de participer au panel déclencha la procédure de sanction à son encontre. Le juge souhaite avoir une audience publique conformément à l'article 82 de la Constitution, ce qui lui fut refusé : « la discipline des juges ... constitue une « question de procédure interne » plutôt qu'un « procès » sujet à l'article 82 ». Interne à quoi ? A l'entité juridique. Teranishi vint malgré tout le jour du *ruling* avec une cinquantaine d'avocats, ce que la Haute Cour de Sendai lui reprocha : étant juge il aurait dû être capable de se représenter seul<sup>309</sup>. La décision de la Cour suprême est remarquable mais nous en signalerons seulement deux éléments de la décision de la Cour suprême. Pour l'opinion majoritaire qui maintient la sanction :

« On peut interpréter le but de l'article 52.1 de la LOC qui interdit de s'engager activement dans une campagne politique comme visant à garantir la neutralité et l'équité du juge pour que soit maintenu envers la justice la confiance du public tout en réalisant des relations disciplinées au sein du judiciaire, de la législature et l'exécutif sous le principe de séparation des pouvoirs. Que le comportement du juge [Teranishi] soit ou non regardé comme l'acte interdit par l'article 52.1, le choix de voter une telle loi est soit la juridiction exclusive du législateur, le seul organe créateur de droit de l'Etat. »

166. Pour le juge Itsuo Sonobe, un juge même impliqué dans une campagne politique ne devrait pas être soumis à des sanctions disciplinaires contrairement à l'opinion majoritaire qui se base sur la l'article 52 de la Loi d'Organisation des Cours. Le juge Yukinobu Ozaki revient sur la demande de procès public en s'appuyant sur le principe de due process<sup>310</sup>, sur la double nature de juge judiciaire et d'autorité disciplinaire de la Cour qui la distingue des autres autorités disciplinaires<sup>311</sup>, et en insistant sur la supériorité les exigences constitutionnelles supérieures à celle de la loi, c'est-à-dire à la prévalence des articles 32 et 76.2 de la Constitution sur l'Acte sur les procédure non-contentieuses.<sup>312</sup> Le juge Shinichi

---

believe that review of warrant applications by judges will constitute a bulwark protecting human rights. The reality is that warrants are issued almost entirely in accordance with the wishes of prosecutors and police. Some people say this is the result of the fact that prosecutors and police are undertaking warrant requests in an appropriate manner. However, under existing law no warrant exists that authorizes investigations by wiretap, and the overwhelming consensus of criminal procedure scholars is that investigations by wiretap are illegal. Nonetheless, permits for inspection by telephone wiretap have been issued, and multiple district court and high court judgments have condoned the constitutionality and legality of such permits. In light of this fact, I cannot believe [that the reason warrants are issued in accordance with the wishes of prosecutors and police lies in the fact that their requests are always proper]. Do you really think it is safe to entrust the consideration of wiretapping warrants, which relate to the important human rights of confidentiality of communications, privacy, and freedom of expression, to this sort of judge?"

<sup>309</sup> Foote, *supra* note 315 à la p 297.

<sup>310</sup> "However, today, it is construed that in some non-contentious cases, from the viewpoint of guarantee of due process, the principle of public trials should be applied in light of the nature and contents of the cases, and in such cases, it is in conformity with the purport of the Constitution to consider that fundamental human rights should be guaranteed by due process of justice. In conclusion, where we deal with this case, we should apply the principles of modern law of justice, such as the principles of public trials, oral proceedings, and direct examination by judge, and only by doing so, it would be possible to gain understanding of the public and the alleged person. Otherwise, the procedure carried out at the Supreme Court should inevitably be deemed to be illegal."

<sup>311</sup> (...) Furthermore, in this case, since the court is supposed to serve both as the person with disciplinary authority and as the person who is to make a judgment, the court is required to make special efforts to be fair and neutral in appearance and in substance. Therefore, in light of the characteristics of this case, particularly the self-contradiction mentioned above, the principles under modern law of justice should be applied in accordance with the provision "if it is not contrary to the nature of the case."

<sup>312</sup> (...) Thirdly, considering that a judgment of disciplinary action made by the court is in effect an administrative disposition, if the Supreme Court deals with this case based on the procedure provided under the Act on Non-Contentious Cases, as it did in this case, it would be much the same as the upper administrative body carrying out the re-examination procedure, and constitute violation of Article 76, para.2 of the Constitution, which prohibits an administrative organ from making a judgment as the court of the final instance. Judges should be provided with access to judicial remedy for a prejudicial disposition as in the case of other public officers. In the trial at the Supreme Court, the appellant was unable to have access to a procedure that is as close as possible to due process required for judicial proceedings to be carried out under the Act on Non-Contentious Cases. This fact should be deemed to mean that the appellant was unable to exercise the right of access to court by due process

Kawai enfin en appelle à la figure idéale du juge qui doit appliquer la Constitution et les lois, mais avec intuition, en observant ce qui se passe dedans et hors des cours et défend une doctrine de l'évitement des sanctions disciplinaires hors cas où elles seraient évidentes pour chaque personne, c'est-à-dire le citoyen :

« La discussion ci-dessus est basée sur ma conception de ce qui est pertinent pour un juge et une justice idéale. L'article 76, paragraphe 3 de la Constitution prévoit que » tous les juges doivent être indépendants dans l'exercice de leur conscience et ne doivent être liés que par la Constitution et ses lois. » Cela signifie que les juges doivent être indépendant lorsqu'ils prononcent un jugement dans un cas concret. Les juges doivent exercer leur mission en accord avec leur conscience de juge, tout en faisant des efforts constants pour étudier et humblement réfléchir sur eux-mêmes. Leur devoir est d'établir des faits et de prononcer un jugement en appliquant la Constitution et les autres lois et règlements. Afin d'exercer correctement ce devoir dans la société moderne, qui est compliquée et ne cesse de changer, il ne suffit pas de suivre le langage de la loi ou des précédents. Il faut plutôt que les juges poursuivent leurs efforts pour toujours s'intéresser activement à ce qui se passe à l'extérieur du tribunal et le comprendre d'un point de vue général, de manière à acquérir une intuition profonde.

Lorsqu'on envisage une telle figure idéale du juge, indépendant et actif, je crois que l'exercice de l'autorité de surveillance dans l'administration judiciaire, et en particulier, dans l'exercice de l'autorité disciplinaire, devrait être évité à moins que la situation ne semble raisonnable à quiconque<sup>313</sup>, et ce faisant il sera possible de développer et protéger de tels juges idéaux. »

167. **L'affaire Sunagawa, et le juge Date.** En 1957, un groupe de manifestants franchit les clôtures de barbelés de la base américaine de Sunagawa et sept d'entre eux furent arrêtés, accusés d'intrusion et jugés par la Cour de district de Tokyo. Le juge Akio Date jugea inconstitutionnelle la présence de bases américaines, plus précisément « qu'il ne peut pas être dit que le maintien des forces armées américaines est permis par la Constitution ». Ce verdict fut un cauchemar pour les forces armées américaines et le parti social démocrate au pouvoir. Ils pressèrent la Cour suprême à revenir sur cette décision, ce qu'elle fit rapidement : dans l'affaire Sunagawa<sup>314</sup> de 1959 (砂川事件判決), la Cour suprême considéra que à moins qu'un acte politique (ici le traité de sécurité organisant la présence américaine au Japon d'après-guerre et les actes en découlant) ne présentât un caractère évident d'inconstitutionnalité et de nullité, il tombait en dehors du domaine du pouvoir judiciaire<sup>315</sup>.
168. **Le juge Ishida et L'affaire Miyamoto**<sup>316</sup>. En 1971, le juge Miyamoto alors au terme de ses 10 années comme juge assistant, se vit refuser l'accès au statut de juge de plein exercice par le secrétariat général auprès de la Cour suprême, et par le président de la Cour Ishida Kotaro. Il lui était reproché d'appartenir à « l'association des jeunes avocats », considérée liée au Parti communiste. Cette association créée en 1954 regroupait avocats, juges, procureurs et professeurs.<sup>317</sup> La Cour suprême rejeta le recours de Miyamoto en énonçant que l'appartenance à l'association n'était pas la vraie cause du refus... mais refusa de divulguer la vraie raison.

(Article 32 of the Constitution) with respect to matters that should be considered as points at issue in a contentious case, such as the existence of a ground for disciplinary action and the existence of disciplinary authority. (...)

<sup>313</sup> Nous notons ici un usage intéressant du test du raisonnable inspiré par Holmes et Thayer sur lequel nous reviendrons dans la partie 2.

<sup>314</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 1959, *Affaire Sunakawa*, Violation de la loi pénale spéciale adoptée à la suite de l'Accord administratif conclu en vertu de l'article III de la Politique de sécurité entre le Japon et les États-Unis d'Amérique (砂川事件), Keishu, Vol.13, n°13, p.3225, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=13](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13), 1959 (A) 710, 判決 / 破棄差戻.

<sup>316</sup> Shetreet et Deschênes, *supra* note 300 aux pp 210-211. Chapitre 18 "Japan" par Yasuhei Taniguchi pp.205-

<sup>317</sup> Itoh, *supra* note 56 aux pp 29-30.

### § 3 Caractéristiques du juge japonais

169. Quelques remarques sur ce que ces dispositions dessinent comme portait du juge japonais. Il s'agit d'**un juge spécialiste** : il n'y a pas d'anciens présidents de la république à la Cour suprême, seulement des juristes. La répartition de ces catégories n'est pas fixée par la loi mais par la pratique il y a par coutume six juges, quatre avocats, deux procureurs, deux bureaucrates et 1 professeur d'université<sup>318</sup>. Il y a donc sur les quinze membres de la Cour Suprême toujours une majorité d'anciens juges ou procureurs. Les candidats juges sont par coutume proposés par le président de la Cour Suprême au Premier Ministre qui suit en général cet avis informel, bien qu'il dispose seul du pouvoir discrétionnaire de nomination. Cette nomination est comme nous l'avons vu ratifié lors des élections législatives générale.
170. C'est **un juge de carrière et d'élite**. Ce sont surtout les anciens élèves de certaines universités (Todai en priorité) qui atteignent ce poste indépendamment de leurs fonctions antérieures et si l'habitude est d'avoir au moins un professeur de droit, que cette nomination a déjà eu lieu alors que par ailleurs il a été également procureurs ou juge, l'accès à d'autres professeurs est fermé. Ce qui fut le cas pour Sonobe de 1989 à 1999 aucun autre Professeur ne fut désigné. Le professeur Fukase fait remarquer que l'une des principales causes de l'échec de l'ouverture et de la démocratisation de la justice est que l'on n'a pas pu introduire « l'unité des juristes » : principe selon lequel les juges sont recrutés parmi les meilleurs avocats.
171. C'est également **un juge « anonyme »**. Contrairement aux États-Unis où la nomination d'un juge à la Cour Suprême est un événement politique très suivi et où le processus d'audition l'apparente à une sorte d'élection indirecte, le peuple japonais n'a pas la moindre connaissance des membres de la Cour Suprême. De fait aucune nomination de juge n'a été empêchée de cette façon : ils reçoivent en moyenne 5 à 10 % de vote négatifs<sup>319</sup>. Des efforts sérieux sont entrepris par la Cour suprême : le site de la Cour suprême contient toutes ses décisions dont certaines traduites en anglais, des mises à jour hebdomadaires, des documents divers, des invitations à conférences thématiques, reçoit des membres de Cour étrangères (notamment américaine<sup>320</sup> avec la venue en 2015 du juge Roberts). C'est **un juge au mandat court**. Le jeu combiné de l'influence du secrétariat général, des dispositions combinés de l'âge limite de départ et des nomination tardives à pour effet de laisser les juges en poste peu de temps : 5 à 6 ans, c'est trop peu pour le Professeur Mastui pour développer une doctrine personnelle.
172. C'est enfin **un juge fonctionnaire**, néanmoins la Cour suprême jugea en 2002 que lorsque les salaires de tous les fonctionnaires sont baissés, ceux des juges peuvent l'être également mais si le budget des tribunaux est depuis 1947 prévu dans un chapitre indépendant de celui du Ministère de la Justice.

<sup>318</sup> Matsui, supra note 100 à la p 123.

<sup>319</sup> *Ibid* à la p 124.

<sup>320</sup> [http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/Chief\\_of\\_SCUS\\_Visit\\_Japan.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/Chief_of_SCUS_Visit_Japan.pdf) : thèmes discutés: « Achieving a better understanding of each Court's perspective on legal issues that span international borders; Encouraging the rule of law in developing countries, particularly in the Asia Pacific Region. and; Continuing judicial exchanges between the Chief Justices and Associate Justices of the respective Supreme Courts, as well as judges of the lower courts »

### **CHAPITRE 3 - LES LIMITES DU POUVOIR JUDICIAIRE (司法権の限界)**

173. Les positions minoritaires des juges de la Cour Suprême sont essentielles pour dégager les possibilités interprétatives qui s'offrent au juge, qu'elles soient en faveur ou non de la prudence dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Si ce chemin n'est pas emprunté sur le moment, il pourra l'être par la suite sous la forme d'un changement de jurisprudence<sup>321</sup>. Nous avons vu que la notion de litige juridique a été fixée pendant l'occupation américaine et la période de transition à l'occasion d'affaires hautement politiques. Entre le choix du litige concret avec les décisions *Yazu* (1950) et *Suzuki* (1952), et la purge des anciennes normes de l'ère Meiji, des ordres des autorités d'occupation et l'accès au statut de norme suprême de la Constitution avec les décisions *Sakagami* (1953) et *Rescrit impérial* (1953), la Cour suprême a également fixée les limites de son pouvoir judiciaire. Nous commencerons par présenter succinctement, pour ne plus y revenir, les limites qui ne sont pas considérées comme relevant de l'interprétation du juge.
174. **Les limites expressément tracées dans la Constitution (憲法の明文上の限界).** Pour la doctrine japonaise il existe des « limites claires », « des limites naturelles »<sup>322</sup> des « exemptions »<sup>323</sup> qui sont peu discutées. Elles résultent de deux articles de la Constitution qui prévoient l'impossibilité de juger les conflits relatifs à la perte de l'éligibilité d'un membre de la Diète (article 55) et les procès en destitution (article 64). Pour ces litiges, chaque chambre du parlement juge ses propres membres, indépendamment par rapport aux autres pouvoirs (judiciaire et exécutif) et, entre la Chambre Basse et la Chambre Haute de la Diète.
175. **Les limites du droit international des traités (国際法上の限界).** Il s'agit ici des cas où le litige concerne un personnel bénéficiant d'un privilège d'extraterritorialité. Dans le cadre de traités bilatéraux ou multilatéraux comme la convention de Vienne (外交関係に関するウィーン条約) de 1961 entrée en vigueur en juillet 1964.<sup>324</sup> Toutefois, il semble que depuis quelques années, les abus liés à l'immunité diplomatique semblent de moins en moins tolérés de part le monde. Dans certains cas, la juridiction du juge va s'étendre à de telles affaires. Au Japon<sup>325</sup> le cas de figure le plus connu n'est non pas le cas d'un diplomate étranger ayant commis un abus au Japon, mais celui d'un diplomate japonais ayant commis de tels abus à l'étranger. En février 1999, la femme du consul général japonais au Canada se présenta à l'hôpital, blessée et déclara que son époux l'avait battue. Interrogé par la police, M. Shikimoji confirma, déclara qu'elle l'avait méritée et considéra que l'incident était une chose culturelle et pas un vrai problème. L'affaire fut largement commentée au Japon, le ministre des affaires étrangères leva l'immunité diplomatique. Il plaida coupable, fut relaxé, rapatrié au Japon, réassigné à un emploi de bureau avec diminution de son salaire.

<sup>321</sup> Ryan C Black, Rachel A Schutte et Timothy R Johnson, « Trying to Get What You Want: Heresthetical Maneuvering and U.S. Supreme Court Decision Making » (2013) 66:4 Political Research Quarterly 819-830.

<sup>322</sup> Ueno, supra note 209 à la p 16.

<sup>323</sup> Matsui, supra note 100 à la p 135.

<sup>324</sup> Notons des "problèmes" dans la traduction corrigée en 2008, mais sans conséquences particulières.

<sup>325</sup> A l'international : la Cour suprême indienne interdit en mars 2013 à l'ambassadeur italien de quitter l'Inde, malgré les protestations de l'Italie et de l'Europe, au motif qu'il serait inacceptable de mettre en avant l'immunité diplomatique après s'être volontairement assujéti à la juridiction de la Cour en remplissant un affidavit concernant deux marins italiens accusés de meurtre. 2 Dans d'autre cas, l'immunité est maintenue à l'étranger mais le diplomate responsable est soumis à la juridiction de son propre pays. En 2014, face à la pression populaire critiquant le choix dministère des affaires étrangères de Nouvelle-Zélande de laisser rentrer en Malaisie un diplomate accusé de vol et violence avec intention de viol fut largement critiqué, le premier ministre déclara que : « l'homme aurait dû répondre des accusations en Nouvelle-Zélande ». Le diplomate fut finalement renvoyé par la Malaisie en nouvelle-Zélande sous l'équivalent d'un statut de « témoin assisté » et fut finalement jugé et emprisonné en Nouvelle-Zélande.



176. Nous étudierons plus avant les limites du pouvoir judiciaires qui sont considérées liées à l'interprétation du juge<sup>326</sup> la doctrine du *problème politique* et la *doctrine de la société divisée*. Elle pour particularité d'être créés par le juge. Nous ne traiterons donc pas directement des actes relatifs au contentieux objectif (客観訴訟), qui sont inclus dans cette typologie des limites de juridiction, car nous considérons qu'il s'agit d'une limite externe au juge, faite par le législateur. Mais c'est une question transversale sur laquelle nous reviendrons à de nombreuses reprises.

### **Section 1. La doctrine du problème politique**

### **Section 2. La doctrine de la société divisée**

---

<sup>326</sup> Kinomiya Shirou : « 「法令の違憲審査の方法、訴訟事項(いわゆる統治 行為を含む)、行政訴訟における訴訟の種類(行政に対する事前規制の可否)、訴えの利益(行政に対する一般的・抽象的統制の 可否)、行政裁量の統制範囲、仮の救済制度の諸問題に及ぶものである」

## SECTION 1 - LA DOCTRINE DU PROBLEME POLITIQUE (統治行為論)

177. Cette doctrine pose des limites à la prise en compte judiciaire par le juge des actes d'autonomie (自律権), les actes de gouvernement (自由裁量に関する行為), des actes politiques (統治行為論). Nous distinguons selon que le juge traite des actes politiques du Gouvernement ou du Parlement (§ 1), ou selon que le juge traite des conflits entre les deux institutions (§ 2), afin de mettre en lumière les différentes variantes de la séparation horizontale des pouvoirs japonaise.

## § 1 Prudence judiciaire envers les actes politiques du Gouvernement ou du Parlement (統治行為)

178. **Les actes d'autonomie du Parlement** (自律権に関する行為). Ce sont des actes pris volontairement pour assurer la bonne organisation et le bon fonctionnement interne d'une des chambres du parlement<sup>327</sup> La doctrine les divise en actes d'autonomie relatifs à l'organisation interne (内部組織に関する自律権)<sup>328</sup>, ou en actes d'autonomie relatifs au fonctionnement (運営に関する自律権)<sup>329</sup>. Lors de la décision *Suzuki* de 1952 sur *les forces de réserve de la police nationale*, la Cour suprême jugea que les procédures de vote concernant la loi mettant en place cette nouvelle force de police nationale ne pouvaient pas être soumise à son examen<sup>330</sup>.

179. Il est facile de comprendre que le juge ne souhaite pas s'engager dans la machinerie législative. On invoque ainsi la nécessaire séparation des pouvoirs. Toutefois nous voulons attirer l'attention du lecteur sur un cas particulier. La sénatrice japonaise Makiyama nous a personnellement témoigné de graves problèmes de procédure lors de la procédure de débat relatif à la révision constitutionnelle de 2015 pour lesquels les mesures de disciplines internes à la Diète n'ont pas été suffisante. Dans ce cas précis, où le droit de voté la loi des sénateurs est mis à mal, l'intervention du juge est-elle vraiment inenvisageable ?

180. **Les actes discrétionnaires du Gouvernement** (自由裁量に関する行為). Ce sont les actes du cabinet qui, aussi longtemps qu'ils n'abusent pas ou ne dépassent pas du champ de la discrétion, ne sont pas considérés comme relevant de la juridiction du juge : nomination et renvoi des ministres par exemple. Pour le Professeur Kiyomiya les actes politiques sont des actes ayant un haut degré de contenu politique et devant donc être exclus du contrôle de la cour.<sup>331</sup> Pour quelle raison ? Selon les auteurs, la Cour doit être politiquement neutre, éviter

<sup>327</sup> Autres cas de figure : 地方自治法 243 条の 2, 憲法 59 条, 憲法 81 条, 憲法 92 条, 旧警察法 (昭和 22 年法律 196 号) 40 条, 警察法 (昭和 29 年法律 162 号) 36 条

<sup>328</sup> (i) un parlementaire ne peut pas être emprisonné avant le début d'une session parlementaire et doit être relâché pendant la session (会期前に逮捕された議員の釈放要求権)、(ii) jugement de la validité du mandat d'un parlementaire et impossibilité de contester un tel jugement devant un tribunal ordinaire (議員の資格争訟裁判権)、(iii) le choix du président et des officiels (役員選任権)

<sup>329</sup> (i) les règles de fonctionnement interne à chacune des deux chambres du parlement (議院規則制定権により各議院は内部事項) (disponibles dans la « loi de l'organisation du parlement ». En cas de conflit la doctrine considère que ces règles l'emportent sur les règles juridiques. Cas de figure intéressant de règles juridiques en termes de validité (elles sont issues d'une compétence prévue par la constitution) mais non juridique si le critère pour la juridicté d'une règle est la possibilité de son interprétation par le juge., (ii) les procédures disciplinaires (議院懲罰権) (« affaire » hospital)

<sup>330</sup> Plus précisément : (à traduire) : 三市町村警察を廃止しその事務を都道府県警察に移した昭和二九年法律第一六二号警察法は、憲法第九二条に違反するものではない。 Voir aussi traduction de l'affaire précédemment.

<sup>331</sup> 「かねてから賛否両論がある」統治行為について、清宮は、米仏では「それについての法的判断は可能であっても、高度の政治性などにかんがみて、裁判所の審査から除外される行為と解されている」

l'anarchie / le chaos, ou alors prendre en compte les contraintes pratiques de mise en place de telles décisions.

181. Dans l'affaire *Sunagawa*<sup>332</sup> de 1959 (砂川事件判決), la Cour suprême considéra que à moins qu'un acte politique (ici le traité de sécurité organisant la présence américaine au Japon d'après-guerre et les actes en découlant) ne présentât un caractère évident d'inconstitutionnalité et de nullité, il tombait en dehors du domaine du pouvoir judiciaire<sup>333</sup>.

« Le Traité de sécurité, (...) se caractérise par un degré extrêmement élevé de considération politique, en raison de l'existence même de notre pays en tant que puissance souveraine et, toute détermination juridique quant à la constitutionnalité du traité ou non, est à bien des égards indissociables du haut degré de considération politique et du pouvoir discrétionnaire du cabinet qui a conclu le traité et de la part de la Diète qui l'a approuvé. Par conséquent, en règle générale, il existe un certain élément d'incompatibilité dans le processus de détermination judiciaire de sa constitutionnalité par un tribunal qui a pour mission l'exercice de la fonction purement judiciaire.

En conséquence, à moins que ledit traité ne soit manifestement inconstitutionnel et nul, il échappe au pouvoir de contrôle judiciaire accordé au tribunal. Il convient de penser que la question de la détermination de sa constitutionnalité doit être laissée principalement au Cabinet qui a le pouvoir de conclure des traités et la Diète qui a le pouvoir de les ratifier ; et finalement à la considération politique du peuple avec qui repose la puissance souveraine de la nation. Cela est vrai si la question de la constitutionnalité du traité sur la sécurité ou de l'action du gouvernement découlant de l'obligation conventionnelle est directement devant le tribunal ou si une telle question doit être déterminée comme condition préalable à la détermination d'un autre problème comme c'est le cas en l'espèce. »

## § 2 Le juge face aux conflits entre parlement et gouvernement : les affaires de la dissolution de la chambre des représentants (衆議院解散無効確認請求)

182. Ici il est question de séparation *horizontale* des pouvoirs. Nous allons présenter deux décisions concernant une décision de dissolution de la Chambre des représentants par le Premier Ministre rendues à sept ans d'écart. Les développements consacrés à l'argumentaire des juges seront importants pour plusieurs raisons. Tout d'abord c'est la première décision faisant explicitement référence, dans une opinion complémentaire au *judicial restraint* américain. La position majoritaire propose une séparation horizontale des pouvoirs non pas dynamique en envisageant le principe des *checks and balances*, mais de pure retenue judiciaire—en supposant que si le juge n'intervient pas, les autres pouvoirs n'interviendront pas non plus.
183. Ensuite entre la première et la seconde décision, le plaignant a modifié son argumentaire en utilisant l'opinion complémentaire du juge Mano. Dans ces deux cas, l'intérêt des opinions complémentaires ou dissidentes est évident.

<sup>332</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 1959, *Affaire Sunakawa*, Violation de la loi pénale spéciale adoptée à la suite de l'Accord administratif conclu en vertu de l'article III de la Politique de sécurité entre le Japon et les États-Unis d'Amérique (砂川事件), Keishu, Vol.13, n°13, p.3225, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=13](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13), 1959 (A) 710, 判決 / 破棄差戻, *supra* note 309.

a. **L'affaire Tomabechi I (1953)**

184. Le 28 août 1952 la Chambre des représentants fut dissoute par le Premier ministre invoquant l'article 7. L'opposition socialiste, défendant l'idée d'un contrôle abstrait de la Constitution, demanda l'annulation de cette dissolution. Dans la ligne directe de la décision Suzuki, la Cour Suprême rejeta à l'unanimité cette demande le 15 avril 1953 dans l'affaire *Tomabechi I* (苦米地事件 I)<sup>334</sup>.
185. Le problème est le suivant : la dissolution, composante importante du système des « checks and balances » est traçable dans deux dispositions de la Constitution. L'article 7 de la Constitution prévoit que : « L'Empereur, suivant l'avis et l'approbation du cabinet, s'acquitte des fonctions suivantes en matière de représentation de l'État au nom du peuple : (...) Dissolution de la Chambre des représentants ; (...) » et l'article 69 : « Si la Chambre des représentants adopte une motion de censure, ou rejette une motion de confiance, le cabinet doit démissionner en bloc, à moins que la Chambre des représentants ne soit dissoute dans les dix jours. ».
186. Le juge Mano expliqua dans une opinion supplémentaire que si la demande de l'opposition était irrecevable, la décision de dissolution était inconstitutionnelle. Pourquoi ? Parce que le Premier Ministre avait utilisé l'article 7 qui ne dépose que d'un pouvoir protocolaire dans les mains de l'Empereur. Pour Mano, le gouvernement n'aurait pas du pouvoir dissoudre directement le Parlement en s'attribuant cette compétence. Le seul moyen de dissoudre pour Mano est l'article 69.
187. Il considère qu'en vertu du principe de séparation des pouvoirs, le Parlement est le plus haut organe de l'Etat (article 41) et que, puisque le Japon n'a pas adopté le système parlementaire anglais, le gouvernement est responsable de l'usage qu'il fait de son pouvoir exécutif devant le parlement (article 66). Par conséquent, si dissolution il doit y avoir, elle ne peut intervenir que dans le cadre des *checks and balances* prévus par l'article 69 de la Constitution, c'est-à-dire après adoption une motion de censure ou rejet d'une motion de confiance envers le gouvernement.

b. **L'affaire Tomabechi II (1960)**

188. L'opposition prépara un nouveau recours afin d'obtenir cette fois une compensation financière pour la fin de mandat de ses représentants. Elle changea son fusil d'épaule en adoptant la ligne argumentative du juge Mano : l'usage par le Premier Ministre de l'article 7 n'aurait pas dû être possible. Le 8 juin 1960, dans l'affaire *Tomabechi II* (苦米地事件 II)<sup>335</sup> la Cour suprême prend une nouvelle décision de rejet et évite le piège tendu. Elle considère que la condition d'usage de l'article 7 ne pose pas problèmes, puisque selon cet article le gouvernement doit donner son avis et approbation. Cette condition a été remplie puisque c'est le Premier Ministre qui a dissolu l'Assemblée.
189. A cette époque Mano n'est plus juge à la Cour suprême, et Tanaka est à la fin de son mandat de président, un des plus long (10 ans et demi). C'est la première fois que les termes

<sup>334</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 15 avril 1953, *Tomabechi I ou Demande de dissolution de la chambre des représentants* (苦米地事件 I / 衆議院解散無効確認請求), Minshu, Vol.7, n°4, p.305, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57365](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57365), 1952 (Ma) 148, 判決 / 却下. Voir Maki, *supra* note 56 aux pp 366-383.

<sup>335</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 8 juin 1960, *Tomabechi II ou Action pour la reconnaissance du statut de membre de la Chambre des représentants et réclamation de rémunération* (苦米地事件 II, 衆議院議員資格並びに歳費請求), Minshu, Vol.14, n°7, p.1206, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=14](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=14), 1955 (O) 96, 1955 (O) 96, 判決 / 却下, Voir Maki, *supra* note 56 aux pp 366-383; Matsui, *supra* note 100 aux pp 144-145; Itoh, *supra* note 56 à la p 44.

de retenue judiciaire ou autolimitation sont clairement mentionnés dans un jugement de la Cour, dans le cadre d'une opinion concurrente. Si l'on cherche les raisons, 1960 fut une année charnière au Japon avec la conclusion du nouveau traité de sécurité américano-japonais, le recours aux forces de l'ordre par le PLD pour briser l'obstruction de l'opposition au Parlement, une grande vague de protestation populaire, l'assassinat du secrétaire général du Parti socialiste Asanuma ; la publication d'un livre polémique narré sous forme de rêverie la décapitation du prince héritier narré un rêve, entraîna une tentative d'assassinat contre l'éditeur<sup>336</sup>. Pour la Cour suprême que le successeur de Tanaka Yokota trouvera surchargée d'affaires en attente, Tomabechi II est assurément une affaire sensible.

190. L'obiter dictum est le suivant :

« La Constitution établit la séparation des pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires et prévoit que l'ensemble du pouvoir judiciaire est exercé par les cours (Article 76.1 de la Constitution), et la Loi d'Organisation des Cours prévoit que les cours doivent gérer toutes les litiges juridiques (Art 3.1 de la LOC), ainsi, non seulement les affaires criminelles, mais les affaires administratives, sans matières réservées tombent dans la juridiction des cours. De plus, la Constitution a accordé le pouvoir de contrôler la Constitutionnalité de toutes les lois, ordres, régulations ou actes officiels (Article 81 de la Constitution) et il en résulte, que les actes de l'Etat en matière législative et administrative sont désormais sujets au pouvoir de contrôle judiciaire (judicial review) dès lors qu'ils constituent une dispute sur le droit.

Néanmoins, même sous le système de séparation des pouvoirs sous la Constitution, l'exercice du pouvoir judiciaire (司法権) n'est pas immunisé à une certaine limite, et il ne doit pas être hâtivement conclu que tous les actes sont sans limite sujets au pouvoir de contrôle judiciaire (note : « judicial review », mais le juge parle ici de son pouvoir judiciaire en général et non seulement de son pouvoir de contrôler la constitutionnalité). Les actes de l'Etat qui sont hautement politiques liés à la direction de la nation sont en dehors du champ du contrôle judiciaire même s'ils constituent des litiges juridiques (法律上の争訟) et que la détermination de leur validité est légalement possible. Cette détermination doit être laissée aux corps politiques (部分) tels que le Cabinet et le Parlement qui en portent la responsabilité vis-à-vis du peuple souverain, et est donc en dernier lieu du ressort de la volonté du peuple. Cette limitation au pouvoir judiciaire est dérivée du principe de séparation des pouvoirs et à la lumière de la haute nature politique des actes de l'Etat, la nature de la Cour comme corps judiciaire, et des limitations procédurales qui accompagnent inévitablement la prise de décision, et doit donc être entendue comme une limitation inhérente à l'intérieur de la nature constitutionnelle du pouvoir judiciaire, bien qu'il n'y ait pas de disposition explicite (note : *à ce sujet dans la Constitution ou dans les lois*). »

191. La philosophie de la Cour qui cette fois, n'arrive pas à se décider à l'unanimité est donc que le pouvoir d'interprétation du juge doit être limité, en séparant strictement les actes administratifs ordinaires « des actes d'Etats à haute nature politique » par cette théorie des contraintes inhérentes (内在的制約説). De tels actes constituent, sans base textuelle, une limitation au pouvoir judiciaire *pour plusieurs raisons* : le principe de séparation des pouvoirs, la nature hautement politique de l'acte donné de l'Etat, la nature judiciaire du tribunal, et les limitations procédurales qui accompagnent inévitablement la prise de décision du juge. Elle n'explique toutefois pas clairement quelles sont ces limitations procédurales.

192. Différemment le juge Daisuke Kawamura (河村大助) considéra pour sa part que c'est la non-intervention du juge devant être limitée, en insistant sur l'inutilité de la doctrine des actes de gouvernements. Il atteint la même position de rejet que la position majoritaire par un examen au fond en refusant toute limitation du pouvoir judiciaire :

« Je ne peux être d'accord avec l'opinion majoritaire qui maintient que la présente action, qui est une demande en paiement des rémunérations comme membre de la Chambre des représentants, présuppose que la dissolution était juridiquement nulle, n'est pas sujette au contrôle judiciaire. La raison

<sup>336</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 80.

en est la suivante : l'article 81 de la Constitution a accordé le pouvoir de déterminer la constitutionnalité de toute lois, ordres régulations et actes de l'Etat, et l'article 3 de la Loi d'Organisation des cours, basé sur cette disposition (il n'utilise pas l'article 76.1 dans sa démonstration), prévoit qu'en dehors des cas expressément prévus par la Constitution, le pouvoir de décider de l'ensemble des litiges est accordé aux cours. Il est évident qu'il n'y a pas de disposition explicite qui exclue les soi-disant actes de gouvernements du contrôle judiciaire. Je suis d'accord avec l'opinion selon laquelle même si ces actes de l'Etat ont une haute nature politique, ils devraient être sujets au pouvoir judiciaire dès lors qu'ils satisfont les conditions formelles pour être sujets au contrôle judiciaire. Au Japon, une tendance reconnaît le concept d'acte de gouvernement et maintient que des domaines dans lesquels le jugement purement juridique est possible doit être laissé en dehors du champ du pouvoir judiciaire, et l'opinion majoritaire a adopté cette position. Cette opinion est en grande partie basée sur la retenue interne du pouvoir judiciaire et met en avant les principes de séparation des pouvoirs qui ne permettent pas à la Cour d'interférer avec les pouvoirs des autres corps. Je pense que cette doctrine de *retenue interne* ou d'*autolimitation* n'est pas forcément applicable au Japon qui a une disposition explicite telle que l'article 81 de la Constitution.

Même s'il s'agit d'un problème politique, s'il implique dans le même temps un litige juridique (法律上の争訟), la « détermination de la constitutionnalité » de ce problème juridique devrait être dans le champ du pouvoir judiciaire, un pouvoir qui est accordé au surplus du principe de séparation des pouvoirs. Bien sur il est nécessaire de respecter le large pouvoir discrétionnaire du cabinet ou du Parlement dans la prise de leur décision politiques ou discrétionnaires, et dans les problèmes qui sont de nature purement politique, *la retenue* des cours peut être appropriée, mais dans les cas où l'acte de l'Etat concerne directement une restriction ou une atteinte aux droits de l'homme basiques du peuple, la cour devrait remplir son inhérente mission de garantie des droits de l'homme. Si la Cour ne doit pas intervenir simplement parce que l'acte de l'Etat est hautement politique, cela ne résulterait-il pas dans « une retraite du pouvoir judiciaire au nom de la retenue ? » Naturellement, c'est la mission inhérente des cours d'appliquer la loi au cas spécifique, et par conséquent, il va sans dire que le problème du contrôle judiciaire n'émerge que lorsque l'acte du gouvernement ou les problèmes politiques sont liés à l'ordre civil et affectent directement les droits et devoir du peuple. Le jugement de première instance était juste en décidant que « dès lors qu'il est possible de prendre une décision relativement à un acte donné d'un point de vu légal, et que par sa décision, un litige spécifique relatif à des droits et obligations peut être résolu, la Cour à le pouvoir et le devoir de déterminer si tous les actes de ce type sont compatibles avec la loi (note : la loi et le droit sont le même terme en japonais) *au non. C'est un principe du droit japonais* ». Par conséquent, dans le cas présent où il est évident que la validité de la dissolution de la Chambre des représentants concerne directement l'existence de droits du plaignant comme membre de la chambre des représentants, savoir si la méthode et procédure de dissolution qui sont des prérequis à la dissolution sont compatible avec la loi peut être décidé d'un point de vue purement juridique, sans aucune décision politique, et devrait avoir été faite sujette de l'examen judiciaire. (...) »

193. Il poursuit ensuite l'examen de la demande au fond et rejoint la position majoritaire en expliquant que le recours à l'article 7 n'était pas problématique. Pour Kawamura, le recours à l'article 7 était possible et les conditions de son usage étaient remplies. Tout d'abord, la dissolution n'est pas une atteinte au respect de la législature : le pouvoir de dissolution est prévu par la Constitution et bien que ce soit de manière ambiguë il ne va pas appartenir au Parlement lui-même ni au juge. L'article 69 attribue un pouvoir substantiel dans les mains du cabinet, un pouvoir équilibré qui permet la dissolution du Parlement comme contremesure à une motion de censure ou à un refus de motion de confiance envers le Gouvernement. Mais il s'éloigne de la position formelle de Mano quant au recours à l'article 7 : la clause « *à moins que le Parlement soit dissout* » présuppose la dissolution mais pour Kawamura le recours à l'article 7 est possible puisque le gouvernement a prouvé par des pièces au dossier que le projet de déclaration impérial du 28 août 1952 et la déclaration au Parlement ont été décidées en présence de tous les membres du Cabinet. Malgré cette position équilibrée, la position majoritaire de la Cour est suivie par une grande partie de la doctrine académique<sup>337</sup>.

<sup>337</sup> 高柳信一 (TAKAYANAGI Shin'ichi) et 奥平康弘 (OKUDAIRA Yasuhiro), *supra* note 24 à la p 274.

**SECTION 2 - LA THEORIE DE LA SOCIETE DIVISEE (BUBUN SHAKAI RIRON 部分社会の法理)**

194. Invoquer la notion de litige juridique est pour les parties ou le juge la première des techniques pour fermer la porte du tribunal. Lorsque les conditions du critère du litige juridique à savoir un « litige concret entendu comme relatif à des droits ou obligations constituant une relation juridique entre des parties que le juge peut résoudre » sont remplies, la porte du tribunal s'ouvre. Mais parfois même lorsque ces conditions sont remplies la porte se referme. La *société divisée* de Tanaka est avec la doctrine du problème politique l'une des théories qui limite le pouvoir judiciaire du juge.
195. Il s'agit d'une doctrine régénérant une ancienne théorie de l'ère Meiji dite de « rapport spécial de pouvoir » (特別権力関係論) correspondant aux *Besonderes Gewaltverhältnis* ou *Sonderrechtsverhältnisses* Allemandes, exorbitantes du droit commun. Elles ont sous l'influence du juge TANAKA été abondamment utilisées au Japon au début de la structuration du concept de litige juridique japonais avec les doctrines du problème politique. C'est une manifestation directe des théories pluralistes du droit de type infra-étatique : d'une manière générale les actions disciplinaires contre des élus, les actes relatifs aux universités et à la liberté d'enseignement et de recherche et les conflits internes aux corporations telles que partis politiques (政党)<sup>338</sup>, unions commerçantes (労働組合), groupement d'avocats (弁護士会), associations religieuses (宗教団体) font partie des actes qui touchent aux limites de juridiction du juge japonais.
196. Puisqu'il s'agit d'une doctrine encore utilisée aujourd'hui et assez spécifique au contexte culturel japonais, verrons dans le détail, son origine (1§) et son influence (2§).

**§ 1 La naissance de la théorie de la société divisée au Japon**

197. La théorie de la société divisée est née d'une réflexion sur la possibilité du juge d'émettre une injonction envers les institutions locales (conseils municipaux, conseils régionaux...). Elle propose une séparation verticale des pouvoirs en empêchant l'extension du pouvoir judiciaire à ces institutions, mais est né à l'occasion d'un débat sur la séparation horizontale des pouvoirs.
198. La décision Yonaiyama, osons la comparaison, est l'équivalent de *Marbury et Madison*, ou de la *Décision liberté d'association...* de la *prudence judiciaire* du juge japonais. Les problèmes et enjeux soulevés par cette décision sont nombreux : séparation verticale et horizontale des pouvoirs, limites à l'influence du juge par réforme de la procédure administratif de 1962, lieu de naissance d'une doctrine de la *société divisée* qui influence encore aujourd'hui le contentieux japonais. C'est donc une décision absolument fondamentale et un peu complexe. Nous allons présenter ce contentieux, les problèmes généraux qu'elle soulève avant de nous consacrer sur les arguments opposés des juges Tanaka et Mano.

<sup>338</sup>Cour suprême, 3ème chambre, 20 décembre 1988, *Hakamada* (共産党袴田事件/ 家屋明渡等請求事件), Shumin, n°155, 405, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=62340](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=62340), 1985 (O) 4, 判決 / 棄却.

a. **L'affaire Yonaiyama (米内山事件)**

199. Le 13 mars 1952, un membre de l'assemblée préfectorale d'Aomori, Giichiro Yonaiyama déclara, après avoir été pris à parti par les membres du parti libéral : « Je ne m'adresse pas aux Messieurs du Parti Libéral, je m'adresse au Gouverneur. A leur différence, je ne suis pas devenu membre de l'assemblée pour m'enrichir. Je ne suis ni pantoufleux, ni colporteur. Je donne le meilleur de moi-même à étudier les problèmes de la préfecture ». Il exprima ses regrets le même jour même et demanda le retrait de son intervention des minutes. Il fut expulsé de l'assemblée le 15 mars par un vote à la majorité. Il saisit les cours pour obtenir l'annulation de la décision de l'assemblée et en parallèle demanda aux juges une injonction pour obliger l'assemblée à suspendre la concrétisation de son vote.
200. L'article 10.2 de l'acte de procédure administrative de 1948 prévoit en effet la possibilité d'injonction de la suspension d'exécution d'un acte administratif pour prévenir de dommages irréparables. Or il comprend en plus une exception. Si cette suspension est susceptible d'avoir un effet sérieux sur le *bien-être public* le Premier Ministre peut émettre une objection à cette injonction de suspension d'exécution.
201. La Cour de district d'Aomori accéda à la demande de Yonaiyama le 28 avril, mais le Premier ministre, alerté par les membres du parti libéral, usa de son pouvoir d'objection.
202. La Cour de district rendit *ordre* le 27 mai, en refusant de revenir sur son injonction considérant que la décision du premier ministre ne respectait les conditions légales : elle aurait dû intervenir avant sa décision. L'assemblée d'Aomori en appela à la décision de la Cour suprême en vertu de l'article 419-2 du code de procédure civile qui permet la saisie si les juges ont dans leur décision mal interprété la Constitution<sup>339</sup>. La Cour suprême rejeta la demande en suivant l'ordre émis par la Cour de district. La majorité des juges se positionnèrent pour admettre la possibilité d'injonction<sup>340</sup> du juge et d'objection du Premier Ministre, en considérant toutefois que cette dernière doit être signifiée au juge avant qu'il ne prenne sa décision.
203. Regardons en détail ce que nous dit le juge : peut-il d'examiner les mesures de suspension d'un membre d'un exécutif local ? Et que penser des mesures d'exclusion ? Ici la question est de savoir si une mesure de suspension peut faire partie du pouvoir judiciaire du juge ou en être totalement exclue. Si l'on suit l'opinion majoritaire de la Cour oui, le juge peut les examiner.
204. C'est donc une question importante mais si l'on observe avec détails les opinions complémentaires et dissidente et les règles procédurales de l'époque et celle qui suivront en 1962, la vraie question est de savoir si le juge peut prendre une injonction contre l'exécutif local pour faire réintégrer un élu, et dans quelle mesure le Premier Ministre peut user de son pouvoir d'objection à l'injonction du juge. Si ce pouvoir était utilisé abusivement on pourrait craindre de l'ingérence totale du Premier Ministre dans la sphère du pouvoir judiciaire. C'est ce que la Cour a voulu éviter ici en refusant que cette objection soit postérieure ou concomitante au jugement.

<sup>339</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 16 janvier 1953, *Yonaiyama* (米内山事件), Minshu, Vol.7, n°1, p.12, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/364/057364\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/364/057364_hanrei.pdf), 1952 (Ke) 109, 判決 / 棄却. Voir Maki, *supra* note 56 aux pp 384-409. pour une version en anglais de la décision.

<sup>340</sup> La procédure d'injonction administrative, caractéristique d'une voie de droit objective puisque le plaignant « demande à l'administration d'agir ou de ne pas agir », est également à la base de la décision *Marbury et Madison* aux Etats-Uni et donc historiquement au fondement des problèmes de standing / litige juridique.



205. Mais nous ne sommes, dès lors plus du tout dans une question de séparation verticale des pouvoirs, mais dans une question de séparation horizontale des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.
206. Deux juges influencés par le réalisme<sup>341</sup> s'opposèrent par opinion minoritaire et complémentaire Il s'agit des juges Kōtarō Tanaka (田中耕太郎 1890-1974) et Tsuyoshi Mano (真野 毅 1888-1986). Tanaka, fils du juge Hideo Tanaka, a été professeur de droit, ministre de l'éducation, et parlementaire, plus tard juge à la Cour de justice internationale de la Haye<sup>342</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion de voir l'argumentaire du juge Mano dans les décisions Tomabechi I. Mano était un ancien avocat et président de la seconde association du barreau de Tokyo. Il est intéressant de noter que Mano et Tanaka firent tout deux parties du groupe de 6 spécialistes envoyés étudier le système américain pendant l'occupation pour en rapporter certains des « principes judiciaires démocratiques ». <sup>343</sup> Dans cette décision Tanaka attaqua la possibilité d'injonction en développant la théorie des entités infra-étatiques, et Mano attaqua la possibilité d'objection du premier Ministre.
207. **La proposition de prudence judiciaire du juge Kotaro Tanaka.** Dans les passages essentiels de la longue opinion de Tanaka, il défend l'idée que l'injonction dépasse les limites qu'il attribue à la fonction de juger, et va même plus loin que l'argumentation du Ministre. Nous les reproduisons ci-dessous :

« Le problème est simplement : » Est-ce qu'une Cour peut émettre une injonction contre l'expulsion d'un élu local ? » Cette question doit être soulevée en lien avec le recours principal en annulation contre l'expulsion. L'interprétation par la majorité des dispositions de la loi relative aux injonctions est qu'une Cour peut sans aucun doute accorder une injonction dans le cas présent (...) Je considère (*au surplus de l'argumentation du premier ministre non reproduite ici*) que l'expulsion devrait être confiée à la décision de l'assemblée elle-même en tant que question de discipline interne ; en dehors de champ d'interférence du pouvoir judiciaire. A cet égard je considère que l'objection du premier ministre ne va pas assez loin puisqu'elle reconnaît la possibilité des interférences des décisions des cours. »<sup>344</sup>

208. Tanaka justifie sa position en développant alors la théorie des entités infra-étatiques, ou selon le terme japonais de « corps » infra-étatiques qui doivent pouvoir prendre leur décision de manière autonome, sans interférence du juge :

« La base logique pour cette décision doit être recherchée dans la nature pluraliste du système juridique. Les phénomènes légaux sont omniprésents dans une société humaine ; ils ne sont pas nécessairement confinés dans cette part de la société nommée Etat. La société internationale a ses propres lois et il existe des organisations variées dans la société nationale, par exemple, des fondations à but non-lucratif, les entreprises, les écoles, les organisations sociales, les clubs sportifs, et autres... chacun d'entre eux étant aussi pluralistes que la société est pluraliste. A l'intérieur de ses systèmes juridiques spéciaux il y en a qui ont une connexion spéciale avec le système juridique de l'Etat, qui est, le système

<sup>341</sup> Itoh, supra note 56 à la p 44.

<sup>342</sup> Itoh, supra note 56 aux pp 31-32. Le juge Tanaka est un personnage complexe : jugé sous sa présidence autoritaire, influent et encourageant les prises de positions conservatrices des autres membres il considère aussi que les juges du fond doivent faire preuve de créativité lorsque la position de la Cour suprême ne répond plus à l'évolution de la société. Il félicitera ainsi les juges de la Cour de district dans l'affaire Aizawa de s'être opposé à la jurisprudence conservatrice dite Yamato de 1950 pénalisant plus fortement l'homicide sur ascendant. S'il est resté connu comme un conservateur, converti au catholicisme par sa femme, spécialiste de droit commercial et anti-communiste, il était également un reconnu par ses pairs pour s'être battu pour la protection des libertés académiques sous le régime militariste, et sous sa présidence la Cour a beaucoup œuvré pour garantir les libertés économiques en dehors du champ constitutionnel. Enfin si la conception de Tanaka semble parfaitement représenter la culture non-individualiste de groupe japonaise, il ne peut lui-être reproché une fermeture sur le monde extérieur : il voyagea non seulement aux États-Unis mais également en Inde, en Italie, en Suisse, en France, en Allemagne et au Brésil, écrivit des ouvrages de philosophie du droit et d'autres non académiques.

<sup>343</sup> James Perkins Parker, "The Japanese Supreme Court Mission : Toward a new legal order in Japan", *ABA Journal*, American Bar Association, Novembre 1950 aux pp 916-918.

<sup>344</sup> Japan, Saikō Saibansho et Maki, supra note 60 aux pp 386-387.

général ; et d'autres qui n'en n'ont pas. L'étendue de cette connexion est un problème de politique juridique et législative qui doit être déterminé par l'Etat du point de vue du bien-être public. Il en suit que le degré avec lequel le système juridique général va pénétrer les relations internes juridiques de, disons, du Parlement, des assemblées locales, du gouvernement et des écoles privées et par conséquent, du degré auquel le pouvoir judiciaire peut intervenir ne sera pas le même dans chaque cas. Pour résumer, il n'est pas contraire à la raison de reconnaître que dans le cas du Parlement et des assemblées locales, il y a zone dans laquelle ces corps devraient prendre leurs propres décisions en complète autonomie et où l'intervention du pouvoir judiciaire n'est pas permise. Les questions d'actions disciplinaires comme dans le cas présent tombent sans aucun doute dans ce cas. »<sup>345</sup>

209. Pour Tanaka, la *rule of law* n'est pas l'Etat de droit, mais la règle de droit. Les cours sont responsables de son application aux entités étatiques et infra-étatiques. Mais ce pouvoir est limité si les entités étatiques agissent dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire. Il est également limité si cette fonction d'application de la loi a été attribuée dans son entièreté aux entités infra-étatiques :

« Pour résumer les cours sont responsables de l'utilisation de la « rule of law » par l'Etat et dans d'autres organisations, mais il y a une limite distincte aux matières par lesquelles elles peuvent être concernées. Cela dépend de la nature du groupe. Premièrement, l'Etat ne peut naturellement pas contester le caractère correct d'un acte discrétionnaire d'une agence administrative. Deuxièmement, il ne peut pas intervenir – même lorsqu'une condition juridique existe et qu'il ne s'agit pas d'une simple question de droit de propriété – si la tâche de décider si les conditions de la loi ont été complètement remplies est confiée entièrement au groupe concerné. Le cas présent est de ce second type. Le système juridique avec lequel les cours sont concernées est confiné seulement aux matières générales ; cela ne s'étend pas aux matières spéciales. Si les cours étaient capables d'intervenir dans les questions émergeant dans chaque système juridique spécial, alors chaque conflit de la société serait porté devant elles et nous devrions, d'un côté, être impliqué dans les fléaux de l'omnipotence des cours, pendant que, d'un autre côté, il n'y aurait pas de garantie contre les dangers de la mise à l'arrêt des cours. Les cours ne doivent pas franchir les limites de leur autorité ». <sup>346</sup>

210. Il est notable que Tanaka ne cite pas un seul article de la Constitution à l'appui de sa démonstration, qui semble pour lui être un document politique. Tanaka refonde par la *théorie de la société divisée* celle de la *relation spéciale de pouvoir* et conservera cette position toute sa vie. La doctrine des entités infra-étatiques est bien une doctrine prudente comme le montre la position diamétralement opposée du juge Mano<sup>347</sup>.

211. **La proposition d'exercice du pouvoir judiciaire du juge Mano.** Mano considère inconstitutionnel l'article 10.2 de l'Acte de procédure administrative qui prévoit la possibilité d'une objection du ministre à l'injonction en suspension d'exécution car elle viole le principe de séparation des pouvoirs, est « une atteinte fondamentale au principe d'éviter l'autocratie », et, ce sont ses termes, est basiquement assimilable à « prendre une guillotine pour tuer un poulet ». Nous reproduisons ici sa conclusion et ses arguments principaux :

« Lorsqu'un droit et un litige juridique (法律上の争訟) émerge, les personnes concernées doivent être en mesure de porter une action devant les cours pour obtenir de l'acte illégal qu'il soit mis de côté ou modifié afin qu'ils puissent obtenir un remède (à leur situation). Il n'y a aucun doute que cela entre dans le pouvoir judiciaire que la Constitution place dans les mains des Cours. Il est également clair que lorsqu'un tel procès est intenté, qu'il s'agisse d'une injonction prévue par l'article 10.2 est une action judiciaire appartenant au pouvoir judiciaire. La disposition du même article, toutefois, prohibe l'usage

<sup>345</sup> *Ibid* aux pp 387-388.

<sup>346</sup> Kenpō Chōsakai (Japan) et Maki, *supra* note 248 à la p 390.

<sup>347</sup> Itoh, *supra* note 56 à la p 227. Comme de nombreux juges de la Cour suprême de l'époque Mano est issu de la classe moyenne japonaise. Il est né dans le village d'Otsu d'un père en difficulté financières mais d'une manière générale tous les juges ayant connu la seconde guerre mondiale ont eu des périodes difficiles, quelque soit leur origine. Toutefois, le père du juge Mano écrivait des articles dans le journal local sur la démocratie libéral et les libertés civilesaignisant peut-être son regard critique sur ces questions.

de cette action judiciaire qui enjoindrait la suspension d'exécution de l'acte contesté lorsque le Premier Ministre à exprimé une objection. Ceci est contraire au principe de séparation des pouvoirs puisqu'il s'agit d'une invasion du pouvoir judiciaire par la Premier Ministre, un fonctionnaire administratif, et est une interférence dans la détermination judiciaire d'ordonner ou non la suspension de l'acte contesté. »

212. Mano défend une autre vision de la séparation verticale des pouvoirs. Pour lui les éléments de *sankenburitsu* (les trois pouvoirs) :» *bun [séparer] signifie une séparation horizontale des pouvoirs ; et ristu [se tenir] est à interpréter comme indiquant que la séparation doit être regardée comme verticale ou chacune organe indépendant mène à bien ses propres fonctions. Bunritsu [se tenir séparer] est en effet riche en implication » et profond en significations ». Mais pour Mano les États-Unis ont approché le problème de manière réaliste en développant le principe des *checks and balances* qui s'illustre par exemple dans les rapports entre judiciaire et législatif :*

« les lois sont du ressort du pouvoir législatif, mais le pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois est attribué aux cours ; (...) la destitution est du ressort du pouvoir judiciaire, mais est attribuée au Parlement ; (...) les pouvoirs attribués à un organe du gouvernement au regard du principe de séparation des pouvoirs délimitent les limites dans lesquelles cet organe peut opérer , (...) la limite positive à ses actions (...), et les frontières que les autres organes ne peuvent franchir, la limite négative (...). Si un pouvoir pouvait à volonté être envahi par un autre pouvoir, il lui serait possible les deux autres, résultant en autocratie, et de rendre la séparation des pouvoirs sans objet. Ce serait la première étape vers l'oblitération du principal objet de la Constitution : abolir l'autocratie et protéger la liberté du peuple. (...)

213. Sur cette base, Mano propose un pouvoir judiciaire large englobant le contentieux administratif, et refuse l'argument selon lequel ce contentieux dépend du champ d'action du pouvoir exécutif et non du pouvoir judiciaire : suspendre l'effet illégal d'un acte administratif par une injonction temporaire pendant une procédure judiciaire est du ressort ordinaire du pouvoir judiciaire.

214. Il estime ensuite que le domaine réservé du législateur est de voter la loi, mais une loi générale que le juge concrétise lors du contentieux concret. Tout d'abord, si la loi est concrète, elle constitue dans cette affaire une délégation inconstitutionnelle du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif, et transforme les actes de jugements de la cour en actes d'exécution administrative.

215. Par ailleurs pour Mano ce n'est pas la loi qui fixe les cas de *check et balances* mais la Constitution. La Constitution est la norme suprême sauf si « l'on a le courage, la confiance et la prouesse de prouver qu'il existe un droit naturel supérieur ». Pour lui un Etat constitutionnel est le résultat de milliers d'années d'effort, les Etats contemporains qui prennent cette forme reposent sur le droit positif constitué du droit statuaire, jugé et coutumier : l'article 76.2 et l'article 32 sont les bases d'un pouvoir judiciaire fermement établi par le principe de séparation des pouvoirs qui participe à la formation du système constitutionnel.

216. Mano n'est pas contre le fait de limiter le pouvoir judiciaire en raison du bien-commun mais seulement dans une logique de *check and balance* dont les cas doivent être prévus dans la Constitution.<sup>348</sup> Le juge ne peut pas être limité par la loi, et n'a pas à voir l'objection du

<sup>348</sup> Extraits de l'argument de Mano : « Dans le cas à un droit d'un individu a été atteint par un acte administratif illégal (ce qui n'est pas un exercice impropre du pouvoir discrétionnaire, (...) entendre l'affaire est, par sa nature profonde, une action qui appartient au pouvoir judiciaire. (...) Il ne peut être dit que s'il s'agit d'un recours administratif, les juges agissent dans le champ du pouvoir exécutif. Bien sur, quand le législateur en votant une loi fournit la norme dont le juge à besoin pour exercer sa fonction, le juge, qui interprète et applique la loi, doit suivre cette loi. (...) Mais, on ne peut accepter l'omnipotence de la loi et qu'elle peut prévoir tout sauf à désigner les hommes femmes et vice versa. Les lois qui sont votés pour que le juge

Ministre reposant sur une disposition légale supplanter son pouvoir d'injonction. La position de Tanaka reflète pour Mano l'ancienne vue défendue sous la Charte Meiji.

217. Pour conclure, pour Mano, les cours ne doivent pas franchir les limites de leur autorité, mais les entités infra-étatiques ne peuvent punir comme bon leur semble : elles doivent le faire en fonction d'une règle générale préalablement établie. L'article 76.1 prévoit que le pouvoir judiciaire s'applique à tous les litiges juridiques : si le pouvoir judiciaire peut contrôler les sanctions inconstitutionnelles, il peut contrôler les sanctions illégales, et l'autonomie des entités infra-étatiques n'exclut pas le recours ultérieur au juge. Si Mano cite abondamment la loi et la Constitution, il ne fait pas mention de la Loi d'organisation des cours.
218. Abordons enfin deux autres positions supplémentaires. La position du juge Shunzo Kobayashi est d'admettre une autonomie aux entités infra-étatiques, mais cette autonomie garantie constitutionnellement ne signifie pas qu'elles peuvent violer la Constitution : une sanction disciplinaire peut être jugée inconstitutionnelle par rapport à la clause d'égalité de l'article 14 de la Constitution. Mais du point de vue de l'article 3 de la LOC, ce litige ne peut pas être résolu en application de la loi sous peine de s'immiscer dans des conflits politiques et de ne pas voir leur décision acceptée localement. Néanmoins si pour Shunzo l'injonction n'aurait pas dû être formulée, l'objection dépasse le délai légal et la demande est donc irrecevable.
219. Le juge Saito Yusuke les renvoie tous dos à dos en considérant que le jugement est un simple syllogisme dans lequel la loi abstraite est la prémisse majeure et les faits la prémisse mineure. La demande en constitutionnalité ne remplit pas les conditions de l'article 419-2 du Code de Procédure Civile qui permet la saisie de la cour suprême seulement en cas de mauvaise interprétation de la Constitution. Pour Saito, puisque les juges du fond dans leur refus de suivre l'objection du Ministre n'ont tout simplement pas fait mention de la Constitution, le recours était donc irrecevable. Accepter ce type de recours serait pour lui ouvrir le robinet à de nombreuses affaires, et une de ces gouttes d'eau finirait par faire déborder le vase : « l'idiotie de quelqu'un qui court à sa ruine »<sup>349</sup>.

b. **Conséquences jurisprudentielles directes de la décision**

220. Dans un contentieux similaire la Cour suprême jugea le 19 Octobre 1960 dans *l'affaire de la suspension d'accès à la réunion de l'assemblée locale* (懲罰決議等取消請求事件)<sup>350</sup>, une demande d'annulation d'une décision locale de suspension d'accès. Cette suspension ayant couru jusqu'à la fin du mandat de l'élu, le mandat était terminé en date du jugement. Le problème était ici que l'élu ne pouvait de ce fait plus obtenir l'annulation de la décision de suspension car le juge ne pouvait pas le réintégrer dans une fonction arrivée de toute façon à son terme. Il saisit la Cour suprême en se basant notamment sur l'article 32 de la Constitution qui prévoit le droit d'accès aux cours.

---

accomplisse sa mission doivent être générale et abstraites dans leur contenu, les juges conduisent leur mission en les appliquant à des cas concrets. Mais si le contenu de la loi est concret (...) le processus judiciaire est transformé en acte administratif. Pour poser le problème brutalement : si le Premier Ministre objecte et que la Cour doit se plier à cette objection quand elle essaye de résoudre judiciairement un problème, où est l'indépendance du pouvoir judiciaire ? N'est pas un fouillis des pouvoirs administratifs et judiciaires ? »

<sup>349</sup> Japan, Saikō Saibansho et Maki, supra note 60 aux pp 404-405.

<sup>350</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 19 octobre 1960, *Suspension d'accès à la réunion de l'assemblée locale* (懲罰決議等取消請求事件), Minshu, Vol.14, n°12, p.2633. En ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52951](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52951), 1959(O)10, 判決 / 棄却.

221. Les juges du fond examinèrent **la différence entre suspension et expulsion** : la première étant une mesure moins grave que la seconde, l'atteinte au droit pouvait être appréciée différemment. La Cour rejeta la demande d'annulation en déclarant que :

« Dans les sociétés ou organisations qui ont des normes juridiques autonomes, certaines ne remplissent pas les conditions pour un examen judiciaire, laissant leur réalisation normative à une question de discipline interne. ».

222. Cette affaire, une des dernières pour Tanaka qui quittera ses fonctions 5 jours plus tard, fut l'occasion de rappeler dans une opinion supplémentaire, avec Saito et Iizaka, sa position issue de l'affaire Aoyama : il ne doit pas y avoir de distinction entre expulsion et suspension, **les deux sont en dehors du champ du pouvoir judiciaire**. De son côté Kawamura considéra également qu'il n'y avait effectivement pas de raison de distinguer suspension et expulsion en l'espèce, mais la décision punitive a une conséquence sur les rémunérations et n'est donc pas une matière de discipline interne mais fait partie des litiges juridiques prévus par l'article 3 de la LOC. Toutefois, le tribunal ne peut résoudre le litige en application de la loi car il n'a pas été saisi correctement, et il se prononça pour le rejet<sup>351</sup> Le juge Okuno fut plus mordant enfin et expliqua que la distinction entre les questions sérieuses (l'exclusion) et non sérieuses (la suspension) établie par la Cour, est difficilement tenable, puisque la longue suspension fait perdre l'intérêt à agir au plaignant si elle jusqu'à la fin de son mandat. Expliquons : lorsque la suspension court, puisqu'elle est non sérieuse le juge n'examine pas. Il faut des conséquences concrètes. Or, lorsqu'elle est levée et que le juge peut constater le dommage, l' élu n'a plus de mandat. Le dommage est là mais, le juge ne peut plus le réintégrer. Dans ce cas de figure, l' élu ne peut plus remplir les conditions du litige concret (pour rappel que « le juge peut résoudre en application de la loi »). Sans intérêt à agir plus d'action possible.

223. En revanche la doctrine de la société divisée fut acceptée par Mano dans un cas très précis. Dans l'*affaire des décisions budgétaires du conseil municipal* (席田村議会予算議決事件). La Cour réunie en petite chambre, et composé de Toshiro Irie, Tsuyoshi Mano, Yusuke Saito, Iwamatsu Saburo, refusa à l'unanimité le 11 février 1954<sup>352</sup> de contrôler la décision budgétaire de l'exécutif local en l'absence de conséquences pratiques impactant les droits du résident. Elle rappelle à cette occasion ce que signifient les « litiges juridiques » de l'article 3 de la LOC :

« Au regard de l'article 3 de la Loi d'organisation des cours, "Les Cours ont l'autorité, sauf si spécifiquement stipulé par la Constitution, de statuer sur l'ensemble des litiges juridiques (法律上の争訟), et disposent d'autres pouvoirs inscrits dans la loi". Les « litiges juridiques » susmentionnés signifient les litiges relatifs aux droits et obligations des parties qui peuvent être résolus en application des lois et règlements. Les décisions budgétaires du conseil municipal ne sont pas directement relatives à des droits et obligations des villageois eux-mêmes. Elles ne le sont pas tant que le maire n'a pas pris des dispositions fiscales ou d'autres sanctions administratives basées sur ce vote. Par conséquent il ne peut être dit qu'il y a un litige relatif à des droits et obligations concrets, et au regard de la LOC, il n'y a pas de « litige juridique ». Il n'y a par ailleurs pas de dispositions spéciales dans la législation autorisant un recours contre la résolution du conseil municipal. Par conséquent l'action contre les décisions du conseil municipal est illégale. »

<sup>351</sup> Article 205-2 de la Loi d'autonomie locale et Article 2 de loi spéciale de procédure en contentieux administratif. Voir Partie 2 pour les moyens de saisie en inconstitutionnalité.

<sup>352</sup> Cour Suprême, 1ère Chambre, 11 février 1954, *Décisions budgétaires du conseil municipal* (村議会決議無効確認請求), Minshu, Vol.8, n°2, p.419, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/255/057255\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/255/057255_hanrei.pdf), 1951 (O) 584, 判決 / 棄却

224. La césure est simple : les *décisions disciplinaires* sont problématiques car elles sortent l'individu du champ de protection de l'entité infra-étatique. Les décisions budgétaires ne le sont pas car elles relèvent de l'autonomie de ces entités.

c. **Analyse de la décision par rapport à l'évolution de la procédure administrative**

225. Nous avons vu que le contentieux administratif est apparu au Japon avec la restauration Meiji et, qu'il était confié dans un ordre juridictionnel séparé à une Cour Administrative unique, qui n'intervenait, selon le principe du subscriptionisme, que sur un certain nombre de cas limitativement énumérés. La Constitution de 1947 a supprimé la dualité de juridiction.

226. Il fut alors un temps possible pour le juge d'émettre une ordonnance, une suspension d'exécution de la décision administrative, un remède temporaire à l'encontre des défendants en matière administrative, c'est-à-dire à l'encontre des agences d'état dans le cadre des règles de procédures civiles. A ce titre, Rikazou Hiranou, ministre de l'agriculture de la coalition socialiste au pouvoir après guerre, et menacé d'expulsion du gouvernement par les forces d'occupations en raison de son passé sulfureux pendant la seconde guerre mondiale, entama une procédure au civil afin de préserver ses fonctions dans l'attente d'un jugement définitif d'un tribunal sur les faits qui lui étaient reprochés. La décision de la cour favorable à Hirano, contraria au plus au point l'administration d'occupation américaine qui força en 1948 le Parlement japonais à légiférer pour limiter les pouvoirs préventifs du juge en matière administrative avec l'*Acte sur les mesures spéciales de contentieux administratif*.

227. Cet acte donne au juge ordinaire le pouvoir de contrôler l'action de l'administration (article 1 de l'acte) une fois les recours gracieux épuisés (article 2). Cette loi suscita l'espoir de la doctrine japonaise dès lors que « la légalité et non la discrétion de tout acte administratif pourra être contesté devant les tribunaux ordinaires lorsque les procédures civiles s'appliquent. Cette protection des citoyens contre la violation de la loi par la branche exécutive va au-delà de ce que garantissent la plupart des Etats occidentaux ».

228. Ces espoirs furent rapidement éteints par les juges : l'article 11 de cet acte permettait de « rejeter toute action, malgré l'illégalité de l'acte examiné, si le remède apporté était contraire à l'intérêt public » et le juge interpréta à sa convenance la notion d'intérêt public. Ce même article 11 prévoyait également le caractère non-suspensif de la procédure judiciaire. Une mesure de suspension ne pouvait être déclarée, sur la base de l'article 10 de la loi, que pour prévenir un dommage irréparable, et cette suspension pouvait être contestée par le Premier Ministre si cette suspension portait atteinte à l'intérêt public.

229. Mais nous avons vu deux ouvertures dans la décision *Yonaiyama*. Tout d'abord l'injonction de sursis d'exécution de l'administration pouvait être ordonné par un juge en cas de crainte de la survenance d'un dommage irréparable. Ensuite, que l'objection du Premier Ministre à la décision de sursis d'exécution du juge avait été interprétée par la Cour suprême comme devant être manifestée *avant* la décision du juge.

230. En 1962, l'Acte sur les mesures spéciales de contentieux administratif est remplacé par l'Acte de contentieux administratif, qui pour le Professeur Haley, « codifie les concepts et doctrines existantes sans, inutile de le préciser, que fut étendue la notion de pouvoir judiciaire aux mesures administratives les moins formelles ». Cette loi a pour principal avantage de supprimer le principe du recours préalable devant l'administration et d'instaurer le principe du libre choix entre recours devant l'administration et devant le juge.

231. Néanmoins, nous irons au-delà du constat de Haley et dirons que le législateur a pris parti pour l'interprétation de Tanaka Kotaro. En effet les articles 25 à 27 de l'ACA suppriment la possibilité d'injonctions civiles qui avaient été utilisées par Hirano (article 44 de l'ACA), et limitent la possibilité d'injonction du juge dans la décision.
232. L'interprétation majoritaire de Yonaiyama n'est plus possible : le juge ne peut ordonner une suspension d'exécution que dans les cas d'urgence susceptibles de causer des dommages irréversibles, et est interdite si elle sensiblement nuisible à l'ordre public. Le Premier Ministre n'a plus à formuler son objection avant la décision du juge. Il doit simplement l'énoncer, auquel cas la Cour doit renoncer à la suspension d'exécution si elle est en cours de délibération ou l'annuler si cette suspension a déjà été prise<sup>353</sup>.

## § 2 L'influence de la théorie de la société divisée sur l'autonomie des autres entités

233. La doctrine inclue dans la théorie de la société divisée l'autonomie des partis politiques, l'autonomie des corps entrepreneuriaux publics ou privés dans leur relation avec les travailleurs et syndicats, l'autonomie des corps universitaires universités dans leur rapport avec les enseignants et étudiants, l'autonomie des corps religieux dans leur rapports avec leurs croyants et l'autonomie de l'entité judiciaire. Nous allons présenter les grandes décisions des juges du fond et de la Cour suprême, dans des domaines et lieux qui recouvrent la majeure partie du temps vécu par un individu (espace public, éducation, travail, loisirs, engagement politique ou religieux).

### a. L'autonomie des partis politiques et des militants

234. Voyons les deux hypothèses extrêmes où le militant politique est soit rattaché à la sphère civile et à la juridiction du juge, soit rattaché au jugement de l'entité politique.
235. **La perception négative du militant politique et du syndicaliste au Japon.** Il n'existe aucune règle protégeant le militant ou le syndicaliste en cas d'affaires criminelles. C'est peut-être même le contraire au début de la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle. Le 17 août 1949 un train de la ligne Tohoku déraile entre la gare de Kanayagawa et Matsukawa dans la préfecture de Fukushima causant 3 morts. La Cour d'appel de Sendai condamne une quinzaine de communistes et militants syndicaux à des peines lourdes : 5 d'entre eux à mort, 5 autres à la réclusion criminelle à perpétuité, et pour le restant à des peines allant de 3 et demi à 15 ans de prison. Après qu'il fut de notoriété publique que les aveux avaient été extorqués, que des pièces prouvant leur innocence avaient été retirés du dossier, la Cour suprême cassa le 10 août 1959 dans *l'affaire de l'accident de Matsukawa sur les Chemins de fer nationaux japonais* (汽車顛覆致死、同幫助)<sup>354</sup> la décision de la Cour d'appel. L'erreur judiciaire fut reconnue dans les années 1970 et les militants et syndiqués furent indemnisés. (La société des chemins de fer sera privatisée le 1er avril 1987). Lors de la décision de 1959,

<sup>353</sup> Noda, supra note 78 à la p 125.

<sup>354</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 10 août 1959, *Accident de Matsukawa sur les Chemins de fer nationaux japonais* (汽車顛覆致死、同幫助), Keishu, Vol.13, n°9, p.1410, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57786](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57786), 1954 (A) 1671, 判決 / 破棄差戻. Chalmers Johnson, *Conspiracy at Matsukawa*, 1st edition, Berkeley, University of California Press, 1972 ; Roy Thomas, *Japan: The Blighted Blossom*, IBTauris, 1989 à la p 129; David E Kaplan et Alec Dubro, *Yakuza: Japan's Criminal Underworld*, University of California Press, 2012 à la p 46; Fumiko Sasaki, *Nationalism, Political Realism and Democracy in Japan: The Thought of Masao Maruyama*, Routledge, 2012 à la p 178; 松本善明, 謀略—再び歴史の舞台に登場する松川事件, 東京, 新日本出版社, 2012.

de plus de 120 pages, le Président Tanaka exprima une opinion dissidente que nous reproduisons pour partie ci-dessous :

« Je veux prendre position. Même aujourd’hui, ou la position majoritaire est sur le point de se prononcer 10 ans après le jugement de première instance, en renvoyant l’affaire pour un nouveau procès, de nouveaux documents apparaissent, et l’on croit qu’ils participeront à faire émerger la vérité. Est-ce vrai ? Les preuves des faits criminels sont suffisantes au dossier. De nouvelles preuves ne sont ni attendues ni nécessaires. Je pense qu’il y a un problème de liaison entre ces éléments et les points de pure technique juridique (...) si nous renvoyons aux juges du fond, nous ferons peser sur eux un poids (...) et le prestige de la Cour sera terni. [Les accusations de conspirations] ne sont probablement pas facilement compréhensibles pour le commun, ni pour un expert juridique. Cela dépasse le but du Code de procédure criminelle et la pratique de la qualification des faits criminels. Je suis convaincu que la règle de fer de la justice criminelle est que ceux qui n’ont pas commis de crime\* ne soient pas punis sans preuve suffisante. Mais dans le même temps, c’est également un principe fondamental que ceux qui ont commis un crime soient punis lorsque les preuves sont suffisantes. Bien qu’étant contraints par la Constitution et les Lois, il ne faut pas regarder l’arbre et oublier la forêt (木を見て森を見ざるもの), ne pas mésentendre le jugement général en s’attachant trop à des points de technique juridique nécessite une grande intuition. Nous ne pouvons nous empêcher de penser profondément à la manière de procéder de la Cour suprême. »

236. Dans l’affaire *Taniguchi* (公職選挙法違反)<sup>355</sup>, la Cour suprême confirma le 21 novembre 1967 l’interdiction du porte à porte pendant la période électorale prévu par l’article 138 n°1 de la *Loi sur les élections aux offices publiques* du 15 avril 1950, et la sanction criminelle correspondante prévue par l’article 239 de la même loi<sup>356</sup> : jusqu’à un an de prison et 15.000 yens d’amende.<sup>357</sup> Parmi les nombreuses possibles inconstitutionnalité de la loi soulevée par le plaignant, le juge se concentra sur la compatibilité de l’article 138 de la loi avec l’article 21 de la Constitution et jugea que le porte-à-porte pouvait encourager les tentatives de corruption ou de menaces et que son interdiction par le législateur était justifiée afin de parvenir à un processus électoral honnête. Le 21 juillet 1981<sup>358</sup>, dans une des autres nombreuses affaires relatives à l’interdiction du porte à porte le juge Masami Ito (伊藤正己) développa la doctrine de la règle (ルール理論) :

« Dans une campagne électorale, l’opinion politique de chaque candidat doit être présentée librement à l’électorat, même ce n’est pas un endroit où tous les discours se confrontent les uns aux autres sans une exigence minimum. Chaque candidat doit être considéré comme respectant les règles assurant l’équité des élections. Une élection équitable se tient dans le respect de la règle prescrite par la loi (...) un critère constitutionnel strict ne s’applique pas à ce que le contenu de la règle est supposé être, contenu qui doit être du ressort la politique législative. »

237. **L’autonomie totale du parti sur les militants.** Satomi Hakamada, exclu du parti communiste pour l’avoir critiqué en public, demanda par voie de droit civil la restitution d’une de ses maisons que le parti utilisait. Le juge du fond accéda à sa demande et le parti fit

<sup>355</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 21 novembre 1967, *Taniguchi ou Violation de la loi électorale sur les offices publics* (谷口 / 公職選挙法違反), Keishu, Vol.21, n°9, p.1245, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50832](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50832), 1962 (A) 1464, 判決 / 棄却 ; Hiroshi Itoh et Lawrence Ward Beer, *The constitutional case law of Japan: selected Supreme court decisions, 1961-70*, Seattle, Univ of Washington P, 1978 aux pp 149-150.

<sup>356</sup> Hayashida Kazuhiro et 林田和博, « Development of Election Law in Japan » (1967) 34:1 *Hosei kenkyu or Journal of law and politics* 51-104 aux pp 38-47. Pour une présentation des différents types de sanctions. En ligne : <http://catalog.lib.kyushu-u.ac.jp/handle/2324/1546/KJ00000742797-00001.pdf>

<sup>357</sup> A simple titre indicatif, si l’on converti en prenant en compte l’inflation, 15.000 yens valaient 41.66 \$ en 1967, soit environ 300\$ en 2016.

<sup>358</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 21 juillet 1981, *Interdiction du porte-à-porte en période électorale* (戸別訪問事件/公職選挙法違反), Keishu, Vol.35, n°5, p.568, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=51192](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51192), 1980 (A) 1472, 判決 / 棄却. Opinion du juge Ito aux pp.2-8.



appel. Le 20 décembre 1980 dans l'affaire *Hakamada* (共産党袴田事件)<sup>359</sup>, la même 3<sup>ème</sup> chambre de la Cour suprême où siégeait le juge Ito s'attacha à l'aspect procédural, et constatant qu'il n'y avait aucune illégalité, rejeta la demande :

« Dès lors que les dispositions du parti politique relatives aux membres du parti restent au sein des problèmes internes qui ne sont pas directement liés à l'ordre civil général, il doit être dit que la juridiction de la Cour ne s'y étend pas, quand bien même la disposition atteindrait les droits et intérêts d'un citoyen, sauf en cas de circonstances spéciales où la norme fixée (de manière autonome par le Parti) est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

238. En matière de voie de droit administrative à présent. Dans l'affaire du *Parti du Nouveau Japon* (日本新党事件)<sup>360</sup>, les 4 premiers candidats inscrit sur la liste du parti furent élus à la Chambre des représentants lors de l'élection à la proportionnelle du 26 juillet 1992. Le 5<sup>ème</sup> candidat Tetsuhisha Matsuzaki fut exclu du parti les 23 juin 1993. Lors de l'élection suivante le 18 juillet de la même année, Kioke Yuriko, seconde sur la liste, laissa son siège qui revient au 6<sup>ème</sup> candidat sur la liste. Matsuzaki saisit la Haute-Cour de Tokyo d'un recours en invalidation de l'expulsion et d'une confirmation en invalidité de l'élection du 6<sup>ème</sup> candidat auprès de Conseil central électoral, qui lui donna raison le 29 novembre 1994. Le conseil central électoral fit appel auprès de la Cour suprême qui décida la 25 mai 1995 que l'invalidation de l'élection est limitée aux cas d'erreur de droit au regard des dispositions du processus électoral. Tant que la décision d'expulsion respecte des conditions procédurales fixées par le parti qui ne sont pas contraire à la morale ou à l'ordre public, le parti est une entité autonome.

« L'absence ou l'invalidité d'une liste électorale ne doit pas être la cause de l'invalidation d'une élection aussi longtemps que la notification d'exclusion de cette liste est légale ».

239. **Analyse.** Il n'existe aucune marge de manœuvre spéciale dans les mains du militant politique : en matière criminelle il est sous le contrôle plus ou moins standard des autorités administratives. Dans des matières que l'on pourrait qualifier de civiles (occupation non souhaitée d'un bien immobilier), il doit régler ses conflits lui-même avec son parti politique. On peut disserter sans fin : se poser la question de savoir si une personne expulsée par son entité est rejetée dans le champ civil. On peut se demander si un élu exclu localement mais toujours député et un élu local exclu ne disposant pas de mandant national doivent être envisagés différemment, la situation du premier impactant l'ordre civil<sup>361</sup>, l'autre non<sup>362</sup>. Ou on peut considérer que le juge peut aussi faire son travail sans que son champ d'action dépende du statut plus ou moins privilégié de l'élu. Passons ensuite du militant politique au syndicaliste pour examiner la sphère de l'entreprise.

<sup>359</sup> Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, 20 décembre 1988, *Hakamada* (共産党袴田事件/家屋明渡等請求事件), *Shumin*, n°155, 405, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=62340](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=62340), 1985 (O) 4, 判決 / 棄却.

<sup>360</sup> Cour suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, 25 mai 1995, *Exclusion du Parti Nouveau Japon* (日本新党事件選挙無効), *Minshu*, Vol.49, n°5, 1279, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57074](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57074), 1995 (Gyo-tsu) 19, 判決 / 破棄自判.

<sup>361</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 19 octobre 1960, *Suspension d'accès à la réunion de l'assemblée locale* (懲罰決議等取消請求事件), *Minshu*, Vol.14, n°12, p.2633. En ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52951](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52951), 1959 (O) 10, 判決 / 棄却.

<sup>362</sup> Affaire *Hakamada*.

b. **L'autonomie des entreprises publiques et privées dans leurs rapports avec les syndicats et les travailleurs**

240. L'un des éléments essentiels de la notion de litige juridique est la relation entre des parties spécifiques, ce qui vise dans les cas des entreprises les rapports entre les salariés et la direction. Cette autonomie de l'entreprise peut théoriquement entrer en conflit avec d'autres sous-entités qu'elle hébergerait en son sein comme celle des syndicats. Commençons par les entreprises publiques.

241. **L'autonomie de l'entité-entreprise publique dans la gestion des fonctionnaires.**

Nous allons voir les principales décisions relatives au droit de grève puis faire un détour par le droit criminel pour illustrer la perception des syndicalistes au Japon lors de ce qui s'est apparenté à un procès politique. L'article 28 de la Constitution prévoit « Le droit des travailleurs de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement est garanti. » Ce droit est considéré comme un droit non absolu, nommé « qualifié » ou « sous garantie institutionnelle ». La Cour Suprême légifera le 8 avril 1953 dans *l'affaire du décret 201* (昭和二三年政令第二〇一号違反)<sup>363</sup> l'interdiction absolue de la grève des fonctionnaires issue d'un ordre des autorités d'occupations : leurs droits sont issus d'actes unilatéraux de leur administration, ils travaillent pour le bien commun, et peuvent être constitutionnellement privé du droit de grève. C'est la transcription de la technique de réserve à la loi de l'ère Meiji. Le but d'une revendication étant d'obtenir une meilleure situation économique, la Cour considère que la revendication politique n'est pas permise. Aucune nuance ici entre les fonctionnaires attachés au fonction régalien (militaire, police) et instituteurs, ou même ceux correspondant à la catégorie C en France<sup>364</sup>.

« Afin d'établir qu'un crime est commis en violation de l'ordre du Cabinet n°201, il n'est pas nécessaire que le résultat concret d'une atteinte à l'efficacité de l'entreprise survienne nécessairement en réalité, il est suffisant qu'il soit dangereux pour l'efficacité opérationnelle des gouvernement nationaux ou locaux pour constituer un l'acte litigieux (争議手段). Il est évident que l'abandon de son poste de travail constitue une telle situation dangereuse. »

242. L'interdiction totale du droit de grève fut critiqué par les publicistes, et la Cour suprême évolua en considérant le 26 octobre 1966 dans *l'affaire des fonctionnaires du bureau postal central de Tokyo* (郵便法違反教唆)<sup>365</sup> que, contrairement au souhait du gouvernement qui voulait étendre les sanctions criminelles sur les dirigeants syndicaux, les grévistes ne peuvent être sanctionné pénalement que dans 3 cas de figures qui sont : la grève effectuée dans un but politique ; la grève accompagnée de violence ; la grève entraînant par sa longue durée et ses modalités des inconvénients graves menaçant la vie nationale. Elle utilisa alors une interprétation doublement limitative du droit constitutionnel et de la portée de la loi d'interdiction. Une méthode « sage et prudente » pour Fukase et Higuchi, qui énerva au plus haut point les membres les plus conservateurs du parti au pouvoir<sup>366</sup>. Des dirigeants syndicaux sollicitèrent des travailleurs de l'équivalent japonais de l'office des eaux et forêts à se réunir de jour pendant les horaires de travail pour protester contre un amendement à l'Acte sur la police. Les juges de district conservèrent la position de la Cour suprême de 1966 de double limitation de la Constitution et des lois. La Haute-Cour renversa cette décision. Le 25 avril

<sup>363</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 8 avril 1953, *Violation du décret n°201* (昭和二三年政令第二〇一号違反), Keishu, Vol.7, n°4, p.775, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54347](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54347), 1948(Re)685, 判決 / 棄却

<sup>364</sup> Matsui, supra note 100 à la p 27; Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 176.

<sup>365</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 26 octobre 1966, *Bureau de poste central de Tokyo* (郵便法違反教唆), Keishu, Vol.20, n°8, p.901, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=26](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=26), 1964(A)296, 判決 / 棄却.; Itoh et Beer, supra note 355 aux pp 85-103; Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 177; Matsui, supra note 100 à la p 127,148,167-168,228.

<sup>366</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 177; Matsui, supra note 100 à la p 127. 148, 167-168, 228

1973, la Cour suprême, présidée par le juge Kazuto Ishida suivit la Haute-Cour et renversa dans *l'affaire des travailleurs forestiers* (国家公務員法違反)<sup>367</sup> sa position antérieure, sensible aux attaques politiques. Elle jugea ① que peu importe le rang ou le type de fonction, l'emploi public est incompatible avec toute forme de grève car elles sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt public. ② que c'est une atteinte à la démocratie représentative de forcer par la grève le Parlement modifie les statuts fixant la relation de travail entre les administrations et les fonctionnaires. Pour finir ③ elle rejeta la limite constitutionnelle de l'article 31 en lui considérant être compatible les sanctions criminelles de ceux qui organisent, sollicitent ou participent à une grève illégale, peut importe ou commence l'illégalité. Cette position fut confirmée à de nombreuses reprises et maintenue depuis.

« Les travailleurs ordinaires ne bénéficient d'aucun privilège à utiliser les actes de dispute (la grève) comme moyen pour réaliser leur but politiques, (note : parce qu'ils impactent une entreprise privée). Ces actes sont essentiellement permis comme moyen pour améliorer leur statut économique, il doit être conclu impossible de considérer ces actes de dispute soit autorisés comme garantis par la liberté d'expression. Au surplus, il doit être reconnu que les fonctionnaires ne sont pas autorisés à effectuer de tels actes de disputes pour de telles raisons politiques, au double sens qu'ils sont interdits par une loi qui est constitutionnelle et (...) [que les fonctionnaires bénéficient de privilèges liés à leur fonction] »

243. Nous devons mentionner la position opposée des juges Amano et Sekine qui critiquèrent *l'interprétation restrictive* de l'opinion majoritaire en basant leur argumentation sur l'Etat de droit<sup>368</sup>.

244. **L'autonomie morale de l'entité-entreprise privée sur ses employés.** La Charte des droits du Chapitre 3 de la Constitution concerne-t-elle l'action des individus ou entités privés sur les autres individus ou entités privés ? « Non, mais... ». Le 12 décembre 1973 dans *l'affaire Mitsubishijushi* (労働契約関係存在確認請求)<sup>369</sup>, la Cour examina l'attitude de la Compagnie Mitsubishi qui avait refusé de conserver un ancien employé à la fin de sa période d'essai car il avait été engagé dans des mouvements étudiants dans sa jeunesse, information qu'il n'avait pas révélé pendant l'entretien d'embauche. L'entreprise privée japonaise peut

<sup>367</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 25 avril 1973, *Travailleurs forestiers* (国家公務員法違反), Keishu, Vol.27, n°4, p.547, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=39](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=39), 1968 (A) 2780, 判決 / 棄却.

<sup>368</sup> «What is called the **restrictive construction** employed in the cases involving constitutional issues is employed for the measures of approving the constitutionality of the provision concerned by construing the provision of law restrictively, when the regulation of law on the constitutionally guaranteed rights is so broad that it raises doubt of unconstitutionality, and if such restrictive construction can be given without being in conflict with the legislative purpose. And even if the restrictive construction alters a part of the content of the provision, such an alteration is permissible, so far as it remains within the range of reasonable construction of law. But the alteration which would almost rewrite the provision entirely should not be permitted because it invades the legislative power. Furthermore, when the construction makes the constituent elements of the crime vague, it is against the principle of nulla poena sine lege originating in Magna Carta, which purports to state the standing rules for the behavior of the people by informing them in advance of what deed constitutes a crime and what punishment is imposed for it, and also purports to protect the human rights of the people against the arbitrary exercise of the authority to punish. It not only violates Article 31 of the Constitution, but it is also against the idea of democratic state which put the governmental authority under the rule of law and which will realize the society of the rule of law, expecting the law-abiding mind of the people. With regard to this matter, it has been said that also both in Great Britain and in the United States of America where the continental theory of the constituent elements of the crime does not exist, the court achieved the same effect as to declare substantially the invalidity of a certain law or ordinance, in each specific case, by means of refusal of application of a certain law or ordinance by reason of vagueness of the provision on the common law principle of rigid construction. Especially in the United States of America, already a century ago germinated the theory invalidating a provision by reason of its vagueness, and since the 1900's what is called the theory of definiteness has been established up to now as a case-law that declares invalidity of a vague provision by reason of violation of due process clause provided by the Fifth, Sixth and Fourteenth Amendments of the Constitution, on the ground that it is necessary to inform the people fairly and in advance of the laws and ordinances concerning the standing rules for the behavior of the people, and on the ground that the provisions should be clearly prescribed for that purpose.(...) that it has made the provision almost meaningless contrary to the legislative purpose is identical with having entirely rewritten the text of the provision, which exceeds the limit of the restrictive construction”.

<sup>369</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 12 décembre 1973, *Résine Mitsubishi* (三菱樹脂事件), Keishu, Vol.27, n°11, p.1536, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=41](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=41), 1968 (O) 932, 判決 / 破棄差戻; Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 141; Matsui, supra note 100 aux pp 162-163.

en raison de son droit à l'activité économique interroger un candidat sur ses opinions politiques et lui refuser l'emploi si elle le souhaite. Cette discrimination serait jugée contraire au principe d'égalité de l'article 14 de la Constitution si elle était opérée par l'administration. De fait, la discrimination envers un employé n'est pas *directement* constitutionnellement sanctionnée au Japon. Les protections se situent au niveau législatif avec ① l'article 90 du Code civil qui sanctionne de nullité la conclusion (formation ou dissolution) d'un lien contractuel contraire à l'ordre public aux bonnes mœurs, et ② la victime peut par ailleurs demander réparation de l'atteinte causée à ses droits sur le principe des recours civils en dommages et intérêts. Miyazawa et Ashibe considèrent tous deux, l'entrejeu de ces dispositions du Code civil, les valeurs de la constitution s'appliquent indirectement (voir Partie 2 *doctrine de l'application indirecte*). Fukase et Higuchi contestent la servitude morale qui résulte de cette décision préférant, comme la Cour de seconde instance de Tokyo, privilégier un droit constitutionnel minimum de l'employé à garder le silence sur ses opinions dans l'espace de l'entreprise, un silence respectueux de l'ordre public<sup>370</sup>.

245. **Analyse.** L'entité-entreprise dispose d'une autonomie certaine, mais ce sont les dirigeants qui en bénéficient : les parties dans une entité ne sont pas dans une relation d'équilibre. En d'autres termes, la direction privé ou public est assimilée à l'entité elle-même. En ce qui concerne les entreprises publiques, elles disposent d'une autonomie légale qui n'est pas obstruée par les protections de la constitution : la clause d'égalité peut s'appliquer mais les fonctionnaires ne disposent pas du droit de grève. En ce qui concerne les entreprises privées, elles disposent d'une autonomie morale encore plus grande sur leurs employés car la clause d'égalité ne s'applique pas. Dans les deux cas les militants syndicaux ou politiques sont souvent confrontés à la police, et dans les deux cas la théorie de Tanaka a montré son influence : le litige juridique y est peu présent, lorsqu'il l'est la Constitution à le caractère d'un document politique, et la règle de droit l'emporte sur l'Etat de droit : les droits, obligations, relations entre les parties sont majoritairement fixées par la loi que le juge applique pour résoudre les litiges.

c. **L'autonomie de l'université, des enseignants et étudiants**

246. L'autonomie des entités universitaires amène à considérer les rapports entre les étudiants, le personnel de l'université et la police. On peut suivre le juge Yokota et considérer comme dans la seule décision qu'il a écrit pendant son mandat en tant que président de la Cour suprême que : « l'ajustement entre l'autonomie universitaire et l'exercice du pouvoir de police est un problème plutôt complexe. Il n'existe aucune solution si ce n'est s'en remettre au bon sens et à la modération des parties concernées. ». L'éducation est au Japon nous l'avons vu avec l'affaire du *rescrit impérial* un sujet sensible, et si Tanaka était pour l'autonomie des universités il fut par ailleurs l'un des derniers défenseurs de cette ancienne ordonnance impériale sur l'éducation pour les valeurs traditionnelles qu'elle y défendait. Les écoles primaires et secondaires ont toujours été un lieu privilégié pour la diffusion des traditions, et les universités étaient sous Meiji le lieu de formation des fonctionnaires. Les premières universités privées furent fondées à cette époque : l'université privé de Keio (慶應義塾大学) en 1858 par Fukuzawa Yukichi pour enseigner les matières occidentales, l'université de Chuo (中央大学) en 1885 pour enseigner le droit anglais. La Constitution actuelle ne traite pas du cas des écoles primaires et secondaires. Ce sont d'évidents vecteurs d'influence.

<sup>370</sup> Nous verrons dans la Partie 2 des cas où les relations de droit privé ont pu directement donner lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité. Voir également l'affaire Showa, au n°184.

247. Malgré l'autonomisation progressive des universités nationales « depuis les années 1930, bien des persécutions ont frappé, expulsé et emprisonné les professeurs socialistes et libéraux, et beaucoup de livres ont été interdits de publication ou brûlés. »<sup>371</sup> Nous repensons au procès de Minobe, et plus proche de nous, la situation s'est améliorée dans les années 1990 mais un sondage évalua en 2017 que seuls 5% des japonais considèrent être informés des guerres du 20ème siècle<sup>372</sup>. Si la France peut également s'interroger sur l'enseignement de la guerre d'Algérie ou d'Indochine, mais les manuels français étaient semble-t-il, en avance sur les institutions<sup>373</sup>. Néanmoins les conflits sur les programmes sont toujours très fréquents en France<sup>374</sup>

248. La Constitution de 1947 ne traite pas de l'enseignement primaire et secondaire mais prévoit simplement dans un article 23 relativement court : « la liberté de l'enseignement est garantie » et dans son article 26 que : « Chacun a le droit de recevoir une éducation égale correspondant à ses capacités, dans les conditions prévues par la loi. Chacun est tenu de donner aux garçons et aux filles, sans exception, placés sous sa protection, l'enseignement élémentaire dans les conditions prévues par la loi. L'éducation obligatoire est gratuite. » Concernant la liberté d'expression des enseignants ou étudiants, l'article 21 de la Constitution prévoit qu' : « Est garantie la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression. Il n'existe ni censure, ni violation du secret des moyens de communication. »

i. Autonomie totale de l'administration dans le primaire et le secondaire.

249. L'école est un vecteur d'influence puissant pour le gouvernement s'il peut fixer le contenu des enseignements, des manuels et des examens. Dans l'affaire *Asahikawa*<sup>375</sup> des enseignants s'opposèrent aux tests standards établis par le gouvernement et proposèrent de limiter l'action du gouvernement à la construction des bâtiments et au recrutement du personnel, pour que leur soit reconnu un droit à choisir le contenu des cours. La Cour suprême rejeta le 21 mai 1976 les deux arguments en admettant un droit limité à enseigner, un droit à l'administration de fixer le contenu des cours pour des raisons d'uniformité sur le territoire, et un droit de l'enfant à ne pas être endoctriné. Elle jugea le test constitutionnel, et condamna les enseignants pour manifestation illégale. D'une manière générale l'éducation primaire privée ou public est régulée au Japon comme en France : les municipalités et préfectures ont des conseils éducatifs mais la décision finale du contenu des cours revient au Ministère de l'Education. Simplement, puisque que ce Ministère étant occupée depuis 1947 par des membres du parti conservateur, hors parenthèse 2009-2011, les manuels sont porteurs de valeurs conservatrices en ignorant par exemple les périodes les plus sombre de l'histoire Japonaise. La distribution d'un manuel dans les établissements nécessite l'autorisation

<sup>371</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 151; Yoshiko Nozaki, *War memory, nationalism, and education in postwar Japan, 1945-2007: the Japanese history textbook controversy and Ienaga Saburo's court challenges*, London; New York, Routledge, 2009; Christopher Barnard, *Language, ideology, and Japanese history textbooks.*, London [u.a, Routledge, 2014. Masayuki Uchino, "The Struggle for Educational Freedom", dans *Five Decades of constitutionalism in Japanese society*, pp.115-118, (Yoichi Higuchi ed., 2001);

<sup>372</sup> Carl F Goodman, « [26WashIntLJ017] Contemplated Amendments to Japan's 1947 Constitution: A Return to Iye, Kokutai and the Meiji State » [2017] *Contemplated Amendments to Japan's 1947 Constitution: A Return to Iye, Kokutai and the Meiji State* à la p 58, en ligne: <<https://digital.lib.washington.edu/443/dspace-law/handle/1773.1/1657>>.

<sup>373</sup> « Dans les manuels français et algériens, un difficile effort de mémoire », en ligne: <http://www.ladepeche.fr/article/2012/03/11/1308712-dans-les-manuels-francais-et-algeriens-un-difficile-effort-de-memoire.html>; « France-Algérie : la guerre des mémoires in la revue l'Histoire sept 2010 », en ligne : Benjamin Stora <<https://benjaminsora.univ-paris13.fr/index.php/articlesrecents/la-memoire-28/228-france-algerie-la-guerre-des-memoires-in-la-revue-lhistoire-sept-201015.html>>.

<sup>374</sup> <http://www.linfo.re/france/societe/725308-education-le-principal-syndicat-du-primaire-fait-front-au-ministre>

<sup>375</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 21 mai 1976, *Asahikawa* (建造物侵入、暴力行為等処罰に関する法律違反), Keishu, Vol.30, n°5, 615, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57016](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57016), 1968 (A) 1614, 判決/その他.; Fukase et Higuchi, supra note 118 aux pp 155-156; Matsui, supra note 100 aux pp 213-214; Itoh, supra note 56 à la p 129.

préalable du Ministère, qui ne l'accorde pas lorsque l'éditeur refuse de faire les corrections souhaitées. Le Professeur Ienaga, récipiendaire du prix de l'académie impériale en 1948, entama en 1965 une longue bataille judiciaire.<sup>376</sup>

250. En 1993 dans l'*affaire du manuel d'histoire du Professeur Ienaga I* (損害賠償請求事件)<sup>377</sup> la Cour suprême reconnaît constitutionnelle la censure de passages relatifs aux guerres sino-japonaise et russo-japonaises d'un manuel d'histoire considéré « marxiste », considérant qu'il n'y avait pas censure au regard de l'article 21 de la Constitution puisque le refus d'autorisation n'empêchait pas la publication en général du manuel. Finalement après presque 30 ans de procédures de la part du Professeur Ienaga, la Cour jugea en 1997 dans l'*affaire Ienaga II* (損害賠償)<sup>378</sup> que le système d'autorisation préalable à la publication était légal, mais l'ordre direct de supprimer les mentions d'usage d'armes toxiques par l'armée japonaise allait trop loin<sup>379</sup>. La publicité faite par les procès Ienaga poussa le Ministère à réformer ses pratiques et la plupart des manuels font mentions des faits historiques des principales guerres japonaises. Ienaga fut nommé au Prix Nobel de la Paix en 2001.

## ii. Autonomie de l'université : franchise universitaire limitée

251. Dans le système éducatif, l'université est un lieu à part qui doit être préservé de toute influence extérieure afin de permettre à ses étudiants de développer esprit critique et curiosité. C'est souvent au Japon, le premier lieu de vie pour les jeunes japonais en dehors du cocon familial<sup>380</sup>. C'est néanmoins le premier espace de liberté avant l'entrée des japonais sur le marché du travail. A titre d'exemple le strict code vestimentaire s'allège, et les universités mettent à la disposition des étudiants des bâtiments réservés à leurs cercles d'intérêts respectif.

252. **Invasion de l'espace de l'université publique par la police.** Février 1952, quatre étudiants faisant parti d'un de ces cercles de loisir universitaire nommé Popolo (pour peuple) présentent une pièce de théâtre inspiré de l'affaire *Matsukawa*. Ils découvrent que des policiers en civil déployé sans l'avis du recteur les surveillent. L'un des étudiant empêche un policier de sortir et lui confisque son carnet d'enquête. Il est poursuivi pour violence sur agent et relaxé par le tribunal de district de Tokyo le 11 mai 1954 et la Haute-Cour de Tokyo le 8 mai 1956. Les juges du fond estiment que son action conforme à la liberté académique prévue par l'article 23 de la Constitution. Il a bien recouru à des moyens physiques » mais selon une modalité admissible (...) pour défendre la liberté académique (notamment l'autonomie universitaire) contre la surveillance et la pression policières permanentes « La Cour Suprême interprète le 22 mai 1963 dans ce qui sera connu comme l'*affaire Popolo*<sup>381</sup>, l'article 23 de la Constitution et dégage les 4 composants à la liberté académique : les libertés subjectives de l'étude, de la publication d'œuvres scientifiques, de l'enseignement supérieur, la garantie

<sup>376</sup> 家永三郎 (IENAGA Saburo), 家永・教科書裁判: 裁かれる日本の歴史. (*Ienaga. Recueil des procès: histoire des poursuites envers l'Etat Japonais*), 東京, 文一総合出版, 1977.

<sup>377</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 16 mars 1993, *Ienaga I* (家永 I), Minshu, Vol.47, n°5, 3483, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1434](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1434), 1986 (O)1428, 判決 / 棄却.; Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 155. Première décision : Cour de district de Tokyo, 17 juillet 1970, 604 Hanrei Jiho 29.

<sup>378</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 29 août 1997, *Ienaga II* (家永 II 損害賠償), Keishu, Vol.51, n°7, p.2921, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52529](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52529), 1994 (O) 1119, 判決, その他.; Matsui, supra note 100 à la p 198.

<sup>379</sup> Matsui, supra note 100 à la p 198.

<sup>380</sup> Même si dans la ville de Tokyo, le prix des loyers et de l'éducation oblige une grande partie d'entre eux à faire jusqu'à 4 h de trajet par jour pour aller et revenir, et travailler dans des baitos

<sup>381</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 22 mai 1963, *Popolo* (暴力行為等処罰ニ関スル法律違反), Keishu, Vol.17, n°5, 370, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=20](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=20), 1956 (A) 2973, 判決 / 破棄差戻; Itoh et Beer, supra note 355 aux pp 226-242; Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 152; Itoh, supra note 56 aux pp 117-158; Matsui, supra note 100 à la p 212; Itoh, supra note 56 aux pp 51-52.

objective ou institutionnelle de l'autonomie universitaire). Toutefois elle inclue l'autonomie des étudiants dans l'autonomie de l'entité universitaire par émanation de l'autonomie gérée par les professeurs, quand ils se réunissent pour l'étude académique ou la présentation de ses résultats. Cette autonomie disparaît lorsqu'ils font des activités politiques et sociales liées à l'actualité.

« Dans le cas où les rassemblements étudiants ne sont pas réellement pour des buts de recherche académique ou d'annonce des résultats, ils agissent au nom d'activités sociales et politiques du monde réel, auquel cas il ne peut être dit qu'ils disposent de la liberté académique spéciale et de l'autonomie garantie possédée par l'université. De plus, ces rassemblements ne sont pas seulement pour les étudiants, en particulier lorsque l'accès est ouvert au public, et devraient donc être considérés comme des rassemblements publics. Au regard des pièces du dossier, la représentation théâtrale faisait partie du soi-disant « jour de lutte anticolonialiste », et la pièce concernait l'affaire Matsukawa (...) et Shibuya. Tous ces actes touchent au monde réel et politique. »

253. **Prudence judiciaire vis-à-vis de l'université.** La théorie de la société divisée est formellement appliquée le 8 février 1966 dans l'affaire du concours d'ingénieur (技術士国家試験事)<sup>382</sup>, où le juge refusa de contrôler la constitutionnalité des litiges portant sur questions académiques, en l'espèce le contenu de l'examen d'ingénieur :

« Le contenu intrinsèque des domaines sur lesquels la Cour peut se prononcer est limité aux « litiges juridiques » mentionnés à l'article 3 de la LOC, et ces litiges juridiques concernent « un litige relatif à des droits et obligations spécifiques qui peut être résolu en application de la loi et des règlements. ». Par conséquent, **les simples conflits politiques, économiques, technologiques ou académiques** ne sont pas propices à être résolus en application des lois et règlements et n'ont pas à être jugés par une cour. Le jugement de l'acceptation ou du refus à un examen national est également un acte qui inclut un jugement sur la supériorité ou l'infériorité des connaissances académiques, des connaissances techniques, de l'habileté, des opinions etc. L'évaluation de ce jugement doit être laissée à l'agence administrative d'examen. Il ne peut être dit possible de juger le succès ou l'échec à un examen et de résoudre spécifiquement le litige en appliquant les lois et réglementations. Le jugement de première instance est sur ce point justifié et le plaignant ne recherche qu'à obtenir un remède sur des questions que la Cour ne traite pas. Par conséquent, avec les yeux fermés sur cette question, l'argument selon lequel le test rendu par le demandeur était correct et qu'il a été disqualifié de manière inconstitutionnelle (...) ne peut être suivi. »

254. **Sortie de l'espace de l'université privée par les étudiants.** Elle est confirmée le 19 juillet 1974 dans l'affaire de l'université féminine de Showa (昭和女子大事件)<sup>383</sup>. Cette université avait établi un code de bonne conduite. 2 étudiantes initièrent un recueil de signature contre un projet de loi, attitude jugée contraire au code de bonne conduite. Malgré les mises en garde de l'université, les étudiantes continuèrent et se firent exclure au titre de l'article 36.4 de la Loi sur l'Éducation Scolaire. La Cour de district insista sur le caractère malgré tout public des universités privées (article 6 de la Loi sur l'éducation de base) mais considéra que le seuil de tolérance des comportements répréhensibles fixé par l'article 3 de la même Loi était contraire à la clause d'égalité de l'article 14 de la Constitution et à la liberté de conscience de l'article 19 de la Constitution. La Cour d'appel cassa ce jugement en considérant que cette mesure faisait partie du pouvoir discrétionnaire de l'université. Les étudiantes saisirent la Cour suprême qui, établissant un lien direct avec la jurisprudence Popolo, déclara :

<sup>382</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 8 février 1966, *Concours d'ingénieur* (国家試験合格変更又は損害賠償請求事件), Minshu, Vol.20, n°2, 196, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53947](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53947), 1964 (Gyo-tsu) 61, 判決 / 棄却.

<sup>383</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 19 juillet 1974, *université féminine de Showa* (昭和女子大事件), Minshu, Vol.28, n°5, p.790, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=54110](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=54110), 1967 (Gyo-tsu) 59, 判決 / 棄却.

Les dispositions garanties aux article 19, 21 et 23 de la Constitution visent des libertés... exclusivement relatives aux relations juridiques entre une organisation nationale ou public et un individu et ne peuvent pas être étendue par analogie aux individus privés. Même si elle consiste en une mesure disciplinaire extensive relative aux activités politiques des étudiants, il ne peut être dit que cela constitue une limite à la liberté et au droit à l'éducation. (...) L'université considère que les plaignants ne sont plus enclins à accepter la politique éducative de l'université et ont jugé que l'objectif « d'atteindre un but éducatif » avait été perdu, et cette décision est socialement rationnelle.

255. **Les affaires Toyama.** Six étudiants à l'université de Toyama avaient participé au cours du Professeur A en 1966. Le département d'économie demanda à ces élèves d'arrêter de suivre ces cours. Les plaignants refusèrent, continuèrent de suivre les leçons, passèrent les examens et les réussirent. Sur la base de ces résultats, le Professeur envoya un rapport d'évaluation positif au doyen qui ne délivra pas les crédits correspondants. Les étudiants firent en recours en confirmation de l'illégalité du refus de décider de délivrer ou de ne pas délivrer les crédits (単位認定行為). Le juge de première instance considéra le recours comme visant « une relation spéciale de pouvoir » et rejeta l'action. L'appel infirma cette décision et renvoya à la cour de district de Toyama. Les étudiants saisirent la Cour suprême qui rejeta le 15 mars 1977 leur demande dans l'*affaire de la certification de crédits universitaires de l'université de Toyama* (富山大学単位不認定事件)<sup>384</sup>.

« L'université est un lieu d'éducation pour les étudiants et de recherche académique qu'elle soit publique ou privée (...) elle forme une société partielle différente de la société civile. Par conséquent, tous les litiges ayant lieu à l'université ne sont naturellement pas sujet à un contrôle judiciaire de la Cour. »

256. Un autre étudiant ayant par ailleurs obtenu l'ensemble de ses crédits demanda la certification de son diplôme (修了認定). Elle jugea séparément cette *affaire de la délivrance du diplôme de l'université de Toyama* (富山大学専攻科修了不認定事件)<sup>385</sup>, et considéra que à la différence d'une mesure d'évaluation le diplôme est une disposition administrative (行政処分) sur laquelle le contrôle du juge s'exerce.

« Les universités nationales et publiques sont utilisées pour les citoyens comme établissements publics de recherche pédagogique, (...) les étudiants utilisent les universités publiques nationales comme des citoyens publics utilisent d'autres installations publiques. Refuser cet usage c'est refuser le droit d'utiliser les bonnes installations publiques que les étudiants ont en tant que citoyens en général Ce refus devrait être considéré comme faisant l'objet d'un contrôle judiciaire »

257. **Analyse.** La *théorie de la société divisée* à pour avantage de permettre normalement une certaine autonomie aux universités dans les domaines purement techniques. La Cour opte pour une prudence judiciaire certaine, et en considérant ces litiges non juridiques elle tisse une barrière autour de ces entités. Cette barrière ne semble toutefois concerner que le pouvoir judiciaire : le juge l'ouvre si ① il considère que l'étudiant s'exclut de lui-même des règles de l'université, ② si c'est la police qui vient frapper à la porte. A cet égard, les publicistes japonais critiquent en général la décision *Popolo* : « Peut-on négliger le fait, constaté, qu'une surveillance générale et quotidienne les policiers menacerait nécessairement l'autonomie universitaire ainsi que la liberté d'étude et d'enseignement ? Les sciences et arts qu'on étudie à l'Université devraient-ils et pourraient-ils s'isoler des circonstances de la vie sociale et

<sup>384</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 15 mars 1977, *université de Toyama, demande n°1 relative à la certification des crédits universitaires*, (affaire 1/2 富山大学事件, 単位不認定事件), Minshu, Vol. 31, n°2, p.234, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56314](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56314), 1971 (Gyo-tsu) 52, 判決 / 棄却.

<sup>385</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 15 mars 1977, *université de Toyama, demande n°2 relative à la délivrance du diplôme*, (affaire 2/2 富山大学事件, 専攻科修了不認定事件), Minshu, Vol. 31, n°2, p.280, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57782](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57782), 1971 (Gyo-tsu) 53, 判決 / 棄却.



politique ? L'activité culturelle du groupe d'étudiants, autorisée par l'autorité universitaire, devrait être respectée comme une partie de l'autonomie universitaire par les juges, etc. ».<sup>386</sup>  
Et nous partageons leur point de vue.

d. **L'autonomie des entités religieuses et des croyants**

258. La Cour ne s'occupe pas des questions de doctrines religieuses<sup>387</sup>, refuse de juger la « vérité »<sup>388</sup>. D'anciens membres de la sokka gakkai<sup>389</sup> ayant contribué pour 5,4 millions de yens à la mise en place d'une plaque en bois dans le hall d'un des centres de la secte saisirent le juge dans le cadre de l'équivalent japonais de l'action de in rem verso pour obtenir la restitution du « don » pour enrichissement sans cause réelle et sérieuse en arguant d'un cadeau fait dans l'erreur. La Cour considéra, le 7 avril 1981 dans l'affaire de la *Mandala en bois*<sup>390</sup> que ce litige bien que concret ne pouvait être résolu en application de la loi car il l'aurait obligé à se prononcer sur le contenu d'une doctrine religieuse. On voit ici les deux types de limites doctrinales au pouvoir judiciaire : extrinsèques (外在的) lorsqu'elles ne concernent pas le pouvoir judiciaire, et intrinsèques (内在的) lorsqu'elles concernent l'une des éléments définition du litige juridique<sup>391</sup>.

« L'Appelant Jokoku sollicita les fonds donnés dans l'affaire présente pour construire un Grand Temple Principal afin d'y installer un objet de vénération (honzon) dans le grand sanctuaire (kaidan) qui s'y trouverait. Toutefois, après que les dons eurent été faits, il apparut que l'objet de vénération connu sous le nom de « planche mandala » et que l'Appelant Jokoku installa dans le Grand Temple Principal n'était pas reconnu par la Secte Nichiren, comme étant « l'objet de vénération érigé par Nichiren douzième jour du dixième mois de la seconde année de Koan (1279). (2) En sollicitant des dons, l'Appelant de Jokoku a prétendu que l'accomplissement du grand temple principal signifierait « l'accomplissement du temps de kosen rufu (conversion du monde) » et que le grand temple principal serait le haut sanctuaire du vrai bouddhisme. Mais lorsque le Grand Temple Principal fut achevé, l'Appelant Jokoku déclara qu'il ne signifiait pas encore la réalisation du Haut Sanctuaire mentionné dans les ouvrages « Sur les Trois Grands Dharmas Secrets » (Sandaihiho sho) et « Document pour confier la Loi que Nichiren a Propagé tout au long de sa vie » (Ichigo guho sho), et que le kosen rufu n'avait pas encore été atteint. Pour déterminer si des erreurs ont eues lieu, le point (1) au-dessus requiert de juger la valeur religieuse d'un objet de foi, et le point 2) (ci-dessus requiert un jugement sur des doctrines religieuses telles que 'l'achèvement d'un Haut Sanctuaire' et l'atteinte du « Kosen Rufu ». Dans les deux cas les problèmes de part leur nature, ne peuvent pas être résolues en application de la loi.

« Cette affaire prend la forme d'une dispute à l'égard de droits et obligations concret ou de relations légales, et la détermination d'une doctrine religieuse ou de la valeur d'un objet religieux n'est réputée être rien d'autre qu'une question a priori pour décider de la demande. Mais cette détermination est

<sup>386</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 152; Higuchi, supra note 23 à la p 27.

<sup>387</sup> 宗教上の教義及び信仰の内容とは無関係

<sup>388</sup> 「真実に反する訴訟行動」

<sup>389</sup> La Sokka Gakai est une secte japonaise bouddhique extrêmement puissante disposant d'une émanation politique, le Komeito, que l'on pourrait grossièrement situer comme parti populiste d'extrême gauche allié d'un gouvernement de droite dure, et pro empereur.

<sup>390</sup> Cour Suprême, 3ème chambre, 7 avril 1981, *La Mandala en bois* (板まんだら事件 / 寄附金返還), Minshu, Vol. 35, n°10, 1369, en ligne : Minshu [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=67](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=67), 1976 (O) 749, 判決 / 破棄自判. Conclusion de la Cour : La Cour d'appel a donc commis une erreur d'interprétation et d'application de la loi lorsqu'elle a statué que la requête des appelés de Jokoku en l'espèce constituait un litige. Comme ces erreurs affectent manifestement la conclusion de la Cour, l'argument de l'Appelant Jokoku est raisonnable et la décision initiale devrait être annulée. En outre, les allégations hypothétiques présentées par les appelants de Jokoku après l'achèvement de la procédure préliminaire devant le tribunal de première instance (à savoir que les dons ont été révoqués pour fraude ou que les dons en l'espèce avaient cessé d'avoir une cause légale en raison du retrait aux donateurs de la qualité de membre) doivent être rejetées conformément au Code de procédure civile, article 255, paragraphe 1. Par conséquent, la requête des appelants de Jokoku en l'espèce devrait être rejetée comme non conforme à la loi. Il n'y a pas lieu d'examiner les autres motifs de l'appel de Jokoku. Le jugement du tribunal de première instance qui a abouti à la même conclusion que ci-dessus est exact et l'appel intermédiaire des appelants de Jokoku devrait être rejeté.

<sup>391</sup> Voir Chapitre 2 de ce Titre.

indispensable à la poursuite et régit son issue et, par ailleurs, les procès-verbaux de la poursuite montrent que les questions impliquant la détermination constituent le fondement du litige et de la justification des prétentions des parties en l'espèce. Compte tenu de ces faits, la présente action ne peut, en substance, être résolue définitivement par l'application de la loi et ne constitue donc pas un « litige en droit » au sens de l'article 3 de la loi sur l'organisation de la Cour. (...) »

259. En revanche la Cour pourra juger les cas où une personne revendique une croyance mais hors cadre religieux structuré et donc hors d'une entité pour justifier de pratiques de « soins » contraires à la dignité sur une personne gravement malade<sup>392</sup>.

260. **L'émergence de sous-techniques interprétatives.** En faisant éclore à l'occasion de ces affaires, et dans ce diptyque séparation des pouvoirs/Etat de droit mentionné plus haut ce que nous qualifions de techniques de prudence interprétative. Elles fonctionnent comme autant de moyens de défense pour l'administration qui verrait ses décisions contestées. Ce sont ces doctrines que les élèves au concours du barreau apprennent et étudient. Dans l'espace public la décision sur les ordonnances de Tokyo a vu l'émergence de la doctrine des circonstances spéciales (集団暴徒化論) pour limiter la portée de l'article 21 de la Constitution. Pour les entités politiques, la décision sur l'interdiction du porte-à-porte a vu émerger la doctrine de la règle de Ito (ルール理論) qui limite leurs moyens d'actions dans le champ public. Pour les entités universitaires l'affaire Popolo a vu l'émergence de la doctrine de la sortie du champ de la liberté protégée (学問の自由の保護範囲外これに対し). Pour les entités religieuses l'affaire Mandala a vu l'émergence de la doctrine du jugement sur la vérité. Si l'on rattache à ce champ de recherche l'entité judiciaire, l'affaire Teranishi a vu l'émergence de la doctrine du *but politique*.

<sup>392</sup>Voir décision de la Cour suprême, *Nishida*, 15 mai 1963. Cité par Matsui pages 149 et 190.



## CONCLUSION DU TITRE : LA SEPARATION DES POUVOIR FACE A L'ETAT DE DROIT

261. Nous avons vu dans le Chapitre 1 l'origine du pouvoir judiciaire au japon.
262. Depuis Meiji on remarque que l'émergence, l'apogée et le déclin d'un courant doctrinal est souvent lié au contexte économique et social de l'époque. Aller à l'encontre de l'esprit du temps est jugé courageux si cette doctrine minoritaire devient par la suite majoritaire, conservateur si de majoritaire elle devient minoritaire. Dans le premier cas, l'histoire japonaise montre clairement que la doctrine japonaise a dû faire face à de graves crises. Cela explique probablement pourquoi le rôle du Professeur de droit constitutionnel japonais est un peu différent de son collègue français et pourquoi les dogmatiques du positivisme juridique ont peine à s'y établir. Le Professeur français semble plus attaché à essayer suivre une démarche épistémologiquement apurée de considérations axiologiques, en suivant la règle de Hume qui propose une démarche déontologique de différenciation entre l'acte de description du droit positif (l'être, le sein) de l'acte de prescription (le devoir-être, le sollen). Suivre une démarche scientifique permet aussi de positionner la discipline juridique comme une science sociale particulière, susceptible d'assurer son financement. Au Japon le constitutionnaliste est partagé entre les mêmes exigences, de « scientificité légitimatrice » dans un climat extrêmement compétitif entre les universités privées, publiques, japonaises et internationales, mais conserve une attention permanente à son rôle politique dans la société.
263. Les articles du Chapitre 3 de la Constitution Japonaise ont été qualifiés de principes directeurs<sup>393</sup>, grandes libertés publiques<sup>394</sup>, ou droits fondamentaux<sup>395</sup>. Ce n'est pas neutre. Tout exercice de classification témoigne d'une philosophie particulière de son auteur par rapport à ce qu'est l'homme, la société et l'Etat. Les japonais se sont bien évidemment interrogés sur ces principes bien avant la Constitution de 1947 mais ils n'avaient jamais été consacrés en droit positif et sont donc globalement considérés comme exogènes même après 1947. Ce caractère exogène est soit vu comme une chose positive si l'on penche pour une vision humanitariste du droit, soit négative car contraire aux traditions japonaises. Nous avons montré la doctrine académique et jurisprudentielle ne traite pas les dispositions de la Constitution de la même manière, et que les droits sociaux sont les plus débattus car ils révèlent une tension entre le principe d'individualisme, de libéralisme et d'Etat providence. La norme judiciaire constitutionnelle est donc substantiellement variable.
264. Nous avons vu dans le Chapitre 2 que la nouvelle Constitution attribue dans son article 76.1 l'ensemble du pouvoir judiciaire à la Cour suprême et aux autres tribunaux qui seraient institués par la loi. La Loi d'Organisation des Cours précise que la Cour traite de *l'ensemble des litiges juridiques et des autres pouvoirs prévus par la loi*. Nous avons vu que la Cour exigeait un *litige concret* entendu comme : « un litige juridique est un litige concernant les droits et obligations spécifiques entre les parties concernées et l'existence ou la non existence d'une relation juridique et qui doit être finalement résolu en application du droit ». Nous avons vu que le secrétariat général près la Cour suprême a dans une notice explicative résumé la jurisprudence de la manière suivante

① « un conflit relatif à des droits et obligations spécifiques , ou la présence ou l'absence de relation juridique entre les parties (incluant la présence ou l'absence d'une autorité punitive) », et ③ « qui doit être résolu en application de la loi ». ④ « De plus le connecteur logique « de tous » dans « de tous les litiges » doit être compris comme : « Les litiges au civil c.-à-d. relatifs aux relations de droit privé, (note :

<sup>393</sup> Noda, *supra* note 78 aux pp 212-214.

<sup>394</sup> Robert, *supra* note 141 aux pp 275-278.

<sup>395</sup> Nous utilisons personnellement l'expression droits fondamentaux dans un sens sens restreint aux droits constitutionnellement garantis par un juge.

des litiges) criminels c.-à-d. des autres conflits relatifs à la présence ou l'absence d'autorité punitive, et en matière administrative, comme incluant les requêtes en révocation d'une mesure de contrainte administrative. »<sup>396</sup>

265. Deux écoles s'opposent au Japon depuis les années 1950, et les débats les plus récents aux États-Unis montrent une ligne de fracture identique entre les défenseurs de la « Séparation des pouvoirs » et les défenseurs de « l'Etat de droit ». Les *actes d'autonomie du Parlement* (自律権に関する行為), les *actes discrétionnaires du Gouvernement*, les *actes politiques du Gouvernement ou du Parlement* (統治行為) **ne** sont pas examinés par le juge en fonction du principe de séparation horizontale des pouvoirs. Les *actes des entités infra-étatiques* ne sont pas examinés en raison du principe de séparation verticale des pouvoirs, et cette doctrine trouve son origine dans le cadre d'un débat entre le pouvoir d'injonction du juge et d'objection du Ministre.
266. **L'Ecole de la séparation des pouvoirs.** Au Japon, la position majoritaire vise un litige juridique restreint en ayant une conception stricte de la séparation des pouvoirs et de démocratie représentative. Cette conception stricte de la séparation des pouvoirs divise ceux-ci de manière horizontale et verticale, enclouant les corps présents sur le territoire japonais au niveau national et local : chacun doit être autonome. C'est une conception molle de l'Etat de droit (Rule of Law) assimilée à la règle de droit (rule of law) : le juge doit respecter la norme législative et la Constitution n'est au maximum qu'une loi spéciale ou au minimum un document politique. Cette position exclut la reconnaissance des recours objectifs et limite fortement les recours subjectifs : l'action des corps prime sur les droits individuels. C'est une vision du pouvoir judiciaire antérieure à la Constitution de 1947. Elle le sépare du pouvoir constitutionnel du juge qui doit être limité.
267. **L'Ecole de l'Etat de droit.** Au Japon la position minoritaire de la Cour s'accorde avec la majorité souvent sur la notion de litige concret, mais dans l'idée que le rôle du juge est d'appliquer la loi générale au cas concret, moins de refuser de regarder les litiges un tant soit peu abstraits. Elle vise un litige juridique plus large, en ayant une conception de la séparation des pouvoirs soit dynamique par le jeu des *checks and balances*, soit subordonnée à la règle de l'Etat de droit en matière judiciaire. Si elle laisse libre cours aux actions des « entités », elle les entend comme des composantes du corps étatique, et donc l'action illégale est susceptible d'être sanctionnée par le juge. Il est donc possible de protéger en dernier lieu les droits individuels sur toute décision qui leur porterait atteinte. Il n'y a pas de scission entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir constitutionnel.
268. Si l'on met en avant le rôle de *l'Etat de droit*, le but du judiciaire est de corriger les conduites illégales de l'exécutif et du législatif à ce titre, effectivement, l'action du juge interfère dans l'action de l'exécutif et du législatif, mais d'une manière qui n'est pas constitutionnellement interdite car leur conduite est avant toute chose illégale. La seule implication du principe de séparation des pouvoirs est donc que le législateur ou l'administration fournisse une cause à l'action.

<sup>396</sup> Secretariat of the Supreme Court, Public Administration Bureau, « Court Law Journal Explanatory », vol.1, 1967年に刊行された最高裁判所事務総局総務局裁判所法逐条解説上巻, voir aussi 平成16年(行ウ)第372号 住基ネット受信義務確認等請求事件 直送済原告 杉並区 被告 東京都外1名 準備書面 平成17年2月23日 東京地方裁判所民事第38部合A係 御中 page 5



## TITRE 2 – LA JUSTICIABILITE OU LE DROIT DE POURSUIVRE

269. Le système juridique japonais disposait avant la nouvelle constitution d'une procédure civile et pénale bien établie, et ne dispose toujours pas de procédure constitutionnelle. La comparaison avec les États-Unis, pourtant nécessaire, est difficile à conceptualiser parce qu'il s'agit alors de mixer les doctrines du contentieux du *judicial review* de la Cour suprême des États-Unis au contentieux ordinaire. La discussion sur le contentieux constitutionnel japonais doit partir des notions civilistes du contentieux ordinaire au Japon comme celle de la notion d'*intérêt à agir* ou selon une définition littérale, des « bénéfices de la demande ». Comme le dit le Professeur Nosaka :

« Que l'on préfère ou rejette la théorie constitutionnelle de notre pays, que l'on l'aime ou non, le cadre institutionnel de « l'intérêt à agir » est un point de départ nécessaire. Cela ne signifie pas que le cadre institutionnel et que son fonctionnement est suffisant pour garantir les bénéfices / protéger les droits constitutionnels des citoyens. Au contraire, les critiques de son caractère inadéquat sont répétées, et il va sans dire que l'on peut se poser la question de son influence sur le cadre de la théorie contentieuse constitutionnelle ».<sup>397</sup>

270. Le juge traite dans la plus grande majorité des cas de contentieux ordinaires où il suit les procédures fixées par le législateur dans les codes de procédure civile (1890 réformé en 1926 et 1998), et pénale (1922 et réformé en 1948). La procédure administrative contre le pouvoir exécutif est organisée majoritairement par l'Acte de contentieux administratif (1946, réformé en 1962 et 2004). Pour un individu, les procédures civiles et administratives contiennent les voies d'accès<sup>398</sup> au tribunal ordinaire par lesquels il peut défendre ou revendiquer ses droits subjectifs et depuis peu, certaines voies d'actions objectives. Ces procédures sont basées sur le droit allemand et français.

271. Ces conditions dans l'accès au tribunal ne semblent pas dépendre de l'interprétation du juge. En réalité l'interprétation du juge peut jouer sur les conditions procédurales subjectives (intérêt à agir, maturité...), et le législateur a tendance à confirmer simplement la jurisprudence passive établie par le juge ou à limiter ses rares tentatives de constructions dynamiques ouvrant l'accès au tribunal.

272. Nous regarderons donc les éléments doctrinaux du droit de poursuivre en identifiant leur origine allemande ou américaine, et les spécificités japonaises. Nous verrons que la doctrine de la nature de l'acte administratif (*shobunsei*) est une rémanence des doctrines allemandes Bismarckiennes, quand l'intérêt à agir (*uttai no riei*), la doctrine de la maturité (*seijukusei*), la doctrine de la préemption (*mootness*) sont des importations partielles d'un bloc doctrinal américain nommé *standing to sue*. Pour chacun de ces critères le juge avait des possibilités alternatives plus souple dans l'accès au tribunal, mais le juge a choisi de limiter au maximum son pouvoir judiciaire pour protéger l'action de l'administration.

273. Nous émettons l'hypothèse qu'un lien existe entre les limites procédurales (objectives et subjectives) et doctrinales dans l'accès au juge administratif et au cœur de ce titre, nous

---

<sup>397</sup> 野坂泰司 (NOSAKA Yasuji), « 訴えの利益とムートネスの法理 (L'intérêt à agir et le principe de mootness) » dans 講義憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 1, 2012, 283-319 à la p 284.

<sup>398</sup> Au Japon, Les conditions processuelles objectives visent à garantir la stabilité du système juridique. Ce sont les délais de préclusion ou de forclusion. Les « conditions processuelles subjectives » (主観的訴訟要件) visent à garantir les droits. L'admissibilité des parties et l'intérêt à agir sont des conditions subjectives. En contentieux administratif de l'annulation le critère est plus strict : on vérifie si l'acte contesté est bien une disposition administrative (処分性), on évalue l'intérêt à agir au sens restreint (狭義の訴えの利益がある), et si la qualité de plaignant est subjective (原告適格) la qualité du défendeur l'administration est considéré comme objective.

souhaitons mettre en lumière la tension entre le double rôle du juge gardien des droits subjectifs, et de gardien des droits objectifs. Le juge, situé entre le citoyen et l'administration, fait prudemment prévaloir l'action de cette dernière à travers la doctrine du *shobunsei*. Il est également déférent envers les choix ou non choix du législateur en faisant prévaloir la doctrine de *l'intérêt protégé légalement* sur la doctrine de l'intérêt à protéger juridiquement autrement dit, l'intérêt de droit sur intérêt de fait. Examiner l'intérêt à protéger juridiquement permettrait la prise en compte de cet intérêt de fait, et aboutirait par conséquent à reconnaître une valeur substantielle à l'article 32 de la Constitution : » Nul ne peut se voir refuser le droit de recours devant les tribunaux ». Mais au Japon le juge fait le choix de se concentrer sur les conditions légales d'accès au tribunal.

## **CHAPITRE 1. Critères législatifs du droit de poursuivre**

## **CHAPITRE 2. Les doctrines du droit de poursuivre japonais**



## **CHAPITRE 1 - CRITERES LEGISLATIFS DU DROIT DE POURSUIVRE**

274. La doctrine distingue au Japon le contentieux subjectif (主観訴訟) du contentieux objectif (客観訴訟). Le contentieux subjectif est fondé sur l'article 3.1 de la LOC et concerne le pouvoir judiciaire. Ce contentieux vise à garantir les droits des individus et doit respecter les conditions du litige juridique pour faire partie de la juridiction des cours. Le contentieux objectif est un type de contentieux exceptionnellement prévu par stipulation de la loi<sup>399</sup>. La doctrine le rattache à la seconde partie de l'article 3.1 de la LOC qui prévoit les « autres pouvoirs attribués par la loi ». Ce pouvoir adjudicatoire n'est pas lié à la définition traditionnelle du litige et vise à garantir l'ordre juridique objectif.
275. Il ne s'agit donc pas de la distinction française opérée en droit administratif par Waline entre le contentieux de l'acte (objectif) et le contentieux des personnes (subjectif)<sup>400</sup>. Le recours pour excès de pouvoir japonais est un recours subjectif. Ces distinctions sont doctrinales et n'apparaissent pas dans les textes de loi.
276. Parmi les actions subjectives civiles la loi distingue le *kakunin* ou la confirmation, le *kyufu* ou la demande du bénéfice<sup>401</sup> et le *keisei* ou la déclaration en formation d'un droit. Parmi les actions subjectives administratives on distingue tout d'abord l'action kokoku (抗告訴訟) relative à l'exercice de l'autorité publique. Elle comprend l'action en révocation de la disposition ou de la décision (処分の取消しの訴え / 裁決の取消しの訴え), l'action en confirmation de la nullité (無効等確認の訴え), l'action en confirmation de la nullité pour inaction (不作為の違法確認の訴え), l'injonction à agir ou mandamus (義務付けの訴え), l'injonction à ne pas agir (差止めの訴え), l'action non statutaire (無名抗告訴訟). Les autres actions subjectives administratives sont les recours des parties (当事者訴訟) qui ne concernent pas l'exercice de l'autorité publique, comme la compensation d'Etat (Sonshitsu hoshō seikyū 損失補償請求). Dans les recours objectifs on distingue l'action populaire (民衆訴訟) et l'action inter-agence (機関訴訟).
277. Pour chacune de ces actions, les conditions procédurales sont différentes. Les conditions procédurales subjectives de l'intérêt à agir et d'admissibilité du demandeur et les conditions procédurales objectives d'admissibilité du défendeur et de délais sont fixées pour chaque action par la loi. S'il n'y a pas aujourd'hui de différence fondamentale entre les remèdes susceptibles d'être obtenus au Japon et aux États-Unis depuis que la demande en mandamus a été introduite, nous avons vu qu'un grand nombre d'actes organisant l'action de l'administration n'ont longtemps fait aucune mention de l'intérêt à agir. Il était donc difficile pour le demandeur de persuader le juge d'intervenir.<sup>402</sup> Nous allons présenter ici les voies de droits subjectives civiles et administratives que l'on peut actuellement utiliser au Japon.

### **Section 1. Les actions subjectives de droit civil**

### **Section 2. Les actions spécifiquement administratives**

<sup>399</sup> Sur le principe on trouvera ainsi à l'article 42 de l'acte de contentieux administratif « Les actions citoyennes et les actions interagences ne peuvent être soumises que par des personnes péciifiées par les Actes dans les cas prévus par les actes. »

<sup>400</sup> David Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Publication Univ Rouen Havre, 2002, pp.23-26 pour une présentation des débats en France.

<sup>401</sup> Il s'agit selon une traduction littérale de la demande d'un bénéfice : réformation, injonction, indemnisation...

<sup>402</sup> Matsui, supra note 100 à la p 137..

## SECTION 1 - LES ACTIONS SUBJECTIVES CIVILES

278. Les 3 grandes voies d'actions sont le *kakunin* ou la confirmation, le *kyufu* ou la demande du bénéfice<sup>403</sup> et le *keisei* ou la déclaration en formation d'un droit<sup>404</sup>.
279. Dans une demande en formation d'un droit (*Keisei no uttae* 形成の訴え), l'intérêt à agir est d'obtenir du juge une déclaration que les conditions prévues par la loi d'un changement, d'une occurrence, ou de l'extinction d'un droit ou d'une relation juridique sont remplies. Ce type de demande est défini par le dispositif normatif, l'intérêt à agir est donc statutairement fixé sous forme de conditions qui si elles sont remplies rendent la demande « mature ». La marge d'appréciation du juge est limitée, guidée et se concentre sur l'adéquation des faits aux conditions prévues par la loi<sup>405</sup>.
280. Dans une demande en confirmation d'un droit (*Kakunin no uttae* 確認の訴え), l'intérêt à agir est d'obtenir du juge une déclaration pour faire disparaître un danger relatif aux droits ou au statut légal du plaignant en confirmant l'existence ou l'inexistence de droits, d'obligation, d'une relation juridique. La confirmation de l'existence est dite « **positive** », et la confirmation de l'inexistence est dite « **négative** ». L'action en confirmation d'un droit remplit normalement une fonction préventive qui permet très tôt d'éteindre une menace. Que ce soit en matière de paiement du prix, de divorce, de testament, de filiation<sup>406</sup>... l'intérêt de cette demande est strictement apprécié : la Cour ne s'occupe pas de confirmer les faits<sup>407</sup> et les droits et relations juridiques du demandeur doivent être véritablement concernés. La cour ne s'occupe pas par ailleurs de confirmer une relation passée sauf si cela est indispensable à la résolution d'un conflit présent, et entre deux parties A et B, la Cour aura davantage tendance à aller chercher plus facilement la confirmation positive d'un droit de B que l'absence de droit de A. Néanmoins si le juge accède à la demande en confirmation positive ou s'il refuse la demande en confirmation négative, la situation juridique ne fluctue pas. L'urgence / anxiété est parfois clairement prévue par le jeu d'obligation juridique pesant sur le demandeur. Ainsi, si un jugement final et exécutoire est prononcé concernant l'état civil, c'est au demandeur qu'il revient de demander la modification auprès de l'administration avec

<sup>403</sup> Il s'agit selon une traduction littérale de la demande d'un bénéfice : réformation, injonction, indemnisation...

<sup>404</sup> Pour la définition japonaise classique : « (1) 給付の訴えとは被告に特定の給付を求める訴えを指す。売買代金の支払いを求める訴え、建物の撤去を求める訴え、騒音を出さないように求める訴えなど。 (2) 確認の訴えとは特定の権利・義務または法律関係の有無を争い、その確認を求める訴えを指す。売買代金支払い義務の存在 (積極的確認の訴え)、親子関係の不存在 (消極的確認の訴え [民法第 775 条参照]) など。 (3) 形成の訴えとは既存の法律関係の変動 (発生・変更・消滅) をもたらす法律要件 (形成要件) が満たされることを主張し、その変動を宣言する判決を求める訴えを指す。民法でいえば、第 770 条第 1 項が定める離婚原因を主張し、離婚判決を求める訴え (→ 人事訴訟)、会社法であれば、第 831 条第 1 項が列記する事由を挙げ株主総会決議の取消しを求める訴え、株式会社の役員解任を求める訴え (会社法第 845 条) など。 »

<sup>405</sup> L'article 770 paragraphe 1 du Code civil prévoit ainsi une liste de cas de figures pour la déclaration d'un divorce judiciaire : infidélité, abandon, disparation pendant plus de trois ans, maladie mentale ou tout autre cause grave empêchant la poursuite du mariage. Le juge peut toutefois interpréter cette notion de « cause grave ». L'article 742 ne prévoit que deux cas d'annulation du mariage : absence d'intention mariatale pour erreur sur la personne et défaut de notification, l'article 748 précise que la rescision du mariage n'a pas d'effet rétroactif et enfin l'article 749 que les dispositions du divorce s'appliquent mutatis mutandis à celles de la rescision. Donc l'annulation du mariage (婚姻の無効), ayant un impact rétroactif est différente de la rescision (婚姻の取消し) et du divorce judiciaire (裁判上の離婚) qui sont eux apparentés. Ainsi s'il est fait une demande de la rescision d'un mariage pour bigamie après que le divorce n'eut été prononcé, l'intérêt à agir, qui aurait existé auparavant disparaît puisque celui-ci a déjà été atteint par voie de divorce.

<sup>406</sup> art.775 du Code civil).

<sup>407</sup> Sauf article 134 du code civil prevoyant la nullité des actes dans les conditions sont postestatifs, c'est-à-dire reposant sur la volonté d'une seule des parties ; et par exception l'article 134 du Code de Procédure civile permet la demande en confirmation pour confirmer la légitimité d'un document établissant une relation.

un délai d'un mois si le demandeur est une personne privée, ou immédiatement s'il s'agit d'un procureur<sup>408</sup>.

281. Dans la demande d'un bénéfice (*Kyūfu no uttae* 給付の訴え), l'intérêt à agir est d'obtenir de la partie adverse l'obtention littérale d'un bénéfice, par exemple d'obtenir le paiement du prix, la destruction d'un immeuble, la limitation de nuisances sonores, etc. Il s'agit de la plus ancienne et usitée voie d'action au Japon. Il n'y a pas de problème particulier dans ce cas, l'intérêt de la demande étant prévu par stipulation sauf si la demande vise un intérêt futur, ou si la demande vise à anticiper l'exécution de l'obligation. Dans ce dernier cas, l'obligé n'a pas normalement à répondre à la demande puisque l'intérêt n'est pas arrivé à échéance et la demande n'est pas mature<sup>409</sup>. Néanmoins il peut apparaître nécessaire à la préservation de l'intérêt que l'obligation soit exécutée en avance.

282. C'est le cas des dommages continus et de la demande et réparation du dommage à venir qui furent constatés et accordés par la Haute Cour d'Osaka, avant d'être rejetés par la Cour Suprême, dans *l'affaire de la demande d'injonction contre les vols de nuit à l'aéroport d'Osaka*<sup>410</sup>, où la demande fut examinée mais aucun dommage et intérêt ne fut accordé. La Cour suprême précisa des conditions strictes pour la reconnaissance du bénéfice futur : ainsi même si l'acte est illégal et qu'il est présumé qu'un acte du même type s'appliquera dans le futur, il n'y a pas de bénéfice de la demande pour un dommage futur s'il est impossible de savoir si l'acte sera illégal, si l'étendue du dédommagement ne peut pas être évalué, si le dommage ne dépasse pas l'« endurance » de la victime, les droits de l'appelant doivent être reconnus et la charge de la preuve repose sur la victime<sup>411</sup>. Seul le juge Shigemitsu Dando se prononça pour une reconnaissance des dommages futurs en suggérant à la Cour de fixer elle-même une limite temporelle au dommage futur permettant à celui-ci d'être évalué par le juge<sup>412</sup>. Cette décision est également importante sur un autre point. Le *kyūfu* permet de

<sup>408</sup> Article 116 (1) When correction of a family register should be made based on a final and binding judgment, the person who filed the action shall apply for correction of the family register within one month from the day on which the judgment has become final and binding, attaching a transcript of the judgment. (2) Where a public prosecutor filed the action, he/she shall request correction of the family register without delay after the judgment has become final and binding.

<sup>409</sup> (期限の到来の効果) (Effect of Arrival of Assigned Time) 第百三十五条 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができない。Article 135 (1) If time of commencement of validity is assigned to a juristic act, the performance of such juristic act may not be demanded before the arrival of such time. 2 法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。(2) If time of expiration of validity is assigned to a juristic act, the validity of such juristic act shall expire upon the arrival of such time.

<sup>410</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 1981, *Demande d'injonction contre les vols de nuit à l'aéroport d'Osaka* (大阪国際空港夜間飛行禁止等請求上告事件), *Minshu* Vol.35, n°10, p.1369, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=66](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=66), 1976 (O) 395, 判決. Voir Matsui supra note 104 page 142. Voir surtout les développements conséquents du Professeur Itoh supra note 59 page 89-114. Il consacre un chapitre entier à cette jurisprudence et explique les liens entre décision du juge et politique

<sup>411</sup> "Even if the unlawful act is now going on and it is presumed that the same type of act will continue in the future, the claim for future damages is not valid as a claim in the action demanding payment in the future under the following conditions; it is impossible to ascertain at present whether the act constitutes an unlawful act and to what extent damages should be compensated, and it is possible to recognize the appellees' right to claim damages only after they arise actually; the victim should prove the ultimate facts, and it is unreasonable to allocate the burden to prove facts sufficient to show the nonexistence of the claim in the event of new developments to the person who caused the damage. In the present case, the illegality of the appellant's future act and the existence or degree of damage sustained by the appellees depend on such various complicated factors as the contents and actual situation of the appellant's measures to prevent or alleviate injuries, and the change of living circumstances which will happen to each of the appellees. Furthermore, as the damage should be compensated only when it exceeds the limit of victim's endurance in balancing interests, it is difficult to grasp by a clear and concrete standard the changing situation of the damage which should be compensated. So, the claim for future damages in this case should not be admitted".

<sup>412</sup> Article 226 of the Code of Civil Procedure does not prescribe only that one can bring an action demanding payment in the future based on the claim subject to a time of commencement or to a condition. Where a factual basis from which a claim for damages would arise has continued and where it can be established that the same situation will surely continue into the future, there is room for admitting an action demanding payment in the future based on the said Article after considering such factors as the objective with which legislators made the said Article, the extent of res judicata effects and the balance of both parties' interests. In the present case, where the damage has been arising continuously from the "defects in the establishment and

demander un grand nombre de remède au juge, dont l'injonction civile. Mais le juge considéra ici que le plaignant visait à contester l'action de l'administration, qu'il devait faire un recours administratif. Le souci est qu'à la date de cette décision, en 1981, les demandes en mandamus n'existaient pas encore au Japon et l'action de l'administration fut protégée.

---

management of the public facility", the court may admit the claim for future damages on such portion of the damage as is accurately predictable. But it is a reversible error that the court below admitted the claim for future damages without fixing a clear and adequate time of termination. It is reasonable for the court to admit the claim by fixing a time of termination by means of estimating the period in which the predictable damage will surely continue to arise. While the appellant must seek to enjoin further execution of the judgment in the event of any special developments, it would not punish the appellant unfairly. And problems on the extent of res judicata effects can be solved by fixing the said time of termination. For reasons above mentioned, I do not agree with the majority opinion, that the claim for future damages in the present case is invalid.

## SECTION 2 - LES ACTIONS SPECIFIQUEMENT ADMINISTRATIVES

283. Quelques remarques générales (1§) avant une rapide présentation des différentes voies d'action administratives et les conditions du droit de poursuivre correspondant (2 §).

## § 1 Remarques générales

284. Il existe comme en France selon les manuels et les auteurs différentes manières de classer le contentieux administratif. On peut par exemple suivre la tradition de Laferrière et, en fonction de la nature et l'étendue des pouvoirs du juge, distinguer le contentieux de pleine juridiction, de l'annulation, de l'interprétation ou de la répression. On peut préférer insister comme Duguit et Waline en fonction de la question posée au juge et distinguer le contentieux de l'acte (« objectif ») et le contentieux des droits (« subjectifs »), ou enfin suivre les travaux de Chapus qui sépare le contentieux des recours au sein desquels il distingue le contentieux de pleine juridiction du recours pour excès de pouvoir et le contentieux de la répression. Ces travaux trouvent leur justification dans la nature jurisprudentielle du droit administratif français. Toutefois au Japon les voies d'actions sont à notre connaissance toutes prévues par la loi. Sans nous prononcer sur les mérites de chacune de ces classifications nous allons donc les présenter suivant la nomenclature légale et indiquerons simplement ce sur quoi insiste la doctrine japonaise.

285. **Classification légale.** La procédure administrative contentieuse générale dépend de l'*Acte de Contentieux administratif* (行政事件訴訟法)<sup>413</sup>. Elle est complétée par multitudes, par secteur, par des actes spécifiques (*Acte sur les pensions, Actes sur les taxes, Acte sur les constructions standards, Acte sur les terrains agricoles...*) qui prévoient tout à la fois l'action de l'administration et les éventuels recours. La procédure est dite non-statutaire lorsqu'elle n'est pas prévue par un texte. Dans les lignées des anciennes actions innomées (*mumei*), l'article 7 de l'ACA prévoit que tous les cas relatifs à des problèmes relatifs au contentieux administratif relèvent du Code de procédure civile. Le contentieux administratif est donc un contentieux civil spécial.

286. La grande réforme de 2004 modifia ce contentieux administratif en introduisant notamment le mandamus, mais en fait les évolutions jurisprudentielles (affaire *Niigata*<sup>414</sup>) qui ont avaient pu laisser entrevoir un relâchement des critères du *standing* ont été circonscrites par le législateur. Cette interprétation fut confirmée en 2005 avec l'affaire *Monju*<sup>415</sup>. En ce qui concerne l'action de l'administration, elle est encadrée par l'acte de

<sup>413</sup> 行政事件訴訟法 Administrative Case Litigation Act 昭和三十七年五月十六日法律第百三十九号 Act No. 139 of May 16, 1962 <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1922&vm=&re=02> Chapter II Actions for the Judicial Review of Administrative Dispositions 第一節 取消訴訟 (第八條—第三十五條), Section 1 Actions for the Revocation of Administrative Dispositions (Articles 8 to 35) 第二節 その他の抗告訴訟 (第三十六條—第三十八條), Section 2 Other Actions for the Judicial Review of Administrative Dispositions (Articles 36 to 38) 第三章 当事者訴訟 (第三十九條—第四十一條), Chapter III Public Law-Related Actions (Articles 39 to 41) 第四章 民衆訴訟及び機關訴訟 (第四十二條・第四十三條), Chapter IV Citizen Actions and Interagency Actions (Articles 42 and 43) 第五章 補則 (第四十四條—第四十六條.)

<sup>414</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 17 février 1989, *License des transports aériens entre Niigata-Séoul* (新潟—小松—ソウル間の定期航空運送事業免許処分取消請求事件), Minshu, Vol.43, n°56, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52172](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52172), 1982 (Gyo-tsu) 46, 判決 / 棄却

<sup>415</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 30 mai 2005, *Centrale nucléaire de Monju* (原子炉設置許可処分無効確認等請求事件), Minshu, Vol.59, n°4, p.671, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52392](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52392), 2003 (Gyo-hi) 108 : « La question de savoir si les lois et règlements administratifs visent à protéger les intérêts spécifiques d'une majorité non spécifiée en tant qu'intérêts individuels des individus auxquels elle appartient dépend de l'objet et du but des lois et règlements administratifs, Le jugement doit être fait en tenant compte de la nature et de la nature de l'intérêt que les lois et règlements tentent de protéger par la disposition. »

1998<sup>416</sup> qui commence à introduire les principes de transparence et c'est en général sur ce point que porte le débat contemporain relatif au droit administratif japonais.

287. Nous nous limitons ici au contentieux subjectif administratif. Il est divisé en actions d'examen judiciaire (*Kōkoku soshō* 抗告訴訟) ou selon la terminologie du Professeur Noda en contentieux de l'objection<sup>417</sup>, et en actions des parties (当事者訴訟). Pour ce *kōkoku* des délais généraux sont à respecter. La forclusion est de 6 mois après la connaissance de la disposition, de 1 ans, peu importe que le plaignant ait eu ou non connaissance de la disposition, et de 6 mois après l'éventuelle décision gracieuse de l'administration. Le juge peut passer outre ces conditions de délai pour des raisons justifiables (art.14 de l'ACA).

288. **Analyse doctrinale.** En ce qui concerne les distinctions doctrinales parmi toutes les voies d'actions il faut surtout distinguer le *Torekishi soshō* que la doctrine japonaise assimile au recours pour excès de pouvoir français et qui vise au contrôle de l'*acte administratif* et à son éventuelle *annulation rétroactive*. Le recours de plein contentieux japonais peut également conduire à l'annulation, mais elle ne sera jamais rétroactive. Seul le *Torekishi* ouvre cette possibilité. Comme l'explique le Professeur Isobe le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction (CPJ) sont de la même nature. Il s'agit d'une objection contre l'acte administratif. Mais dans le RPEP le pouvoir de juge se limite à l'annulation de l'acte administratif, dans le contentieux de pleine juridiction il peut en outre pronocer le changement de l'acte, et aussi on peut poursuivre la responsabilité administrative. Mais le CPJ a un caractère de recours avec indemnisation pécuniaire postérieure et donc les indemnisations d'Etat (国家賠償請求) sont dans le cadre des CPJ.

289. Ensuite le libre choix de l'action judiciaire est désormais le principe et s'applique pour par exemple pour les demandes en déclaration de nullité et d'inaction, l'idée de recours préalable subsiste<sup>418</sup>.

290. Enfin la distinction entre voie civile et administrative est problématique. Les administrativistes insistent sur la nature civile du contentieux administratif, les constitutionnalistes ont tendance à distinguer civil, pénal et administratif. En pratique le choix de classer un contentieux comme civil ou administratif relève parfois de la tradition plus que d'un critère précis. Le contentieux des hopitaux publiques est ainsi un contentieux civil en raison, selon l'anecdote confiée par le Professeur Isobe, d'une probable « erreur de tampon du fonctionnaire » ayant procédé à l'enregistrement de la première de ces demandes.

<sup>416</sup> Prévue par 行政手続法 Administrative Procedure Act 平成五年十一月十二日法律第八十八号 Act No. 88 of November 12, 1993

<sup>417</sup> Noda Yoshiyuki, supra note 78 aux pages 119-126.

<sup>418</sup> Article 8 de l'ACA : « (1) Even where a request for an administrative review of the original administrative disposition may be made pursuant to the provisions of laws and regulations, this shall not preclude the immediate filing of an action for the revocation of the original administrative disposition; provided, however, that this shall not apply if there is a provision in any Act that no action for the revocation of an original administrative disposition may be filed until an administrative disposition on appeal is made in response to a request for an administrative review of the original administrative disposition. (2) Even in the case referred to in the proviso to the preceding paragraph, if the case falls under any of the following items, an action for the revocation of the original administrative disposition may be filed without obtaining an administrative disposition on appeal: (i) where no administrative disposition on appeal is made after a period of three months has elapsed from the day on which the request for an administrative review was made; (ii) where there is an urgent necessity in order to avoid any considerable damage that would be caused by the original administrative disposition, the execution of the original administrative disposition or the continuation of any subsequent procedure; or (iii) where there are other justifiable grounds not to obtain an administrative disposition on appeal. (3) In the case referred to in the main clause of paragraph (1), if a request for an administrative review of the original administrative disposition has already been made, the court may suspend court proceedings until an administrative disposition on appeal is made in response to the request for the administrative review (in cases where no administrative disposition on appeal is made after a period of three months has elapsed from the day on which the request for the administrative review was made, until said period expires).

## § 2 Liste des actions administratives

### a. Les actions kōkoku (抗告訴訟)

291. L'article 3.1 de l'ACA définit les actions kōkoku comme visant à contester l'exercice de l'autorité publique par une agence administrative<sup>419</sup>.

#### i. Le contrôle de l'acte administratif ou recours pour excès de pouvoir (Torikeshi soshō 取消訴訟).

292. Le Professeur Noda la nomme « contentieux de l'annulation » et la rapproche du recours pour excès de pouvoir français.<sup>420</sup> L'intérêt à agir est de demander à la cour d'ordonner à l'agence de révoquer une disposition qu'elle a émise (art. 3.2), ou la révocation d'un jugement administratif qui aurait été obtenu après un recours administratif (art. 3.3). Aux termes de l'article 9 de l'ACA<sup>421</sup> : « *une action en révocation ne peut être soumise que par une personne qui a un intérêt à agir* », et cet intérêt est fixé par la loi qui organise par domaine l'action de l'administration.

#### ii. La demande en déclaration de nullité (Mukō-tō kakunin no uttae 無効等確認の訴え)

293. Le nom complet de la demande en nullité est *demande en confirmation de l'existence ou de l'inexistence ou de la validité ou de l'invalidité de la disposition administrative*. L'intérêt à agir est selon l'article 3.4 de l'ACA d'obtenir une confirmation du statut juridique du demandeur au regard d'une disposition ou d'un recours administratif. L'article 36 de l'ACA prévoit 3 éléments<sup>422</sup> : une personne va vraisemblablement subir un dommage dispose d'un intérêt à agir et ne peut pas remplir son objectif par une demande en confirmation d'un droit (確認の訴え) prévue par le code civil. Il existe différentes théories quant à l'interprétation japonaise de cet article. Pour la théorie de l'interprétation unilatérale : les premiers et seconds critères dépendent du troisième. Cette théorie limite les possibilités de demande des citoyens car le troisième critère empêche les recours préventifs.

#### iii. La demande en déclaration en illégalité pour inaction (Fusakui no ihō kakunin no uttae 不作為の違法確認の訴え).

294. L'intérêt à agir est selon l'article 3.5 de l'ACA d'obtenir la déclaration de l'illégalité de l'omission de l'administration à émettre une disposition administrative initiale ou une décision administrative. Elle sanctionne la lenteur ou l'échec d'une agence administrative à

<sup>419</sup> Article 3.1 de l'ACA : « The term "action for the judicial review of an administrative disposition" as used in this Act means an action to appeal against the exercise of public authority by an administrative agency. »

<sup>420</sup> Noda, supra note 78 à la p 122. Le RPEP est une construction jurisprudentielle, il est au Japon prévu par la loi.

<sup>421</sup> Article 9 (1) de l'ACA « An action for the revocation of an original administrative disposition and an action for the revocation of an administrative disposition on appeal (hereinafter referred to as "actions for the revocation of administrative dispositions") may be filed only by a person who has legal interest to seek the revocation of the original administrative disposition or of the administrative disposition on appeal (including a person who has legal interest to be recovered by revoking the original administrative disposition or administrative disposition on appeal even after it has lost its effect due to the : 当該(とうがい)the expiration of a certain period or for other reasons).

<sup>422</sup> an action for the declaration of nullity, etc. of an original administrative disposition or administrative disposition on appeal may be filed only by a (1) person who is likely to suffer damage from said original administrative disposition or any disposition following said administrative disposition on appeal or any other person (2) who has legal interest to seek the declaration of nullity, etc. of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal, where (3) the person is unable to achieve the purpose by filing an action concerning the existing legal relationship which is based on the existence or non-existence of or validity or invalidity of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal. A noter que その他 en japonais ne se traduit pas par or mais par ect...

agir dans une période de temps raisonnable et a ainsi été prévue dans les cas où l'administration tarde à délivrer une réponse à une demande de permission d'installation ou de protection sociale. Elle sert à sécuriser les droits du demandeur avant toute éventuelle action injonctive, et permet surtout à piquer l'agence pour la faire réagir. Il n'y a pas de délai de forclusion, en ce sens que tant que l'omission de l'administration continue, la demande peut être présentée, mais l'intérêt à agir disparaît si l'administration agit. La période de temps passe de « raisonnable » à « conséquente » lorsque le juge évalue qu'elle dépasse le temps normalement requis par l'agence pour produire la disposition ou l'examen, et que si l'agence ne justifie pas ce délai. L'Article 37, seule la personne ayant initialement présentée la demande ou le recours administratif peut agir devant le juge pour en contester l'illégalité (art.37).

iv. La demande en injonction à ne pas agir (*Sashidome no uttae* 差止めの訴え)

295. Cette action vise à ordonner à l'agence administrative de ne pas agir à l'avance lorsqu'elle est sensée prendre une disposition ou rendre un jugement administratif. C'est un nouveau type d'action introduit par la réforme de 2004 à l'article 3.7 de l'ACA permettant de limiter les dommages avant qu'ils ne surviennent. Ce risque de **dommage doit être sérieux** et ne doit pas pouvoir être résolu par une autre voie de droit. Puisqu'il s'agit d'un recours préventif, les conditions sont souples : il n'y a pas de délais de forclusion ou de nécessité de recours préalable car on peut intervenir alors qu'aucune disposition n'a encore été formulée mais simplement que le demandeur estime que le pouvoir discrétionnaire de l'administration va être abusé. Comme toute injonction, l'acceptation de cette demande par le juge aura un effet obligatoire sur l'agence qui ne pourra plus agir dans les termes fixés par le jugement. L'intérêt à agir est investi dans ceux qui seraient impacté par l'action de l'agence. Le demandeur estime que le pouvoir discrétionnaire de l'administration va être abusé est admis comme partie. Il est ici possible d'obtenir une injonction temporaire, similaire à une suspension d'exécution s'il existe un besoin urgent d'éviter l'action de l'administration car les dommages ne pourraient être compensés par un jugement ultérieur, une raison indépendante de la volonté du demandeur, et que le juge tient compte prise en compte par le juge du bien-être public.

v. La demande en injonction d'agir (*Yōmu tsukae no uttae* 義務付けの訴え)

296. La demande en mandamus<sup>423</sup> a été introduite après la réforme de 2004. Il y en a deux types. Le mandamus d'application (申請満足型義務付け訴訟) se déclenche en raison de l'omission de l'administration (行政不作為型), de son refus (拒否処分型), ou lorsqu'une

<sup>423</sup> Article 37-2 (1) In the case set forth in Article 3, paragraph (6), item (i), a mandamus action may be filed only when any serious damage is likely to be caused if a certain original administrative disposition is not made and there are no other appropriate means to avoid such damage.

(2) When judging whether or not any serious damage would be caused as prescribed in the preceding paragraph, the court shall consider the degree of difficulty in recovering from the damage and shall take into consideration the nature and extent of the damage as well as the content and nature of the original administrative disposition.

(3) A mandamus action set forth in paragraph (1) may be filed only by a person who has legal interest to seek an order to the effect that an administrative agency should make a certain original administrative disposition.

(4) The provision of Article 9, paragraph (2) shall apply mutatis mutandis with regard to the judging of whether or not there is legal interest prescribed in the preceding paragraph.

(5) Where a mandamus action satisfies the requirements prescribed in paragraph (1) and paragraph (3), if it is found that the provisions of the laws and regulations which give a basis for an original administrative disposition pertaining to a mandamus action clearly show that the administrative agency should make the original administrative disposition, or it is found that the administrative agency's inaction to make the original administrative disposition goes beyond the bounds of the agency's discretionary power or constitutes an abuse of such power, the court shall make a judgment to order that the administrative agency should make the original administrative disposition.



injonction temporaire à été décidée (仮の義務付). Le second type est de pure création et demande à l'administration d'établir une disposition nouvelle. Elle est donc théoriquement l'étape finale aux déclarations de nullité, qui servent à « piquer » l'administration. La nullité est une condition préalable, et lorsque les deux demandes sont jointes, le juge peut tout à fait se contenter de la déclaration en nullité sans émettre de mandamus. Le contentieux concerne en général le versement des prestations sociales.<sup>424</sup>

vi. La demande en indemnisation d'Etat (Songai baishō seikyū 損害賠償請求)

297. L'indemnisation **d'Etat** est prévue par l'article 17 de la Constitution selon lequel «une personne ayant subi un dommage du fait d'un acte illicite des agents peuvent demander une indemnisation à l'Etat et aux collectivités locales concernées », et concrétisée par *l'Acte d'indemnisation d'Etat* (国家賠償法)<sup>425</sup>, qui est appliqué à la plupart des dommages produits par les organisations nationales et publiques et ne comprend que 6 articles, l'article 4 prévoyant une clause de déport semblable à celle de l'article 7 de l'ACA sur le droit civil pour tout ce qui n'y serait pas prévu. Il s'agit donc d'un contentieux de l'illégalité. Les dommages sont de deux types.

298. Tout d'abord ceux basés sur **l'exercice volontaire ou fautif de l'autorité publique** (article 1) qui correspondent à la prise en compte de la négligence des agents dans l'exercice de leur fonction, et à la responsabilité qui en découle pour l'institution dont ils dépendent. La doctrine majoritaire, dite de la responsabilité propre de l'Etat<sup>426</sup>, considère qu'elle permet d'assurer au demandeur une indemnisation que ne pourrait assumer l'agent *intuitu personae*, tout en permettant à ces derniers d'assurer des fonctions parfois dangereuses sans être restreint dans l'exercice de leur mission. La doctrine minoritaire dite de la substitution considère que la possibilité pour l'administration de se retourner contre l'agent via l'action récursoire prévue à l'article 2 sous-tend l'idée que l'Etat n'est pas responsable.

299. Viennent ensuite les **dommages résultants des manquements** dans la mise en place ou gestion des structures publiques (article 2), tels que les routes, rivières. Par interprétation extensive, il est admis que les bâtiments sont également inclus.

b. Les actions de droit public (« party suits » 当事者訴訟)

300. Les actions de droit public sont définies par l'article 4 de l'ACA<sup>427</sup>. Elles visent une disposition administrative nouvelle ou qui confirme ou crée une relation juridique entre les parties.

301. La compensation d'Etat (Sonshitsu hoshō seikyū 損失補償請求) ou pour perte est l'exemple classique de « party suits » (当事者訴訟), un recours subjectif et elle est prévue au cas par cas dans chaque Acte. Comme c'est le cas aux États-Unis, les privations (taking) de propriété privée ne sont pas interdites, mais doivent être compensées, l'article 29 paragraphe 3 de la constitution prévoyant que la propriété privée peut être **utilisé pour le**

<sup>424</sup> Matsui, supra note 100 à la p 140. Notait en 2010 que ces demandes n'avaient pas eu de grand succès. Elles en rencontrent un certain depuis.

<sup>425</sup> Kokka baishōhō [Government Liability Act], Law No. 125 of 1947, art. 1.

<sup>426</sup> Ueno, supra note 209 aux pp 160-164.

<sup>427</sup> Article 4 de l'ACA « The term "public law-related action" as used in this Act means an action relating to an original administrative disposition or administrative disposition on appeal that confirms or creates a legal relationship between parties, wherein either party to the legal relationship shall stand as a defendant pursuant to the provisions of laws and regulations, an action for a declaratory judgment on a legal relationship under public law and any other action relating to a legal relationship under public law. »

**bien public** sous réserve **d’indemnisation légitime**. La propriété privée doit subir une atteinte que la doctrine du sacrifice particulier envisage comme l’atteinte pour un usage public qui dépasse ce que le demandeur serait normalement prêt à endurer, contraire au principe d’égalité. L’indemnisation légitime est envisagée comme celle qui est équivalente ou complète.

c. Les actions en contentieux objectif (客観訴訟)

302. Suivant la doctrine majoritaire, le contentieux objectif (*Kyakkan Soshō*) vise à maintenir l’ordre juridique objectif et ne concerne pas les droits et intérêts des individus, et est donc ouvert des parties spécifiquement prévues par la loi et dans des conditions prévues par celle-ci.

i. Les recours citoyens (民衆訴訟)

303. Les recours citoyens visent à rectifier les actes d’une institution nationale ou locale qui ne se conforment pas aux lois (art. 5 de l’ACA). Il peut s’agir d’un contentieux civil en matière d’autonomie locale ou administratif en matière d’élection.

304. L’Acte de Gouvernement Local prévoit dans son chapitre 9 (Finances), section X (demandes d’audit et procès) un article 242<sup>428</sup> permettant les recours sous forme d’audit de la part des contribuables et des élus estimant qu’un exécutif local a « illégalement ou improprement utilisé des fonds publics, attribué, administré ou disposé de propriétés publiques, conclu ou exécuté des contrats, les obligations ou charges en découlant ou est avec une grande certitude sur le point de le faire ». Lorsqu’il n’est pas satisfait de l’audit, des recommandations qui en découlent ou des décisions subséquentes de l’exécutif local, le contribuable ou élu peut demander la tenue d’un procès (article 242-2)<sup>429</sup> afin d’obtenir une injonction de ne pas agir, une annulation et même se subroger au corps public local pour obtenir entre autres des dommages et intérêts, la restitution de l’enrichissement sans cause, la restauration du statu quo ante. C’est un pouvoir très important d’intervention des citoyens.

ii. Les recours inter-agences (機関訴訟)

305. Le second exemple de contentieux objectif est celui des recours inter-agences qui permet de demander au juge de trancher un conflit d’autorité entre le gouvernement national ou une entité publique (art. 6 de l’ACA).

<sup>428</sup> <http://nippon.zaidan.info/seikabutsu/1999/00168/contents/089.htm>

<sup>429</sup> <http://nippon.zaidan.info/seikabutsu/1999/00168/contents/090.htm>

## **CHAPITRE 2 - LES DOCTRINES DU DROIT DE POURSUIVRE JAPONAISES : L'EXEMPLE ADMINISTRATIF**

306. Il existe un triptyque fermant l'accès au tribunal composé des doctrines la disponibilité (*shobunsei*), de l'intérêt à agir (*uttae no rieki*), et de la maturité (*seijukusei*). La première est spécifique au contentieux administratif, la seconde presque toujours automatiquement accordée en contentieux civil et la troisième est vérifiée pour chaque type de contentieux. Nous nous concentrerons sur le contentieux administratif. (Section1). La doctrine de la mootness ou péremption, à la différence des trois précédentes qui n'empêchent pas d'action future si les conditions du litige viennent à être remplies, la doctrine de la *mootness* considère qu'en raison d'un changement de circonstances depuis le début du contentieux, la demande n'est plus justiciable (par ex : mort du plaignant). La doctrine de la *mootness* japonaise est particulièrement limitative en ce qu'elle n'a pas importé certaines exceptions progressivement admises par sa parente nord-américaine comme le *repetable yet evading review*). Nous étudierons donc à part la doctrine de la mootness ou péremption (Section 2). Enfin nous consacrerons une dernière section à la comparaison des concepts américains et japonais étudiés dans cette partie.

### **Section 1. Le triptyque Shobunsei - Utae no Rieki - Seijukusei en contentieux administratif.**

### **Section 2. La doctrine de la mootness.**

### **Section 3. Éléments de comparaison des concepts américains et japonais**

## SECTION 1 - LE TRIPTYQUE SHOBUNSEI – UTAE NO RIEKI – SEIJUKUSEI

307. Dans l'ombre du législateur, le juge est toujours réticent à envisager le conflit administratif ayant un haut niveau d'abstraction. Cette prudence se reflète par l'usage d'un triptyque doctrinal constitué de la disposabilité ou *shobunsei* (§1), de l'intérêt légalement protégé qui est une des variantes possibles de l'intérêt à agir, l'*uttæ no rieki* (§2), et de la maturité ou *seijukusei* (§3). En introduction de chaque doctrine nous présenterons aussi succinctement que possible leur contrepartie américaine tout en gardant à l'esprit que ces doctrines sont surtout d'origine allemande et française.

## § 1 Le shobunsei, ou la doctrine de la nature de l'acte administratif

a. Définitions

308. **Origine.** La doctrine de la nature de l'acte administratif (*shobunsei*) ou de la disposabilité est l'une des techniques les plus restrictives que le juge peut utiliser lorsqu'on lui présente un recours pour excès de pouvoir. Selon la définition classique, que le Professeur et futur juge de la Cour suprême juge Jiro Tanaka propose en 1950, l'acte administratif (*gyōsei shobun* 行政処分) est la traduction en droit positif de l'action de l'administration (*gyōsei kōi* 行政行為 : « une action d'une agence administrative réalisée dans l'exercice de son pouvoir de contrôle ou de son intention supérieure, dans le but de réguler une relation juridique »<sup>430</sup>, notions venant de l'allemand *Verwaltungsakt*. Pour la Cour, un acte bénéficiant de la disposabilité est : « une action officielle qui forme les droits et devoirs d'un individu on en confirme l'étendue ». Lorsque ces critères sont remplis, on dit d'eux qu'ils ont un shobun<sup>431</sup> et le juge peut les examiner. *A contrario*, un acte qui n'est ni officiel, ni ne forme ou modifie les droits ou devoirs des individus est sans shobun et ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette doctrine concerne donc l'ensemble du contentieux de l'objection, ets'applique également pour les recours gracieux.

309. **Les doctrines de l'extension de disposabilité** (処分性拡大論). Plusieurs auteurs proposent d'étendre les possibilités d'attaquer les actes de l'administration en critiquant cette méthode de déduction basée sur l'origine légale des remèdes fixée par le droit substantif, en essayant au contraire de porter le fer sur les désavantages que des personnes réelles ont pu subir de la part d'activités illégales de l'administration. On peut penser ainsi aux actions disciplinaires qui ne sont pas considérées avoir toujours une influence directe sur les droits et obligations. Ces doctrines, nommées doctrines de l'expansion de la disposabilité ont trois points communs : le « subject-matter » du contentieux est un acte unilatéral de l'administration, ces actes unilatéraux ont des impacts divers sur les individus, et si l'intérêt évalué au regard du statut juridique de la personne, de la nature et de l'étendue du désavantage subit en réalité peut être réparé par le juge, alors la demande devrait être accordée ; c'est une nécessité de résoudre promptement et complètement les conflits.

310. Pour Harada (原田説), contrairement aux doctrines visant à empêcher l'intervention des cours dans le processus politique, il faut les intégrer car elles permettent de saisir la subjectivité de la personne privée qui participe au procès, et que le pouvoir créateur du juge est une extension du processus politique, par lequel elles répondent de manière proactive aux demandes sociales en créant un droit basé sur des cas spécifiques. Bien que l'idée de

<sup>430</sup> TANAKA Jiro, *Contours du droit administratif* (*gyōsei hō taii* 行政法大意), Tōkyō 東京, Keisōshobō 勁草書房, 1950 à la p 50.

<sup>431</sup> Robert Dziubla, « The Impotent Sword of Japanese Justice: The Doctrine of Shobunsei as a Barrier to Administrative Litigation » (1985) 18:1 Cornell International Law Journal 37-62 à la p 45.

généralisme fût adoptée par la loi, en réalité, le contentieux administratif est resté sous l'aune du principe du subscriptionisme et à ce titre les intérêts sont déterminés par les actes de l'administration<sup>432</sup>. Harada insiste sur le fait que la Cour devait fonctionner comme élément du processus d'intégration politique, en capturant la subjectivité de la personne privée qui participe au processus politique et de celle qui en appelle au processus judiciaire, et que cette personne à la plus totale liberté pour chercher la correction d'une pratique illégale de l'administration, et qu'à ce titre la Cour devrait répondre à la demande sociale. Pour faciliter l'accès aux cours, Harada reconstruit la théorie du bénéfice de la demande en pensant à la procédure administrative et en se référant à la théorie civile du bénéfice de la demande.

311. **Typologie des actes.** Sur cette base, la jurisprudence du contentieux administratif montre que la disposabilité n'est pas admise en matière de contrats administratifs (*gyōsei keiyaku* 行政契約), ni d'avantage pour les actions considérées comme des mesures internes (*gyōsei no naibu-teki kōi* 行政の内部的行為) et que les circulaires (*gyōsei shidō* 行政指導) sont exceptionnellement reconnues comme susceptibles d'examen par le juge. Contrairement à ce que peuvent laisser penser certains travaux américains, pour le Professeur Isobe, le principe selon lequel on protège l'action de l'administration reste en vigueur, et les cas d'ouverture sont une exception. Ce qui est notable toutefois est que depuis 2004, lorsque le recours pour excès de pouvoir n'est pas possible d'autres solutions s'offrent au plaignant.

## b. Jurisprudence

312. Quelques décisions importantes<sup>433</sup> permettant de voir comment cette doctrine a été consacrée par les tribunaux.

313. Le critère de Tanaka faisant d'un acte de « l'administration » un acte « administratif » susceptible de voir sur lui porté une demande justiciable fut utilisé par la Cour suprême en 1953 dans l'affaire *Hayashi Ken Co. Contre Directeur du Bureau des enquêtes des accidents en Haute-Mer*. A la suite d'un accident entre deux bateaux japonais, une société de contrôle et réparation maritime vit apparaître son nom dans un rapport d'inspection. Dans ce rapport était indiqué qu'elle avait mal réparé un des gouvernails. Or, la société n'avait pas été consultée pendant la procédure d'inspection. Sachant que ce rapport peut avoir des conséquences concrètes pour la société, plusieurs questions se posent et notamment de savoir si le principe d'égalité de protection des lois (*due process of law*) s'applique en droit administratif. La Haute Cour de Tokyo reconnut que le principe d'audition avait été violé, mais la Cour suprême jugea<sup>434</sup> qu'une telle notification n'imposait ni obligation, ni contrainte directe dans l'exercice d'un droit du défendant. Elle ne pouvait être considérée comme une décision administrative et jugea donc la demande aurait dû être écarté par les juges du fond.

<sup>432</sup> 訴訟法上、概括主義が採用されたとはいえ、行政訴訟の現実はなお実体法上の列記主義にとどまったのであって、実体法がとくに認めてくれた利益が、行政行為という行政 note 12

163. の行為形式により侵害されたときのみ、司法上の救済を享受しうるにすぎなかった

<sup>433</sup> Pour référence les cas d'acceptation du Shobun les plus connus sont 最判昭 45.12.24 税務署長の納税告知, 最判平 14.1.17 2項道路の一括指定告示, 最判平 16.4.26 食品衛生法違反通知, 最判平 17.7.15 知事による病院開設中止 観光; 条例制定, 最判昭 45.7.15 供託金取戻請求の却下処分取消請求, 最判平 20.9.10 土地区画整理事業計画の決定・抗告訴訟. Cas de refus du Shobun 最判昭 35.7.12 国有財産の私下, 最判昭 57.4.22 都市計画法上の用途地域指定, 最判昭 57.5.27 公務員の採用内定取消, 最判昭 57.7.15 交通反則金納付通告, 最判平 11.1.21 市町村長による住民票の続柄記載.

<sup>434</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 15 mars 1964, *Hayashi Ken ou Notification de négligence suite à un accident maritime* (裁決取消請求), Minshu, Vol.15, n°3, p.467, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54802](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54802), 1953 (O) 110, 判決/その他

« La décision (du Bureau) est une décision clarifiant les causes de l'accident maritime. Que cela n'impose aucune obligation sur l'appelant ni n'atteint l'exercice d'aucun de ses droits est clair si l'on se réfère aux dispositions de la loi et à la décision elle-même. Ainsi qu'exposé ci-dessous, cela n'a pas pour effet une détermination contraignante Elle ne peut être considérée comme une disposition administrative et le plaignant ne peut être autorisé à poursuivre ».

314. En 1955, dans l'affaire *concernant une notification du conseil municipal de la ville d'Atami*<sup>435</sup> fixant le cadastre et les limites de la ferme d'un individu, la notification fut considérée comme exempte de shobun, "n'ayant pas d'effet juridique et n'affectant pas l'étendue des droits de propriété du plaignant". La doctrine considère que cette décision eut pour effet de qualifier d'**actes de comportement interne** et de sortir du champ des « actes administratifs » et du champ contentieux les ordres de surveillance, les **permissions**, les **approbations** et les **régulations** interagences ou au sein d'une seule agence comme ne créant ou n'organisant de droits ou devoirs pour les citoyens.
315. En 1962, le Gouvernement de la Ville de Tokyo essaya de construire un centre de dépôt des déchets et mis en place des pénalités administratives pour ceux qui résideraient dans les environs. Les résidents saisirent par voie civile la Cour suprême qui déclara que les pénalités ne "sont pas tous les actes basés sur les lois des agences administratives, mais des actes de gouvernement ou d'une entité publique dans l'exercice du pouvoir public qui déterminent ou modifient les droits et obligations". Elle jugea que la décision de construction du site n'était pas une disposition, et que le caractère illégal des pénalités devait être jugé par la section administrative. Elle prononça le rejet.
316. En 1963, dans l'affaire de *la demande en révocation du rappel à l'ordre adressé par le gouverneur de la Préfecture de Togichi au docteur Nakamoto*<sup>436</sup>, la Cour suprême jugea que, quand bien même une sanction disciplinaire pouvait avoir des effets sur la réputation du praticien, seule la révocation disciplinaire du docteur à laquelle aboutirait des rappels à l'ordre répétés pourraient être attaquant et que cette mesure, bien qu'ayant des effets indéniables sur la réputation du docteur, n'avait pas d'effet légal.
317. Il faudra attendre 2004 pour que la Cour admette que certaines circulaires administratives (gyōsei shidō 行政指導) aient un Shobun<sup>437</sup>. Les notifications ne le sont toujours pas.

<sup>435</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 24 février 1955, *Fermier contre conseil municipal de la ville d'Atami* (農地境界査定処分無効確認請求), Minshu, Vol.9, n°2, p.217 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57398](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57398), 1953 (O) 1362, 判決 / 棄却.

<sup>436</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 1963, *Demande en révocation du rappel à l'ordre adressé par le gouverneur de la Préfecture de Togichi au docteur Nakamoto*.

<sup>437</sup> Voir également note 66 pp.99-100 et notamment la décision Odakyu du 7 Décembre 2005 (2004 (Gyo-Hi) no. 114)

## § 2 L'*uttai no rieki* et la théorie de l'intérêt légalement protégé (法律上保護された利益説)

318. Au sens large *l'intérêt à agir* concerne la capacité de jugement de l'administration, au sens strict la capacité de l'individu à présenter une demande. C'est ce second sens dont il est question ici. Dans ce cadre restreint la doctrine et le juge ont fait le choix de défendre la notion d'« intérêt légalement protégé » (a.). Le juge évalue les termes et la structure de la raison légale des buts et objectifs de la loi et des règlements assimilés la nature et le contenu des intérêts et la manière et l'étendue par laquelle cet intérêt légal va être atteint (b.). Il faut un intérêt individuel, l'intérêt public général ne constitue pas un intérêt à agir (c.).

### a. Intérêt légalement protégé ou intérêt à protéger légalement

319. En droit administratif le critère de l'intérêt légalement protégé est plus strict qu'en droit privé ordinaire où l'intérêt à agir est déjà attribué par la loi et ou en droit pénal ou le procureur a logiquement intérêt à agir. La problématique de l'intérêt à agir au Japon est donc centrée sur le contentieux administratif. On peut considérer l'intérêt à agir comme un intérêt légalement protégé (*Hōritsu-jō hogo sareta rieki-setsu* 法律上保護された利益説), soit comme un intérêt à protéger juridiquement (*Hōteki hogo ni ataisuru rieki* 法的保護に値する利益). La différence est fondamentale : dans le premier cas, on ne reconnaît l'intérêt à agir que comme *intérêt de droit*, et on se trouve dans le champ conceptuel des droits subjectifs. Dans le second cas, la doctrine japonaise considère que l'on peut reconnaître *l'intérêt de fait* (事実上の利益). Au Japon c'est la doctrine de l'intérêt légalement protégé qui domine. La doctrine est unanime sur ce problème : « la Cour suprême japonaise a conduit le développement d'une doctrine du *standing* étroite, qui a limité l'accès au tribunal aux parties qui ont un intérêt direct dans le champ des objectifs établis par le statut »<sup>438</sup>.

320. Une fois la disposabilité reconnue, le juge procède donc à un test en trois étapes remontant de la disposition particulière dans l'acte de l'administration, de cet acte remonte à la réglementation sur la base de laquelle l'acte a été pris, pour parvenir à la loi.

### b. Le test du champ de protection (*Hogo han'i yōken* 保護範囲要件)

321. Avec le test du champ de protection (保護範囲要件), le juge procède à une analyse de la raison légale de la disposition (*tōgai shobun no konkyo hōki* 当該処分の根拠法規). Le but de la norme est-il de protéger un intérêt public général ou privé ? Si elle est constitutive de l'exercice de l'autorité administrative à des fins de protection de l'intérêt public (一般的公益の保護を目的とする処分), il n'y a pas d'admissibilité/intérêt à agir. Le problème est de savoir à partir de quand un intérêt public peut devenir privé<sup>439</sup>.

322. **Portée du contrôle sur la « raison légale ».** Cette raison ou base légale peut normalement s'étendre aux normes d'organisations (*Soshiki kihan* 組織規範) qui fixent les critères généraux « d'affaire » ou d'« organes » par exemples : art. 42, 66 et 76 de la

<sup>438</sup> Jeff Kingston, *Critical Issues in Contemporary Japan*, Routledge, 2013 à la p 41; 松井茂記 (MATSUI Shigenori), *supra* note 252 à la p 137.

<sup>439</sup> L'intérêt légalement protégé a ainsi été refusé au chercheur contestant la désignation de site historique dans *l'affaire du site d'Ibe*, la Cour ne lui reconnaissant pas d'intérêt individuel.

constitution qui fixent respectivement le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire<sup>440</sup>. Elle peut s'étendre aux normes de base (*Konkyo kihan* 根拠規範 ou 根拠法) qui définissent les conditions substantives et les effets de l'action administrative, et enfin aux normes de réglementation (*Kisei kihan* 規制規範) qui prévoient la manière d'appliquer les activités administratives. Concentrons-nous sur les deux dernières et prenons deux exemples pour illustrer leur signification. Postulons qu'une loi prévoit dans tel article que « celui qui veut établir un institut de recherche scientifique doit avoir la permission du gouverneur » et dans un autre article que « la permission peut être refusée si le gouverneur considère que l'établissement de l'institut aurait un effet [adjectif péjoratif un peu vague au choix] sur l'environnement ». La loi est la norme de base au sens large (根拠規範), l'article 9 est la norme de base au sens strict (狭義の根拠規範), l'article 10 est la norme de réglementation (規制規範). Autre exemple, la loi sur l'éducation (教育基本法), comprend un chapitre 2 consacré à l'éducation obligatoire. Ce chapitre concerne l'enfant de la première année de scolarisation après ses 6 ans jusqu'à ses 15 ans. D'après le décret d'application de la loi (学校教育法施行規則), les enfants de 14 ans ou de 6 avant l'entrée en première année tombent aussi dans cette catégorie. La *norme de base au sens large* est la loi sur l'éducation, la *norme de base au sens strict* est contenue dans son chapitre 2 et par interprétation de la loi et de la réglementation on extrait une norme : la durée de l'obligation éducative est de 9 ans. Il ne faut pas que la norme de base ait seulement pour but de protéger les droits du demandeur (目的規定), mais elle doit être le *moyen* pour atteindre ce but. Il faut au surplus une disposition précise dans la réglementation qui en découle<sup>441</sup>.

323. **L' » extension » aux buts et objectifs des lois et règlements** (個別保護要件を肯定するために関係法令の趣旨・目的). Dans l'affaire *Naganuma*<sup>442</sup> des résidents à proximité d'une zone forestière allant être reclassifiée en zone constructible pour permettre l'établissement d'une base militaire demandèrent la révocation de la décision du Ministère des Eaux et Forêts, la destruction de la zone forestière allant notamment entraîner des risques d'inondations. La Cour de district de Sapporo reconnu l'intérêt à agir en se basant sur le droit de vivre en paix prévu par le préambule de la Constitution, la Haute-Cour refusa cette qualification et se basa sur l'Acte sur les réserves forestière pour admettre l'intérêt à agir, position confirmée par la Cour suprême (qui rejeta nous le verrons plus tard la demande pour *mootness* puisqu'entre temps des mesures anti-inondations avaient été prises).

324. En 1989, dans l'affaire de l'aéroport de Niigata<sup>443</sup> des résidents cherchèrent à obtenir la révocation d'une décision du Ministère des transports autorisant les vols de nuit entre Seoul et Niigata. La Cour alla chercher dans les statuts relatifs à la situation des résidents (prévention des nuisances sonore etc.) pour leur construire un intérêt à agir. Une avancée logique, mais qui fut circonscrite en 2004 par le législateur lorsqu'il introduisit une nouvelle

<sup>440</sup> On trouve parfois normes juridiques présentées de la manière suivante au Japon : les normes de comportement (行為規範)、les normes judiciaires (裁判規範)、les normes organisationnelles (組織規範).

<sup>441</sup> C'est un raisonnement similairement à celui qui a été utilisé pour limiter la normativité de la constitution qui est utilisé ici. Rappelons que le préambule de la Constitution japonaise n'a contrairement en France, aucune valeur juridique. C'est une déclaration d'intention. De la même manière l'article 25 de la Constitution a été considéré comme déclaration programmatique. Par conséquent si dans une loi il est marqué : « le but de cette loi est de protéger les consommateurs », cela n'a aucune valeur juridique c'est une disposition d'objectif (objective...).

<sup>442</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 29 septembre 1982, *Naganuma Nike* (長沼ナイキ訴訟判決), Minshu, Vol.36, n°1679, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=55157](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=55157), 1977 (Gyo-tsu) 56, 判決 / 棄却.

<sup>443</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 17 février 1989, *License des transports aériens entre Niigata-Seoul* (新潟—小松—ソウル間の定期航空運送事業免許処分取消請求事件), Minshu, Vol.43, n°56, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52172](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52172), 1982 (Gyo-tsu) 46, 判決 / 棄却.



section 1 à l'article 9 de l'ACA<sup>444</sup>. La doctrine considère majoritairement que cette modification ne visait pas ouvrir plus largement le critère du l'intérêt à agir mais à confirmer la décision Niigata<sup>445</sup>.

c. **Le critère de la protection individuelle (個別保護要件)**

325. Avec le critère de la protection individuelle, le juge procède à un test de l'équilibre pour savoir si les intérêts qui tombent dans le champ de protection se voient dotés d'un traitement préférentiel sur les autres intérêts protégés dans le système juridique. Mais il est parfois difficile pour le juge d'établir un lien entre un intérêt tombé dans le champ de protection et un intérêt attribué aux individus même si le risque est physique.

326. Premièrement si la loi est vague comme dans les cas où la loi stipule "maison, école, hôpitaux, et établissements assimilés" comme sujet à une mesure de réglementation d'octroi de permis (de construire par exemple), ce n'est pas considéré comme accordant une attention spécifique à celui qui veut obtenir un permis de construire. Deuxièmement si l'atteinte est justifiée, si celui qui se voit accordé un permis de construire apporte par ailleurs un grand bénéfice à la société dans son ensemble (autoroutes, aéroports) les résidents à proximité doivent accepter que leurs droits soient atteints dans une certaine mesure. Troisièmement si le risque est difficile évaluable, comme une centrale nucléaire. A partir de quelle distance êtes-vous en danger ? Lorsque vous êtes hors de la zone fixée le risque est constant mais est considéré comme général et non individuel. Quatrièmement, le juge vérifie si le désavantage que le plaignant soulève se concentre sur une personne (on parle de désavantage distribué 不利益拡散) ou sur une zone particulière (désavantage diffusé 分散拡散).

327. La Cour utilise un dernier outil pour éviter de reconnaître l'intérêt individuel, le test de de l'« intérêt réflexif » (反射的利益). On parle par exemple de l'intérêt réflexif du patient par rapport à l'obligation de soin de médecin, de celui un consommateur par rapport à des obligations d'informations pesant sur l'industrie. En droit administratif cet intérêt réflexif est considéré comme étant un intérêt public et ne confère pas d'intérêt légal au plaignant<sup>446</sup>.

328. L'Acte sur les bains publics prévoit dans son article 2 que des permissions sont accordées pour l'ouverture des sentos, bains publics encore régulièrement utilisés de nos jours et particulièrement utiles après-guerre pour des raisons de salubrité publique. L'article 2.1 prévoit néanmoins que ces permissions peuvent être refusées si l'emplacement envisagé n'est pas approprié et ce caractère approprié est fixé par ordonnance locale sous la forme d'une distance minimale d'installation. Cette possibilité de refus fut justifiée par le Parlement non pour des raisons de protectionnisme économique mais pour des raisons de sécurité publique. En 1955, La Cour suivit cette interprétation du Parlement dans *l'affaire Shimizu*

<sup>444</sup> Art.9 du CCA : « When judging whether or not any person, other than the person to whom an original administrative disposition or administrative disposition on appeal is addressed, has the legal interest prescribed in the preceding paragraph, the court shall not rely only on the language of the provisions of the laws and regulations which give a basis for the original administrative disposition or administrative disposition on appeal, ○1 but shall consider the purposes and objectives of the laws and regulations as well as the content and nature of the interest that should be taken into consideration in making the original administrative disposition. In this case, when considering the purposes and objectives of said laws and regulations, the court shall take into consideration ○2 the purposes and objectives of any related laws and regulations which share the objective in common with said laws and regulations, and when considering the content and nature of said interest, the court shall take into consideration (influence de la jurisprudence Niigata) ○3 the content and nature of the interest that would be harmed if the original administrative disposition or administrative disposition on appeal were made in violation of the laws and regulations which give a basis therefor, as well as in what manner and to what extent such interest would be harmed”

<sup>445</sup> Matsui, supra note 100 à la p 138. Note de bas de page 32.

<sup>446</sup> 反射的な利益ないし事実上の利益. Au contraire de l'hypothèque en droit privé qui ne pose pas de problèmes.

(公衆浴場法違反)<sup>447</sup> en précisant de manière brève qu'une absence de régulation entraînerait une sur-compétition, une baisse des standards d'hygiène pour des raisons d'approvisionnement en eau limité. Le système de permission visant à mettre en place des infrastructures pour accompagner le bien-être public de « santé nationale et d'hygiène environnementale ». Cette justification fut critiquée car elle n'était pas valable pour tous les bains public<sup>448</sup>.

329. En 1962, dans l'affaire *Sakamoto* (公衆浴場営業許可無効確認請求事件)<sup>449</sup>, le plaignant contestât l'attribution d'une licence à un concurrent. La distance était ici de 250 mètres. Mais la Cour jugea que cette restriction avait pour but d'éviter la compétition non justifiée entre les établissements et qu'à ce titre « l'entreprise du plaignant devait être considérée comme protégé par le fonctionnement légal du système de licence (...) il a donc un intérêt à agir pour demander l'annulation de la licence d'une tierce partie car son intérêt n'est pas un pur réflexe, mais un intérêt légal... ».

330. Davantage qu'une ouverture neutre des critères, il apparaît *in fine* qu'il s'agissait davantage de protéger la situation du petit commerce déjà établi est davantage protégée que celle du nouvel entrant. L'évolution des techniques d'approvisionnement en eau pose rétrospectivement de sérieux doutes quant à la pérennité du critère de la salubrité, en se basant sur la même *norme de base*, la Cour suprême assumait pleinement un changement dans l'objectif législatif en requalifiant en 1989 l'objectif législatif visé par la distance d'installation en mesure protectionniste visant à protéger les sentos existant permettant de fournir à la population ne disposant pas de bains un accès<sup>450</sup>.

331. A la suite l'affaire des sentos de 1955, le législateur introduisit des dispositions similaires dans la plupart des actes régulant les petites et moyennes entreprises<sup>451</sup>. L'*acte de mesures spéciales visant à ajuster les lieux commerciaux* publics prévoit la nécessité d'un permis pour vendre ou louer des espaces commerciaux spécifiques dans certaines villes (art.3. s.1), et le refus de permis si la délivrance entraîne une sur-compétition.

332. En 1972 dans l'affaire de la violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces (小売市場距離制限事件)<sup>452</sup>, une société dont le siège était basé à Ibaraki dans la préfecture d'Osaka spécialisé dans la gestion de baux commerciaux, fut poursuivie au pénal pour avoir loué 49 espaces commerciaux à 47 marchands sans autorisation préalable du gouverneur de la préfecture. La société défenderesse poursuivie attaqua la

<sup>447</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 26 janvier 1955, *Bains publics de Fukuoka* (公衆浴場法違反), Keishu, Vol. 9, n°1, p.89, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=54731](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=54731), 1953 (A) 4782, 判決 / 棄却., voir J.MAKI, supra note 4, page 295-297.

<sup>448</sup> Kamata, supra note 198 à la p 189.

<sup>449</sup> Cour suprême, 2ème Chambre, 19 Janvier 1962, *Sakamoto ou Bains publics*, (公衆浴場営業許可無効確認請求), Keishu, Vol.16, n°1, p.57, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52934](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52934), 1958 (O) 710, 判決 / 破棄差戻

<sup>450</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 20 janvier 1989, *Loi sur les bains publics* (公衆浴場法違反), Keishu, Vol.1, n°1, p.43, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50334](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50334), 1981 (A) 1140, 判決 / 棄却.

<sup>451</sup> Matsui, supra note 100 à la p 217.

<sup>452</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 22 novembre 1972, *Violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces* (小売商業調整特別措置法違反), Keishu, Vol.26, n°9, p.586, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50995](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50995), 1970 (A) 2, 判決 / 棄却 supra note 210. « Afin de parvenir un développement équilibré et harmonieux de l'économie sociale dans son ensemble, avec pour but de parvenir à un développement de l'économie nationale et de la stabilité dans la vie des gens, il est possible de prendre des mesures législatives et réglementaires restringant l'activité économique d'un individu, aussi longtemps que cela reste dans un cadre raisonnable et nécessaire pour parvenir à cette fin. Les mesures légales régulatrices du champ social et économiques sont laissées à la discrétion politique et technique du législateur, et elles sont inconstitutionnelles seulement si elles sortent clairement du champ de ce pouvoir discrétionnaire et sont irrationnelles. (...) les mesures de la Loi sur les petits commerces sont adéquates au but recherché et ne peuvent être considérées comme clairement extrêmement irraisonnées et ne sont donc pas contraire à l'article 22 de la Constitution ».

constitutionnalité de la disposition législative comme entravant la liberté de commerce arguant au surplus qu'en l'espèce un concurrent installé à proximité avait pourtant accueilli cette société, que les permissions d'installation d'un supermarché voisin répondaient à des limites d'installation différentes et qu'il n'y avait aucune raison d'appliquer la jurisprudence de 1955 puisqu'il pouvait difficilement lui être reproché de faire courir un risque à la sécurité publique. La Cour présidée par le très conservateur Kazuto Ishida balaya ces arguments en reprenant la justification du législateur et identifiant l'objectif législatif de cette réglementation comme celui de protéger les petits marchés, c'est-à-dire ceux avec un petit capital contre les risques de faillite<sup>453</sup>.

333. Et considéra que la permission visait à atteindre le développement sain de l'économie pour lequel un simple test *du caractère raisonnable* suffit, auquel cas le choix du législateur doit être respecté. En 1973 le parlement vota une nouvelle loi pour les grandes surfaces qui remplaça la loi sur les supermarchés de 1937, supprimant la nécessité d'autorisation administrative préalable, mais contenant dans son article 1 la mention des « opportunités de commerce », et faisant obligation de tenir informer le Ministère du Commerce du souhait d'installation, lequel pouvait demander aux nouveaux entrant de négocier avec les commerçants déjà installés les conditions d'installation. En janvier 1981 des commerçants locaux s'opposèrent à l'ouverture d'un grand centre commercial à Etsurigo. La Cour considéra que l'article 1 de la loi ne pouvait être interprété comme donnant un intérêt à agir autre que réflexif, c'est-à-dire individuel.

334. Tout dépend en fait de si l'on arrive à convaincre le juge. Dans l'affaire Ozato, des résidents contestèrent la création de 6 terrains de golfs en amont de la rivière Ozato, et les juges considérèrent que l'article 10-2 de la Loi sur les Forêts « devrait être interprété comme visant non seulement à la fonction d'intérêt public de la forêt (...) mais également à la protection de la sécurité de la santé et de la vie des habitants vivant dans une certaine zone adjacente à la zone développée pour els intérêts d'autres individus ». Il est assez fréquent pour la partie de demander la reconnaissance d'un intérêt direct (non-réflexif) et au juge de le refuser<sup>454</sup>.

335. Autre exemple. Une femme au foyer apporta en 1960 à un centre de santé public une conserve de viande labelisé bœuf de Yamato qui s'avéra comprendre an réalité des restes de

<sup>453</sup> *Ibid* à la p 190.

<sup>454</sup> Cour de district de Kumamoto, 21 novembre 2001, *Ozato ou constuction d'un terrain de golf près d'une rivière*, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=15266](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=15266) 21/11/2002 (勸告無効等確認請求事件). Obiter dictum :

« However, as mentioned above, the discontinuation recommendation does not infringe the freedom of opening a hospital at all. In addition, the health insurance system is a measure for guaranteeing the survival right of the people, the benefit which the hospital receives from the health insurance system is the medical insurance for the insured through the medical institution the insurer designated as the insurance medical institution etc **The benefits are merely reflective benefits brought about by the provision of benefits etc. and are obtained only after the hospital receives designation by the insurance medical institution. Therefore, there is no reason for the plaintiff 's claim of the plaintiff because there is no legal status or right that is designated as an insurance medical institution primarily by a hospital creator.** (D) Plaintiff also insists that disposability will be accepted as disobedience to the discontinuation recommendation is incorporated legally as a requirement for designation refusal of insurance medical institutions, etc., which is the next infringing disposition. However, as stated above, the benefits the hospital receives from the health insurance system are not only reflective benefits, they can not be legal benefits nor are they primitive. Therefore, not designating an insurance medical institution or the like is merely not to dispose of profits, and if the hospital establisher infringes the original benefit or imposes a new duty Because there is no refusal to designate insurance medical institutions etc. is not infringement treatment. In addition, refusal to designate insurance medical institutions etc. is to refuse designation by insurance medical institutions concerning medical institutions deemed unnecessary as medical insurance institutions in the medical area, because hospital establishment persons do not obey the discontinuation recommendation It is not done to. Therefore, disobedience to the recommendation of Article 30-7 of the Medical Law does not always follow the next infringing disposition, so there is no reason for the plaintiff's assertion. O Plaintiff ought to rescind the refusal disposition of the insurance medical institution's refusal disposition, since it can not escape the large loss, even at the stage before applying for the designation by the insurance medical institution, disposal should be approved in the discontinuation recommendation It is claimed that it is. However, the recommendation which is a problem in this case is what is done in the process of permission to open a hospital under Article 7 of the medical law, and this procedure is terminated by the permission of establishing a hospital. Designation of insurance medical institution is based on old health insurance law 43 3, it is a procedure separate from hospital establishment procedure, even if recommendation is taken into account in designation of insurance medical institution, It is a separate procedure. Therefore, maturity of the incident can not be admitted at the stage of this discontinuation recommendation. »

viande de baleine et de cheval. L'association des femmes au foyer rendit public l'incident et poussa l'association des industries de la conserverie et le ministère à discuter de ce problème, à la suite de quoi l'*Acte contre les Représentations impropres* fut voté (la loi). Cet acte établit un *intérêt* pour les personnes qualifiées à contester les décisions d'une commission d'échange équitable. Celle-ci approuva (acte de l'administration) une série de code de bonne conduite (la réglementation) pour l'industrie dont un notamment l'association des producteurs de jus de fruit qui établissait une charte concernant l'emploi du mot jus. Le 14 mars 1978 dans l'affaire de la *Régulation des Jus*<sup>455</sup>, la Cour procéda à une interprétation étonnante de *L'Acte contre les Représentations impropres et du Code de bonne conduite*. La loi établit un intérêt à agir pour les personnes qualifiées à contester les décisions de la commission d'échange équitable : le consommateur. Mais le code de bonne ne contenait pas de dispositions relatives aux parties. La Cour sembla dissocier l'approbation et le code lui-même, et n'admit pas la qualité de partie à l'association des femmes aux foyers, l'une des grandes associations de consommateur au Japon, et à l'origine indirecte dudit Acte.

d. **Le critère du désavantage (不利益要件)**

336. Les étapes du champ de protection et de la protection individuelle passée, reste la dernière étape : il doit être sur ou inévitable que le plaignant est atteint dans son droit<sup>456</sup>. C'est le test du désavantage.

337. **Désavantage reconnu.** La compagnie de transport ferroviaire métro Odakyu avait obtenu l'autorisation de construire une extension d'une de ses voies de 6.4 kilomètres et une intersection au dessus de la route dans le district de Setagaya. Les résidents contestèrent l'autorisation essayant d'obtenir une déclaration de nullité et une injonction d'arrêt des travaux, en raison des niveaux inacceptables de vibration et pollution sonores que les travaux engageraient et plus généralement de l'atteinte à leur voisinage. Le 7 décembre 2005 dans l'affaire *Odakyu* (小田急線事件)<sup>457</sup> les juges reconnurent l'intérêt à agir des plaignants notamment en raison du caractère répété et continu des dommages et proposèrent que Odakyu construise en sous-sol. Ce fut pour la Cour Suprême un revirement de sa jurisprudence antérieure de 1999, qu'avait suivi en 2003 la Haute-Cour de Tokyo jugea en seconde instance la demande des résidents de Setagaya.

338. **Désavantage non reconnu.** L'article 14, paragraphe 2 de la réglementation relative aux compétitions cyclistes impose d'afficher un plan du centre de soin le plus proche dans un rayon de 1000 mètres autour de l'endroit souhaité pour organiser une compétition. Dans l'affaire *Satellite Osaka* (サテライト大阪事件)<sup>458</sup> la Cour jugea qu'un centre de soin ne peut contester l'autorisation de la compétition en arguant de flux accru de patients, les 1000 mètres ne créent pas un intérêt à agir pour tous les centres de soin hors site automatiquement.

<sup>455</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 14 mars 1978, *Affaire de régulation des jus* (主婦連ジュース不当表示事件), Minshu, Vol.32, n°2, 211 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53238](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53238), 1974 (Gyo-tsu) 99, 判決 / 棄却.

<sup>456</sup> 法律上保護された利益を、当該処分により侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者

<sup>457</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 7 décembre 2005, *Ligne ferroviaire Odakyu* (小田急線連続立体交差事業認可処分取消, 事業認可処分取消請求事件), Minshu Vol.59, n°10, p.2645, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52414](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52414), 2004 (Gyo-hi)1 14, 判決, その他.

<sup>458</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 15 octobre 2009, *Satellite* (サテライト大阪] 場外車券発売施設設置許可処分取消請求事件), Minshu, Vol. 63, n°8, p.1711, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=38073](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=38073), 2008 (Gyo-hi) 247, 判決, その他.

### § 3 Seijukusei, la doctrine de la maturité de la demande

339. Nous allons présenter l'origine de la doctrine du Seijukusei, la doctrine de la *ripeness* (a.), avant de nous intéresser à la jurisprudence japonaise (b.).

#### a. Origine et définition

340. Aux États-Unis, la doctrine de la *ripeness* est liée à l'interdiction que s'impose la Cour suprême dans son interprétation de l'exigence de *cases or controversies* de rendre des avis consultatifs, ou de juger de cas hypothétiques, c'est-à-dire des conflits qui n'ont pas encore eu lieu. La doctrine de la *ripeness*, avec la doctrine du *standing*, concerne le test d'une atteinte concrète ou imminente à un droit. La différence est que le *standing* concerne les droits d'une personne particulière : si elle ne peut pas montrer que ses droits sont atteints elle n'a pas de *standing*. Au contraire, la *ripeness* concerne la norme présentée au juge : elle a atteint ou va atteindre quelqu'un de manière imminente. L'affaire peut ne pas être *ripe* pour les uns et l'être pour une autre personne.

341. Ensuite il y a des tests de la *ripeness* différents selon les types de demandes. Les *facial claims* ou recours sur la validité constitutionnelle de la norme remplissent automatiquement les critères de la *ripeness*, elles sont « un cheval d'une autre couleur »<sup>459</sup>. Pour les *as-applied challenge* ou recours relatifs à l'application de la norme, il y a deux tests. Bien sûr, le fait d'attribuer la *ripeness* automatiquement en cas de *facial claims* n'est pas sans contrepartie : le juge déclarera rarement l'inconstitutionnalité.

342. Pour qu'une soit *ripe* aux États-Unis, il faut évaluer selon le test proposé par le juge Harlan II dans la décision *Abbott* (387 U.S. 136), la « fitness », le caractère approprié des problèmes à la résolution judiciaire et il faut déterminer les « hardship », les difficultés qu'auraient les parties à supporter le contrôle du juge. La « fitness » est l'examen par la Cour de la question de savoir si les parties sont d'accord sur le caractère juridique de la demande en allant chercher leur intention dans l'ensemble des rapports fournis à la procédure, et après le jugement des juges du fond, dans tout fait nouvellement concrétisé en droit notamment via les questions certifiées posés par les autres cours<sup>460</sup>. Les difficultés sont celles qu'endurent les parties en cas d'absence d'examen du juge et elles sont évaluées du côté des individus comme du côté des agences, les difficultés pouvant être celles subies du fait du refus ou de l'acceptation à accorder un examen. Du côté des individus il ne doit pas être question d'un « Hobson's choice », un choix à prendre ou à laisser, un blocage qui pèserait sur eux qu'ils choisissent d'emprunter la voie respect de l'obligation qui conduirait à une atteinte à leur droit, ou qu'ils empruntent celle de ne pas respecter la position de l'administration en prenant ainsi le risque certain de poursuites criminelles ou civiles.

343. Du côté des agences, le juge admet qu'elles doivent être en mesure de donner libre cours à leur action : l'intention de l'administration d' « appliquer » - menace, déclaration ou

<sup>459</sup> « Federal Court: Williamson County Ripeness Not Required In Facial Takings Claims », en ligne : Inversecondemnation.com <<http://www.inversecondemnation.com/inversecondemnation/2017/05/federal-court-williamson-county-ripeness-not-required-in-facial-takings-claims-.html>>.

<sup>460</sup> *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976) « Since the entry of judgment by the Court of Appeals, the Commission has undertaken to issue rules and regulations under the authority of § 438(a)(10). While many of its other functions remain as yet unexercised, the date of their all but certain exercise is now closer by several months than it was at the time the Court of Appeals ruled. Congress was understandably most concerned with obtaining a final adjudication of as many issues as possible litigated pursuant to the provisions of § 437h. Thus, in order to decide the basic question whether the Act's provision for appointment of the members of the Commission violates the Constitution, we believe we are warranted in considering all of those aspects of the Commission's authority which have been presented by the certified questions. »

habitude - doit être connue au regard d'un corpus de règle finalisés peu importe le nom qui leur est donné (doctrine dite de la finalité qui est proche du shobunsei). Pour le Professeur Jeffrey S. Gutman<sup>461</sup> il est donc recommandé de détailler autant que possible le rapport pour que son contenu puisse être opposé à une éventuelle motion de rejet d'*unripeness*. Il est ainsi recommandé aux avocats de détailler les risques encourus par le respect ou non respect et de préciser l'historique des précédentes application de l'administration.

344. Pour qu'une action relative à un regulatory taking soit ripe il est nécessaire d'épuiser au préalable autres solutions compensatoires avant que la demande ne soit justiciable par le juge. Dans l'affaire *Williamson County v. Hamilton Bank* (1985) un promoteur immobilier soumis en plan de développement en 1973<sup>462</sup>. Mais en 1980 et 1988 le comté changea l'équivalent américain du plan local d'urbanisme au regard de nouvelles considérations relatives aux constructions en pente des équipements publics. La banque Hamilton ayant récupéré la propriété du terrain fut contrainte de resoumettre un plan de développement initial qui fut refusé, et saisit la Cour considérant que le nouveau zonage lui faisait perdre 409 lots par rapport à celui de 1973. Elle obtint 350.000 \$. Devant la Cour suprême le comté fit valoir que des variantes étaient possibles, que 300 lots de plus étaient constructibles, et qu'ils auraient dû épuiser l'ensemble des autres solutions possibles avant d'entamer un recours par conséquent immature.

345. La Cour suivit l'argumentation du comté et considéra que les actions en compensation nécessitaient une décision finale de l'Etat et un refus de compensation de celui-ci. Elle jugea l'affaire immature car la Banque n'avait pas suivi la procédure de condamnation inverse qui lui était par ailleurs offerte pour obtenir compensation<sup>463</sup> et qu'aucune décision finale des autorités n'avait pu être rendue du fait du refus pour la banque de suivre la procédure visant à déterminer les variances possibles.<sup>464</sup> Puisque l'intention réelle des autorités quant à l'application de l'acte ne pouvait donc être connue, la demande fut rejetée<sup>465</sup>.

346. **Sous-doctrine de la futilité.** Néanmoins l'intérêt à agir peut être sauvé si les demandes alternatives permettant sensément de manifester l'intention de l'administration sont jugées futiles<sup>466</sup> c'est-à-dire si l'administration argue du non épuisement des voies de recours au procès alors qu'elle n'avait pas l'intention d'accorder de remèdes alternatifs au plaignant : « les remèdes administratifs qui doivent être épuisés sont seulement ceux qui laissent

<sup>461</sup> <http://federalpracticemanual.org/chapter3/section2>

<sup>462</sup> Concernant 676 acres subdivisés en 736 lots dont 469 concernant un terrain de golf, le reste attendant la décision de la commission de contrôle, plan qui fut approuvé et pour lequel 212 lots reçurent une approbation définitive.

<sup>463</sup> "The Commission's denial of approval does not conclusively determine whether respondent will be denied all reasonable beneficial use of its property, and therefore is not a final, reviewable decision. (...) second reason the taking claim is not yet ripe is that respondent did not seek compensation through the procedures the State has provided for doing so.(...) Under Tennessee law, a property owner may bring an inverse condemnation action to obtain just compensation for an alleged taking of property under certain circumstances. (...) Respondent has not shown that the inverse condemnation procedure is unavailable or inadequate, and until it has utilized that procedure, its taking claim is premature"

<sup>464</sup> la banque ne voulait pas engager des ingénieurs avant accord du plan initial, alors que la procédure lui enjoignait de le faire et proposer une nouvelle variante à la Commission "As we have noted, resolution of that question depends, in significant part, upon an analysis of the effect the Commission's application of the zoning ordinance and subdivision regulations had on the value of respondent's property and investment-backed profit expectations. That effect cannot be measured until a final decision is made as to how the regulations will be applied to respondent's property. No such decision had been made at the time respondent filed its § 1983 action, because respondent failed to apply for variances from the regulations."

<sup>465</sup> Opinion concurrente du juge Stevens "In most litigation involving a challenge to a governmental regulation -- and this case is no exception -- the government contends that the public interest justifies the harm to the property owner, and that no compensation need be paid. If the government fails to convince the court that such is the case -- that is, if it is not entitled to impose an uncompensated permanent harm on the property owner -- the court can express its ruling on the merits by stating that the regulation is invalid, or by characterizing it as a "taking.""

<sup>466</sup> Amy Brigham Boulris, Esq, « Ripeness and Exhaustion of Remedies Getting to the Merits » CLEI Taking, en ligne : CLEI Taking <https://www.google.co.jp/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiU7bnq-PTAhWDwbwKHed8DzYQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.brighammoore.com%2Flibrary%2FRipeness%2520and%2520Exhaustion%2520of%2520Remedies%2520Getting%2520to%2520the%2520Merits.pdf&usq=AFQjCNHrLPLczd46UJK1eLi2th40ecstfg&sig2=YdDsebuqRUvF5YAKrNE5fg>.

entendre une solution adéquate et opportune. Si les remèdes administratifs sont inadéquats, ou s'ils sont vains et inutiles, ils n'ont pas à être utilisés avant qu'une solution judiciaire n'ait à être envisagée »<sup>467</sup>. La Cour confirma cette limite dans l'affaire *Palazzo V. Rhode Island State* (2001).

## b. Jurisprudence japonaise

347. La jurisprudence japonaise est également abondante<sup>468</sup> mais la marge de manœuvre de l'administration est plus grande car le test du juge est fondé sur une notion différente du litige : les tests de Williamson et Abbott sont utilisés selon le principe de *l'injury in fact* quand le juge japonais s'accroche à la doctrine de l'intérêt légalement protégé<sup>469</sup>.

348. En 1966, dans *l'affaire du plan révisé d'urbanisme du gouverneur de la préfecture de Tokyo*<sup>470</sup>, la Cour suprême rejeta le recours des requérants au prétexte que le plan (東京都戦災復興計画) ne constituait qu'un programme sans dispositions concrètes affectant des individus spécifiques. « La décision de conduire ce programme et sa publication en l'absence de changement dans les droits des individus manquait de maturité d'un point de vue théorique mais aussi pratique, il n'était donc ni nécessaire ni raisonnable d'admettre un recours à cette étape ». Cette formulation a été vigoureusement critiquée par la doctrine comme étant floue : quels critères sont donc utilisés pour déterminer la « maturité »<sup>471</sup> ?

<sup>467</sup> (Orion corporation v. State 03 Wn.2d 441, 693 P.2d 1369 (1995) (citant la décision Anderson).

<sup>468</sup> On pourra voir également : 昭和 41 年 2 月 23 日, 区画整理事業設計等無効確認請求, 昭和 37(オ)122

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53786](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53786),

昭和 46 年 12 月 23 日, 土地改良事業計画に対する異議申立棄却決定取消請求控訴事件, 昭和 46(行コ)1,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=18211](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=18211)

昭和 52 年 3 月 10 日, 盛岡広域都市計画用途地域指定無効確認請求事件, 昭和 49(行ウ)3,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17802](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17802)

昭和 53 年 2 月 14 日, 列車運行表の認可処分等差止請求事件, 昭和 52(行ウ)68,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17717](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17717)

昭和 53 年 2 月 28 日, 盛岡広域都市計画用途地域指定無効確認請求控訴事件, 昭和 52(行コ)1,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17715](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17715)

昭和 53 年 3 月 29 日, 高度地区変更決定取消請求事件, 昭和 48(行ウ)89,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17705](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17705)

昭和 53 年 4 月 11 日, 都市計画法に基づく用途地域指定処分取消請求控訴事件, 昭和 50(行コ)68,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17699](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17699)

昭和 51(行コ)7 行政処分取消請求控訴事件 昭和 53 年 4 月 12 日 広島高等裁判所,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17698](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17698)

昭和 48(行ウ)23 第二種住居専用地域指定取消請求事件 昭和 53 年 7 月 18 日 神戸地方裁判所

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17672](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17672)

昭和 52(行ウ)1 大分新産都八号地計画等取消請求事件 昭和 54 年 3 月 5 日 大分地方裁判所

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17591](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17591)

昭和 52(行ウ)37 土地区画整理審議会委員選挙無効確認等請求事件 昭和 56 年 4 月 30 日 福岡地方裁判所

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17290](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17290)

昭和 53(行ウ)39 開発許可処分取消等請求事件 昭和 57 年 11 月 29 日 横浜地方裁判所

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=17049](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=17049)

昭和 57(行ウ)36 土地改良事業施行認可申請の適否決定処分の異議申立棄却処分の取消請求事件 昭和 58 年 8 月 29 日

神戸地方裁判所 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=16950](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=16950)

昭和 54(行ウ)10 土地区画整理組合事業変更認可取消請求事件 昭和 58 年 10 月 24 日 岐阜地方裁判所,

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=16928](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=16928)

<sup>469</sup> Matsui, supra note 100 à la p 137.

<sup>470</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 23 février 1966, *Sakamoto ou Plan révisé d'urbanisme du gouverneur de la prefecture de Tokyo* (区画整理事業設計等無効確認請求事件), Minshu, Vol.20, n°2, p.271, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53786](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53786), 1962 (O) 122, 判決 / 棄却.

<sup>471</sup> OBITER DICTUM : (Obiter dictum) « ... est différente d'une disposition concrète dirigée contre un individu spécifié. Au surplus, aucune disposition ne requiert sa publication et elle n'a aucun effet sur les droits et les devoirs des citoyens. L'approbation dans ce cas peut être considérée non seulement comme l'approbation par le défendeur des ... dispositions. »

349. En 1972, dans la décision dite du *Shinkansen*<sup>472</sup>, le Ministère des transports publia les plans pour une ligne de chemin de fer à grande vitesse reliant Tokyo à Edogawa et contracta avec la Compagnie de construction des réseaux ferrés japonais. Les résidents dans les 200 mètres du tracé demandèrent une indemnisation. La Haute-Cour de Tokyo rejeta la demande en considérant qu'à l'étape de l'approbation du plan il était impossible de savoir qu'elles seraient les parties concernées lors de son exécution future. Le plan et son approbation furent considérés comme abstraits par nature. Selon la Cour, l'approbation par le ministère :

« ... est différente d'une disposition concrète dirigée contre un individu spécifié. Au surplus, aucune disposition ne requiert sa publication et elle n'a aucun effet sur les droits et les devoirs des citoyens. L'approbation dans ce cas peut être considérée non seulement comme l'approbation par le défendeur des dispositions fondamentales concernant la construction de la ligne Narita, mais aussi comme une autorisation accordée à la Japan Rail Construction Corporation pour procéder à la construction sur la base du plan. Il s'agit **donc d'un comportement interne dirigé** contre la Société ci-dessus et ne peut pas être considéré comme **une disposition concrète** à l'égard de tout citoyen privé ou d'avoir **une influence** quelconque sur les droits ou les devoirs des citoyens. En tant que qu'affaire juridique, par conséquent, elle est dépourvue de **la maturité** nécessaire à une controverse. »

350. Ainsi toute demande peut être rejetée avant l'implantation du plan. Mais au regard des coûts engendrés par le développement du plan et les pertes éventuelles liées à son abandon, il y a peu de chance pour que le juge accepte finalement de censurer l'action. En 1992, dans l'affaire *demande en annulation de l'approbation d'un projet de développement du territoire*<sup>473</sup>, une approbation fut accordée à la ville D, partie exécutrice d'un projet de développement du territoire au sein duquel une série de dispositions et procédures furent conduites sur la base de cette approbation : notamment 267.900.000 yens de travaux impliquant la modification du cadastre sur lequel étaient répartis 100 propriétaires. La Haute-Cour d'Osaka jugea qu'il n'était plus possible d'éliminer l'illégalité au regard de potentielles pertes sociales et économiques et des idées socialement acceptées, qu'il n'y avait plus d'intérêt pratique à révoquer l'approbation et par conséquent plus d'intérêt à agir. La Cour suprême considéra pour sa part que la révocation de l'approbation affecterait *l'effet légal de ces procédures*. Bien que le projet eût été mené à son terme pendant que la procédure était en cours et que la restauration à l'état initial était impossible non pas physiquement mais au regard des sommes engagées, la Cour jugea approprié d'interpréter ces circonstances comme relevant de l'article 31 et donc que l'intérêt à agir n'était pas éteint.<sup>474</sup> En 2008 dans l'affaire *Nakamura v. Ville de Hamamatsu*<sup>475</sup>, la Cour procéda à un revirement de sa jurisprudence antérieure en considérant que la publication d'un plan de redéveloppement avait **un effet juridique sur les droits des citoyens** en les empêchant de construire une bâtisse, et qu'ils étaient justiciables à contester le plan afin d'obtenir **un remède effectif à leur situation** : « Il est nécessaire d'obtenir une permission du gouverneur de la préfecture afin de conduire, dans la zone de développement du territoire, des activités telles que qui changent la nature ou la forme du terrain ou d'un bâtiment, de remodeler ou d'élargir des bâtiments ou d'autres structures qui sont susceptibles de gêner l'implantation du plan de développement ... l'effet n'est donc ni général ni abstrait ».

<sup>472</sup> Cour de district de Tokyo, 23 décembre 1972, *Ligne de shinkansen de Narita*, (行政処分取消請求事件), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=18154](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=18154), 1972 (Gyo-u) 52, 判決 / 棄却.

<sup>473</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 24 janvier 1992, *Demande en annulation de l'approbation d'un projet de développement du territoire* (土地改良事業施行認可処分取消), Minshu Vol. 46, n°1, p.54, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1455](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1455), 1990 (Gyo-Tsu) 153, 判決 / 破棄自判.

<sup>474</sup> Voir aussi *テレビジョン放送局の開設に関する予備免許処分・同免許申請棄却処分並びにこれが異議申立棄却決定取消請求* (最高裁判例 昭和 43 年 12 月 24 日 la Cour suprême jugea que dans le cas où la partie A et la partie B sont dans une relation de compétition économique, si la partie A soumet une demande en révocation contre une licence accordée à B, l'intérêt à agir persiste si B continue à conduire son commerce après la fin de la période de validité de ladite licence.

<sup>475</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 10 septembre 2008, *Nakamura ou Plan local d'urbanisme de la ville d'Hamamatsu* (行政処分取消請求事件), Minshu, Vol.62, n°8, p.2029, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=36787](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=36787), 2005 (Gyo-Hi) 397, 判決 / 破棄自判.



## SECTION 2 - LA MOOTNESS

351. Les critères de la doctrine américaine *mootness* sont adoucis en certaines exceptions (§1) qui sont, pour les plus importantes d'entre elles, non reconnues au Japon (§2)

## § 1 Mootness américaine

a. Principe

352. La *mootness* est principalement un problème en matière de demande en injonction, les demandes en dommage ne pouvant par exemple être *moot* sauf accord préalable entre les parties puisque c'est un remède retrospectif pour lequel le juge trouvera toujours quelque chose à accorder.<sup>476</sup> Dans l'affaire *DeFunis v. Odegaard*<sup>477</sup> la Cour jugea que la demande d'un étudiant noir s'étant vu refusé l'admission dans une l'école de droit puis admis grâce à une injonction temporaire et bientôt diplômé au moment du jugement de la Cour suprême, était *moot* puisque sa décision n'aurait rien changé à la situation. L'école de droit n'était plus en mesure de l'exclure. Cette *mootness* est adoucie en certaines exceptions.

b. Exception

353. **La cessation volontaire.** L'argument de *mootness* est refusé par la Cour qui a tendance à conserver sa juridiction lorsqu'une action a cessé mais continue de produire des effets dommageables sur les parties<sup>478</sup>. Mais que se passe-t-il si le défendant à arrêté dans la perspective des poursuites sa conduite dommageable ? N'y-a t-il pas un risque de reprise de ce comportement une fois la crainte des sanctions éloignée ? La Cour prend en compte ces cas de cessation volontaire.

354. Dans l'affaire *SEC v. Medical Committee for Human Right*<sup>479</sup>, le comité des droits l'homme visait à obtenir pendant la guerre du vietnam une résolution interdisant la vente de napalm destiné à être utilisé sur des êtres humains auprès de la compagnie américaine en charge de la production. Celle-ci introduisit la proposition auprès de ses actionnaires, après l'appel mais avant la décision de la Cour suprême, et cette proposition fut rejetée à 97%, ce qui statutairement libérait la compagnie de toute obligation à soumettre de nouveau cette proposition dans les 3 ans suivantes. Entre temps la guerre du Vietnam cessa<sup>480</sup>. A l'inverse le juge considère que l'affaire ne peut-être *moot* lorsque la volonté du défendant est questionnable, c'est-à-dire que le comportement dommageable est susceptible de se reproduire comme dans l'affaire *Friend of the Earth Inc.*<sup>481</sup>: le dépôt de déchet étant le cœur de l'activité de l'entreprise un dépôt délictuel serait susceptible de se reproduire si *a minima* une amende n'était pas imposée et *a maxima* si la licence d'exploitation n'était pas révoquée. Il serait probablement préférable de parler de cessation forcée puisqu'en l'absence de menaces de poursuites le comportement n'aurait en premier lieu sûrement jamais cessé.

<sup>476</sup> *Memphis Light, Gas & Water Div. v. Craft*, 436 U. S. 1, 8-9 (1978)

<sup>477</sup> *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)

<sup>478</sup> « The Mootness Doctrine in the Supreme Court » (1974) 88:2 *Harvard Law Review* 373-395 à la p 379, DOI : 10.2307/1340270.

<sup>479</sup> *SEC v. Medical Committee for Human Right* 404 U.S. 403 (1972)

<sup>480</sup> note 427 à la p 385.

<sup>481</sup> *Friend of the Earth Inc. v. Dav. Laidlaw Environmental Services, Inc* (528 U.S. 167)

355. « **Capable of repetition, yet evading review** ». En 1970 dans l'affaire *Roe v. Wade* restée célèbre pour avoir rendu constitutionnel le droit à l'avortement, une femme enceinte s'était vue contesté le bénéfice de sa demande en raison de la fin de sa grossesse en cours de procédure. La Cour introduisit une exception de non-mootness pour les cas où le problème échapperait à l'examen du juge, alors qu'il serait susceptible de se répéter à l'avenir :

« La règle habituelle dans les affaires fédérales est qu'une controverse réelle doit exister aux étapes de l'examen d'appel ou de certiorari, et pas seulement à la date de l'action. Mais quand, comme ici, la grossesse est un fait important du contentieux, la période normale de gestation humaine de 266 jours est si courte que la grossesse arrivera à terme avant que le processus d'appel habituel soit terminé. Si cette échéance rend l'affaire « moot », les litiges de grossesse surviveront rarement au-delà de la phase de procès, et l'examen d'appel sera effectivement refusé. Notre loi ne devrait pas être si rigide. La grossesse vient souvent plus d'une fois chez la même femme, (...) si l'homme doit survivre, il en sera toujours ainsi. La grossesse fournit une justification classique pour un jugement de la « non-mootness ». Il pourrait vraiment être « capable de se répéter, mais échappant à l'examen ». Nous sommes donc d'accord avec le tribunal de district que Norma McCorvey<sup>482</sup> était habilitée à entreprendre ce litige, qu'elle a présenté une controverse justiciable et que la fin de sa grossesse en 1970 n'a pas rendu son cas moot. »

356. **Problèmes et majeurs et dommages collatéraux.** Avec la décision *St Pierre*<sup>483</sup> la Cour jugea *moot* la demande d'un prisonnier libéré pour absence de sujet problématique (*subject matter*) sur lequel elle aurait pu se prononcer. Mais lorsque de la même manière dans l'affaire *Sibron v. New York*<sup>484</sup> il fut opposé au plaignant ayant effectué l'intégralité de sa sentence la *mootness* de sa demande, le juge Warren opéra une réinterprétation profonde du critère de *St-Pierre*<sup>485</sup>, très certainement en raison de sa conception philanthropique de la fonction du juge<sup>486</sup>. Ayant reconnu « l'importance vitale de garder ouvertes les voies du contrôle judiciaire en cas d'atteinte aux droits constitutionnels » *St-Pierre* avait prévu deux exceptions à sa propre doctrine de la *mootness* que sont les **problèmes majeurs, et les dommages collatéraux**. Lorsque la demande n'a pas pu être présentée pour examen devant la Cour pour des raisons indépendantes de sa propre conduite de justiciable diligent<sup>487</sup> et qu'il y avait un problème continu susceptible d'examen futur, le juge peut rejeter la *mootness*. La deuxième exception permet le jugement au fond d'une affaire criminelle lorsque des peines ultérieures pouvant être prononcées. La preuve en a d'abord pesé sur le plaignant, avant d'être cherchée factuellement par la Cour<sup>488</sup>, puis simplement présumée<sup>489</sup>, et enfin reconnue de part leur simple possibilité<sup>490</sup>, quand bien même le plaignant aurait été condamné auparavant à de multiples reprises.

<sup>482</sup> Devenue avocat pro-vie elle tenta d'obtenir un renversement de la jurisprudence *Roe* (son alias de l'époque pour raison d'anonymité (Jane Roe) demande refusée pour mootness : *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846 (5th Cir. 2004). Voir l'opinion du Juge Jones.

<sup>483</sup> *St. Pierre v. United States*, 319 U. S. 41 (1943).

<sup>484</sup> *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968)

<sup>485</sup> En se référant sur une jurisprudence soigneusement choisie par exemple à celle de *Parker v. Ellis*, 362 U. S. 574, 362 U. S. 577 (1960)

<sup>486</sup> "And even if we believed that an individual had reached that point (of being irredeemable), it would be impossible for us to say that he had no interest in beginning the process of redemption with the particular case sought to be adjudicated. We cannot foretell what opportunities might present themselves in the future for the removal of other convictions from an individual's record."

<sup>487</sup> "By statute, he was precluded from obtaining bail pending appeal, and, by virtue of the inevitable delays of the New York court system, "he was released less than a month after his newly appointed appellate counsel had been supplied with a copy of the transcript, and roughly two months before it was physically possible to present his case to the first tier in the state appellate court system. This was true despite the fact that he took all steps to perfect his appeal in a prompt, diligent, and timely manner."

<sup>488</sup> Dans *Fiswick v. United States*, 329 U. S. 211 (1946) l'éventuelle demande future de nationalité américaine pourrait-être rendue plus difficile, dans *United States v. Morgan*, 346 U. S. 502 (1954) "civil rights may be affected".

<sup>489</sup> *Pollard v. United States*, 352 U. S. 354 (1957)

<sup>490</sup> The mere "possibility" that this will be the case is enough to preserve a criminal case from ending "ignominiously in the limbo of mootness." *Parker v. Ellis*, 362 U. S. 574, 362 U. S. 577 (1960) (dissenting opinion).

357. Les représentants des « class action ». La dernière exception au principe de *mootness* est celle qui concerne les représentants des « class action ». Si le demandeur cesse de faire partie du groupe concerné alors que le contentieux a débuté, l'affaire n'est pas frappée de *mootness* dès lors qu'il était bien membre de ce groupe quand l'affaire a débutée.
358. Deux remarques rapides concernant le principe de *mootness* et ses exceptions. Tout d'abord si le principe était vraiment lié à l'article 3 de la Constitution américaine comme cela a pu être dit, il serait impossible de prévoir de telles exceptions. Ensuite « lorsqu'il Cour se prononce la *mootness* elle estime sortir de sa juridiction. Il y a donc une grande différence théorique entre « cette affaire n'est pas moot donc nous pouvons décider » et « cette affaire est moot mais nous allons décider »<sup>491</sup>. Mais en pratique ce n'est pas très important.

## § 2 Jurisprudence japonaise

359. Au Japon, lorsque la loi fixe une procédure complète, l'intérêt à agir disparaît lorsque ce qui avait été autorisé est mené à bien dans le respect de ladite procédure. Dans l'affaire de la *Demande en révocation d'une approbation sous le régime de la Loi sur les Contructions standard*<sup>492</sup>, la Cour jugea que la loi en cause fixait une telle procédure complète en prévoyant une demande spécifique d'autorisation<sup>493</sup> sans laquelle l'ouvrage ne peut être conduit<sup>494</sup>, avec une obligation de notification de fin de construction de la part du maître d'oeuvre<sup>495</sup> qui doit contrôler le résultat<sup>496</sup> et qui transmet la notification de fin de construction à la municipalité ou à la préfecture qui délivre un certificat<sup>497</sup> ... L'intérêt à agir contre l'approbation des travaux s'éteint à lorsque les travaux ont été achevés dans le respect de cette procédure.
360. Dans l'affaire de la *demande en révocation de la suspension de permis de conduire*<sup>498</sup>, le chef de la police de la préfecture de Fukui décida de suspendre le permis du demandeur, suspension dont les effets ont pris fin après un an, jour pour jour, en l'absence de tout nouveau comportement répréhensible, retournant le demandeur à son état d'origine de titulaire de permis de conduire. En l'absence de tout recours prévu par l'Acte sur le trafic routier, la Cour jugea l'intérêt à agir éteint. Bien que les juges du fond aient parfois tenté d'ouvrir la prise en compte des conséquences d'atteintes morales, aux émotions, à l'honneur, pour préserver l'intérêt à agir et remédier aux conséquences d'un acte qui serait *in fine* jugé illégal, la Cour suprême s'est toujours refusé à se départir de cette appréciation stricte.
361. La demande peut être *moot* en raison du décès du demandeur. Nous avons vu que l'article 25 de la Constitution prévoit le principe de la protection au bien-être et que la Cour avait jugé qu'il devait être concrétisée par une loi<sup>499</sup>. C'est l'acte sur la protection des moyens de subsistance qui le concrétisa en 1953 en prévoyant le minimum vital pour répondre à cette

<sup>491</sup> Diamond, *supra* note 427 à la p 127.

<sup>492</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 26 octobre 1984, *Demande en révocation d'une approbation sous le régime de la Loi sur les Contructions standard* (建築基準法による確認処分取消), Minshu, Vol.38, n°10, 1169, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52704](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52704), 1983 (Gyo-tsu) 35, 判決 / 棄却.

<sup>493</sup> Acte sur les Contructions standards, Article 6, paragraphe 1

<sup>494</sup> Acte sur les Contructions standards, Article 6, paragraphe 5

<sup>495</sup> Acte sur les Contructions standards, Article 7, paragraphe 1

<sup>496</sup> Acte sur les Contructions standards, Article 7, paragraphe 2

<sup>497</sup> Acte sur les Contructions standards, Article 7, paragraphe 3

<sup>498</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 25 Novembre 1955, *Suspension du permis de conduire* (審査請求棄却処分取消、運転免許停止処分取消), Minshu Vol.34, n°6, p.781, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53345](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53345), 1978 (Gyo-tsu) 32, 判決 / 破棄差戻.

<sup>499</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 29 septembre 1948, *Vol de riz* (食糧管理法違反), Keishu, Vol. 2, n°10, p.1235, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56515](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56515), 1948 (Re) 205, 判決 / 棄却.

exigence (art.3), que l'assistance doit être suffisante mais proportionnée (art.8.1 et 8.2), effective et adéquate (art.9). Dans l'affaire du *malade de la tuberculose Asahi*<sup>500</sup>, Shigeru Asahi était hospitalisé en sanatorium depuis 10 ans et bénéficiait d'une aide aux termes de la loi susmentionnée. Il reçut un jour une aide financière de son frère lorsque ce dernier fut en mesure de l'aider. S'en apercevant, le directeur du centre d'aide sociale de Tsuyama ordonna l'arrêt du versement de l'aide ainsi que le remboursement sur cette somme d'une partie des frais médicaux. Le directeur évalua cette participation à la différence entre le minimum nécessaire qu'il lui était auparavant versé et le surplus. Son ordre fut confirmé par recours administratif devant le gouverneur et l'Etat. M. Asahi entrepris une demande en révocation de l'ordre de remboursement devant le juge. Après des années de procédure, il décéda avant que son affaire portée par ses héritiers – sa femme et son frère – n'arrive à la Cour suprême. Elle jugea l'intérêt à agir éteint.

362. Le juge Jiro Tanaka toutefois opta pour la position inverse dans son opinion dissidente en arguant techniquement que l'annulation aurait conduit à reconnaître un enrichissement sans cause<sup>501</sup> du gouvernement et donc une obligation de fixer un nouveau standard et remboursement<sup>502</sup> et que « la tendance commune et récente dans de nombreux autres pays d'interpréter les exigences du contentieux administratif aussi généreusement que possible et d'ouvrir la porte à des mesures de secours judiciaires le plus largement possible. (...) Le système de contentieux administratif, en particulier les litiges concernant la plainte personnelle, a été essentiellement conçu pour permettre aux gens d'avoir recours contre le pouvoir administratif. Donc, dans notre pays aussi, nous devrions essayer, autant qu'il le soit théoriquement possible, de rendre un jugement sur le fond et éviter un type de décision qui donnerait une impression rejeter l'appelant à la porte. Je crois que c'est l'attitude fondamentale à prendre par une Cour au service du peuple ».

363. Comme l'explique Higuchi :

« Le jugement du Tribunal de Tokyo du 19 octobre 1960 avait admis que l'acte ministériel en cause était contraire à la Loi d'assistance sociale telle qu'elle est interprétée à la lumière de l'article 25 de la Constitution, tandis que l'arrêt de la Cour d'appel de Tokyo, au contraire, avait jugé que l'acte ministériel contesté ne dépassait pas la limite du pouvoir discrétionnaire accordé par la loi. Tout en rejetant le recours du demandeur (à qui succédait d'ailleurs son beau fils), en vertu du motif de procédure — sans rapport avec la Constitution — que le procès était terminé avec le décès du beau père, la Cour suprême a tout de même allégué dans le développement de l'obiter dictum la légalité et la constitutionnalité de l'acte ministériel (arrêt du 24 mai 1967). Il est important de noter cette double attitude de la Cour suprême, pour ne pas perdre de vue la réalité des choses. En effet, beaucoup d'observateurs japonais se trompent

<sup>500</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 24 mai 1967, *Asahi ou possibilité d'une succession d'un litige concernant le droit à la protection des moyens de subsistance*, (生活保護法による保護に関する不服の申立に対する裁決取消請求), Vol.21, n°5, p.1043, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=54970](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=54970), 1964 (Gyo-Tsu) 14, 判決/その他.

<sup>501</sup> Voir sur ce point les opinions complémentaires des juges Jiro Matsuda and Makoto Iwata : » That is, Shigeru Asahi has the right to the return of unjust enrichment from the government on the condition that the decision in this case is nullified. This conditional right presupposes the right to the return of unjust enrichment and therefore is different from the right of the appellant to receive protection itself and is not exclusively personal but is inheritable.»

<sup>502</sup> “should the decision in the instant case be nullified, the government would have unjustly suspended 600 yen monthly livelihood aid and improperly turned over the difference between the amount of livelihood protection schedule set by the Minister and the proper one to be set within the limit of 900 yen self-paid medical expense” (...) In a case where the party, in the course of proceedings, loses the right to continue suit by his death, loss of his qualification, transfer of the right or legal relations which constituted the object of suit or by other reasons, the suit will, in theory, become subject to rejection by the court on the ground that it has lost the grounds for litigation. If however, the dispute is not settled from the objective standpoint for these reasons, it would be against the economy of procedure to require a suit to be instituted over again by or against the successor. Therein lies the basic purpose of the rule of succession of suit which tends to admit the practical identity of the suit concerned and permit the successor to continue the suit in place of the former party. Thus it tends itself to the interpretation that even in a case where the right or legal relations concerned does not constitute the object of pending suit, as in the case at hand, if it could be recognized that there remains a legal interest in the successor to continue the suit in the future for the purpose of prosecuting the right or legal relationship evolving from such succession, then the successor should be permitted to succeed to the pending formal legal status established by the former party.

souvent au sujet du passivisme judiciaire dont se réclament les hauts milieux judiciaires du Japon. Ces derniers ont souligné, et soulignent toujours, la philosophie du passivisme judiciaire, qui pourrait être le reflet d'un nécessaire respect devant l'émanation du suffrage universel et d'une prudence légitime tendant à éviter le « gouvernement des juges », à condition que l'on demeure conséquent dans cette philosophie. Or, ainsi que nous venons de le montrer, la Cour suprême n'est en fait pas tellement fidèle à cette philosophie officielle proclamée si souvent par elle-même. Son « activisme » lui permet en effet de saisir les occasions de confirmer la constitutionnalité et de légitimer ainsi la pratique pourtant constitutionnellement douteuse des organes politiques. On pourrait donc dire qu'il s'agit en réalité d'un « passivisme judiciaire boiteux ».

364. Dans les affaires *Naganuma Nike I, II et III* (長沼ナイキ訴訟判決)<sup>503</sup>, une zone forestière allait être reclassifiée en zone constructible pour permettre l'établissement d'une base militaire. Des résidents demandèrent la révocation de la décision de lever l'interdiction de construction en zone forestière de Ministère des Eaux et Forêts en arguant que la destruction de la zone forestière allait entraîner des risques d'inondations et que la construction de cette base serait contraire au principe du droit de vivre en paix prévu par le préambule de la Constitution. Le juge Shigeo Fukushima de la Cour de district de Sapporo, saisi initialement dans cette affaire, jugea que la levée de l'interdiction de construire en zone forestière était inconstitutionnelle, sans intérêt public, et contraire au droit de vivre en paix prévu par le préambule de la Constitution<sup>504</sup> « Le Maintien des forces militaires ... ne peut garantir les droits de l'homme et le bien-être public dans leur pleine mesure. Des armements coûteux requièrent des sacrifices financiers du peuple, et la guerre ne peut être menée sans restreindre les droits fondamentaux. »
365. Le chemin qui a mené de cette décision de la Cour de district à celle de la Cour suprême est révélateur des tensions existantes en matière politique : le romancier Yukio Mishima (Kimikate Hiraoka) dans les années 60 s'afficha clairement nationaliste, s'engageant dans les forces d'auto-défenses et formant une milice privée Tatenokai (楯の会) visant à assurer la protection de l'Empereur<sup>505</sup>. Il prit en otage le commandant de bataillon Mashida, demanda à ses soldats de se révolter, une révision de la Constitution, et un retour aux valeurs traditionnelles du pays. Devant leur refus, il se suicida peu après en compagnie de ses disciples<sup>506</sup>. 25 minutes avant cette décision, le Directeur Yamanaka des forces d'autodéfense s'inquiéta d'une possible décision de confirmation de la décision des juges du fond par la Cour suprême. La Cour suprême rejeta la demande pour *mootness* puisqu'entre temps des mesures anti-inondations avaient été prises.
366. Dans *l'affaire de la parade de Mai* (皇居前広場事件)<sup>507</sup>, l'organisateur d'un syndicat de travailleur s'était vu refusé le permis pour le rassemblement du premier Mai qu'il souhaitait organiser sur les jardins extérieurs du Palais impérial de Tokyo. Si le juge de première instance reconnut une violation de l'article 21 de la Constitution qui prévoit la liberté de rassemblement, la Cour suprême considéra l'affaire *moot* lorsque la date prévue pour le rassemblement fut dépassée en cour de procès. Elle jugea toutefois l'affaire au fond en considérant si la demande n'eût été périmée, le refus de permis aurait été constitutionnel en

<sup>503</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 29 septembre 1982, *Naganuma Nike* (長沼ナイキ訴訟判決), Minshu, Vol.36, n°1679, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=55157](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=55157), 1977 (Gyo-tsu) 56, 判決 / 棄却.

<sup>504</sup> Yuichiro Tsuji, *Independence of the Judiciary and Judges in Japan*, SSRN Scholarly Paper, ID 2987673, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2011 aux pp 72-73, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2987673>> ..

<sup>505</sup> Il avait dans sa jeunesse fréquenté et envisagé d'épouser la future femme de celui-ci, Michiko Soda.

<sup>506</sup> Japan Fears Reaction Abroad to Writer's Suicide By TAKASHI OKA, 26 Novembre 1970, <http://www.nytimes.com/books/98/10/25/specials/mishima-suicide.html>

<sup>507</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 23 décembre 1953, *Parade de Mai dans le jardin impérial* (皇居外苑使用不許可処分取消等請求), Minshu, Vol.7, n°13, p.1561, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56095](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56095), 2015 (O) 1150, 判決 / 棄却.; Matsui, supra note 100 aux pp 138-139; Itoh, supra note 56 aux pp 44-45.

raison du risque d'atteinte à l'ordre public. Le problème comme le relève le Professeur Matsui est que lorsqu'un tel critère est généralisé, il devient en fait quasiment impossible de contester des actions du gouvernement liés à des situations d'urgence. Cela constitue une différence principale avec la doctrine américaine de la *mootness* qui introduisit certes ultérieurement (*cf. Roe v. Wade.*), une exception de non-mootness pour répétition mais qui n'a jamais été suivie au Japon.

## SECTION 3 – ELEMENTS DE COMPARAISON DES CONCEPTS AMERICAINS ET JAPONAIS

367. On dit souvent que le système japonais est principalement basé sur le système américain. Vérifions :
368. La Cour suprême américaine délimita les contours de sa fonction de juger en 1793<sup>508</sup> dans une correspondance avec George Washington qui sollicitait l'avis des juges dans un conflit l'opposant à la France<sup>509</sup>. La Cour suprême américaine délimita les contours de sa fonction de juger. Elle sépara sa fonction judiciaire de sa fonction consultative et refusa de rendre des avis consultatifs<sup>510</sup>, pratique qu'elle avait pourtant utilisé par le passé<sup>511</sup>.
369. Une fois cela fait, elle donna une origine à sa fonction de juger. La doctrine du *case or controversies* localise la compétence du juge dans l'article 3 de la Constitution américaine<sup>512</sup>. *Comme nous l'avons vu au Japon, la doctrine et le juge utilisent cette clause de juridiction, mais elle n'est pas constitutionnelle, simplement quasi-constitutionnelle ou légale selon la valeur que l'on accorde à la LOC. La fonction consultative est délégué au Secrétariat général auprès de la Cour suprême japonais ou au Bureau Législatif de Gouvernement.*
370. Cette clause de juridiction américaine permet à la Cour suprême de faire deux choses : de juger comme une Cour d'appel et d'utiliser du pouvoir de *judicial review*. Toutefois la Cour à progressivement abandonnée la première pour se concentrer sur la seconde. *La Cour suprême japonaise semble avoir fait le chemin inverse.*

<sup>508</sup> Stewart Jay, *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges*, Yale University Press, 1997 à la p 172, en ligne : <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt32bt9z>>. "Il y a un consensus sur le fait que l'affaire de 1793 fournit non seulement la source pour l'interdiction contre les opinions consultatives mais aussi une entière constellation de doctrines tombant sous le label de justiciabilité ».

<sup>509</sup> Letter from the Supreme Court to President George Washington (1793) : « [The Washington administration asked the Supreme Court to advise the president on the proper interpretation of treaties regarding U. S. relations with Britain and France during the War of the French Revolution (wherein the British and French were at war and the U. S. was trying to maintain neutrality). The Supreme Court declined the request. This has been used as the main precedent by the Court for not giving its opinion as advice. It will give its opinion only in a case brought before the Court in a judicial manner. John Jay was the chief justice. The other justices were James Wilson, John Blair, James Iredell, and William Paterson] We have considered the... Question stated in a Letter written to us [from the Washington administration, by Thomas Jefferson,] Secretary of State... The lines of Separation drawn by the Constitution between the three Departments of Government, their being in certain Respects checks on each other, and our being judges of a court in the last Resort, are Considerations which afford strong arguments against the Propriety of our extrajudicially deciding the questions alluded to; especially as the Power given by the Constitution to the President of calling on the Heads of Departments for opinions, seems to have been purposely as well as expressly limited to executive Departments. We exceedingly regret every Event that may cause Embarrassment to your administration; but we derive Consolation from the Reflection, that your judgment will discern what is Right, and that your usual Prudence, Decision and Firmness will surmount every obstacle to the Preservation of the Rights, Peace, and Dignity of the united States. »

<sup>510</sup> *FLAST v COHEN*, 1968 Cour Suprême États-Unis. « Le fil (rouge) le plus ancien et le plus cohérent du droit fédéral de la justiciabilité est que les tribunaux fédéraux ne donneront pas d'avis consultatifs » La Cour se demanda si sa fonction de juge pouvait s'affranchir des règles traditionnelles du jeu judiciaire que sont le *stare decisis*, la *res judicata*, la procédure inter partes, et l'aléa pour se retrouver dans une situation extrajudiciaire

<sup>511</sup> Mel A Topf, *A Doubtful and Perilous Experiment: Advisory Opinions, State Constitutions, and Judicial Supremacy*, Oxford University Press, 2011 à la p 47. La Cour Suprême américaine les avait pourtant expérimenté. Interdits au niveau fédéral, ils sont toujours présents dans 10 des Etats membres, dans les domaines du droit constitutionnel, de l'élection, des pouvoirs gouvernementaux, de la fiscalité, de mécaniques gouvernementales pour des cas allant de minimes à graves. Au Japon les avis consultatifs ne sont également plus utilisés depuis 1947. Notons que la compétence d'appel de la Cour suprême en contentieux ordinaire qui a existé en vertu du judiciary act de 1793 à été progressivement réduite depuis.

<sup>512</sup> Article III, Section 2, Clause 1 de la Constitution américaine : « Le pouvoir judiciaire doit s'étendre à tous les cas, en Droit et Equité, nés sous la Constitution, les Lois des États-Unis, les Traités fait, ou qui seraient fait sous leur Autorité, //à tous les cas concernant les Ambassadeurs, les ministres et Consuls ; à toutes les affaires concernant l'amirauté et de juridiction maritime, aux controverses dans lesquelles les États-Unis seraient parties ; aux controverses entre deux Etats ou plus ; entre un Etat et les Citoyens d'un autre Etat ; entre les citoyens des différents Etats, entre les Citoyens du même Etat réclamant des terres sous « grant » de différents Etats, et entre un Etat, ou le cas échéant ses citoyens et les Etats étrangers , ses Citoyens ou Sujets ».

371. Après avoir donné des limites générales et une origine à sa fonction de juger, la Cour suprême américaine lui a progressivement donné un contenu. C'est la doctrine du droit de poursuivre (*standing to sue*)<sup>513</sup>.
372. Cette doctrine repose sur 3 éléments : un litige doit être concret (*concreteness*), il doit y avoir une relation juridique entre les parties (*causality*), et enfin le juge doit être en mesure de résoudre ce litige (*redressability/cognizability*). *Ce sont les mêmes éléments au Japon, mais le juge américain peut fabriquer une solution en équité, le juge japonais non*<sup>514</sup>.
373. Par la suite d'autres doctrines sont apparues<sup>515</sup> : la doctrine de la maturité (*ripeness*)<sup>516</sup>, la doctrine de la péremption (*mootness*)<sup>517</sup>.... Pour résumer simplement : la clause de juridiction rejette les affaires consultatives, collusives ou feintes. Le « standing » au sens strict vérifie si ce sont les bonnes personnes qui sont parties au procès, et si le juge est en mesure de prendre une décision définitive. La maturité vérifie si c'est le bon moment pour porter l'affaire devant les tribunaux. La péremption vérifie si les circonstances de l'affaire n'ont pas changé à un point tel que le juge ne sert plus à rien (ex : décès du plaignant). *Le juge japonais utilise ces doctrines, dans la version la plus stricte possible : pas d'exception à la mootness, maturité administrative confondue avec la doctrine allemande du shobunsei...*
374. Mais pour expliquer réellement il faut creuser le débat contemporain américain. Et soyons clair : ces doctrines sont un champ de bataille conceptuel. Elles sont véritablement utilisées depuis bientôt un siècle, c'est-à-dire depuis que la Cour suprême américaine s'est concentré sur sa fonction de judicial review.
375. Elle soulève des enjeux contemporains lorsque l'on étudie les class actions relatives aux bases de données<sup>518</sup>, mais on peut tout autant en remonter le fil jusqu'à une ancienne tradition

<sup>513</sup> Heather Elliott, *Congress's Inability to Solve Standing Problems*, SSRN Scholarly Paper, ID 1640157, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2010, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1640157>>; « Standing, Injury in Fact, and Private Rights », en ligne : <<http://cornelllawreview.org/articles/standing-injury-in-fact-and-private-rights/>>; Evan Tsen Lee & Josephine Mason Elli, « THE STANDING DOCTRINE'S DIRTY LITTLE SECRET », en ligne : Northwestern University Law Review <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1084&context=nulr>>; Bradford Mank, « Is Prudential Standing Jurisdictional? » (2013) 64:2 Case Western Reserve Law Review 413; Marc Rohr, « Fighting for the Rights of Others: The Troubled Law of Third-Party Standing and Mootness in the Federal Courts » (1981) 35:3 University of Miami Law Review 393; Bradford C Mank, *Prudential Standing Doctrine Abolished or Waiting for a Comeback?: Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, SSRN Scholarly Paper, ID 2570829, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2570829>>.

<sup>514</sup> Matsui, *supra* note 100 aux pp 134-135; Itoh, *supra* note 56 à la p. 43. et à la page 133.

<sup>515</sup> Erwin Chemerinsky, A Unified Approach to Justiciability, 22 Connecticut Law Review 677-702 (1991) Etrangement, la doctrine n'est pas unanime quant à savoir si oui ou non les éléments de case of sont concomitants ou englobants des éléments de mootness, ripeness, standing, que la doctrine japonaise aborde séparément.

<sup>516</sup> Barbara Child, « Trends in the United States Supreme Court's Use of the Ripeness Doctrine in Free Speech and Association Cases: A Comparison with Canadian Trends » (1978) 10 Case W Res J Int'l L 415; Brian C Murchison, « ON RIPENESS AND "PRAGMATISM" IN ADMINISTRATIVE LAW » (1989) 41:2 Administrative Law Review 159-200; Gene R Nichol, « Ripeness and the Constitution » (1987) 54:1 The University of Chicago Law Review 153-183, DOI : 10.2307/1599717; R Jeffrey Lyman, « FINALITY RIPENESS IN FEDERAL LAND USE CASES FROM "HAMILTON BANK TO LUCAS" » (1993) 9:1 Journal of Land Use & Environmental Law 101-129; Gregory Overstreet, « THE RIPENESS DOCTRINE OF THE TAKING CLAUSE: A SURVEY OF DECISIONS SHOWING JUST HOW FAR FEDERAL COURTS WILL GO TO AVOID ADJUDICATING LAND USE CASES » (1994) 10:1 Journal of Land Use & Environmental Law 91-126; 君塚正臣, « Ripeness and Mootness Doctrine » (2016) 20:4 横浜国際社会科学研究所 299-314.

<sup>517</sup> Sidney Diamond, « Federal Jurisdiction to Decide Moot Cases » (1946) 94:2 University of Pennsylvania Law Review 125; « The Mootness Doctrine in the Supreme Court » (1974) 88:2 Harvard Law Review 373-395, DOI : 10.2307/1340270; « Mootness and Ripeness: The Postman Always Rings Twice » (1965) 65:5 Columbia Law Review 867-879, DOI : 10.2307/1120749; Don Kates et William Barker, « Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory » (1974) 62:5 California Law Review 1385, DOI : doi:10.15779/Z38MN28; Rohr, *supra* note 418; « Federal Courts: Inquiry into the Merits of a Moot Dispute » (1966) 66:7 Columbia Law Review 1364-1370, DOI : 10.2307/1120990; Evan Lee, « Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness » [1992] Harvard Law Review 603; Matthew I Hall, « The Partially Prudential Doctrine of Mootness » [2009], en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1265184](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265184)>.

<sup>518</sup> Raoul Berger, « Standing to Sue in Public Actions: Is It a Constitutional Requirement? », 78 YALE L.J. 816, 818 (1969) pp. 828-830 nbp 141.



de Common Law<sup>519</sup> anglais du 17<sup>ème</sup> siècle et étudier les notions de *damnum* et d'*injuria*; on imagine un juge tenant une porte semi close<sup>520</sup> ou un fermant une barrière ; c'est une doctrine qui est un « non-sens transcendantal »<sup>521</sup> et invoquée par des mots magiques<sup>522</sup> ou qui peut-être résumé aussi simplement que le litige concret est « le litige réel qui n'est pas abstrait mais qui n'est pas forcément tangible »<sup>523</sup>. C'est enfin une doctrine qui protège les libertés civiles essentielles ou qui tue<sup>524</sup>.

376. On voit dans tous les cas deux courants principaux. Pour les uns elle « limite la juridiction des cours fédérales. Lorsque les exigences du standing ne sont pas satisfaites les courts sont sans pouvoir de procéder, peu importe les souhaits des parties »<sup>525</sup>. Pour les autres ce sont des outils de bon usage du pouvoir de judicial review.

377. Au regard de leur complexité, était-ce vraiment un bon choix d'importer ces doctrines du *case or controversies* et *standing to sue* ? Elles sont à la réserve des débats précédents adaptées à une constitution d'inspiration américaine, mais pas vraiment au corpus de droit romaniste qui existait alors et existe toujours.

378. Deuxième question. On suggère qu'en matière de contentieux administratif le juge japonais utilise, pour déterminer l'intérêt à agir du test de *l'injury of right* quand il pourrait utiliser *l'injury of fact*<sup>526</sup>. Que veulent dire ces notions ? Est-ce vrai ? Le juge peut-il vraiment faire ce choix ? N'est-il pas lié par la tradition romaniste allemande préexistante ? Pour vérifier, présentons les conceptions du litige juridique américain (1 §). Puis les conceptions japonaises (2 §)

<sup>519</sup> Ann Woolhandler et Caleb Nelson, *Does History Defeat Standing Doctrine?*, SSRN Scholarly Paper, ID 537403, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2004, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=537403>>.

<sup>520</sup> Cass R Sunstein, « What's Standing After Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries," and Article III » (1992) 91:2 Michigan Law Review 163–236 à la p 179.

<sup>521</sup> Steven L Winter, « Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law » (1989) 137:4 University of Pennsylvania Law Review 1105-1237, doi : 10.2307/3312131; Philip Frickey, « Transcending Transcendental Nonsense: Toward a New Realism in Federal Indian Law » [2005] Connecticut Law Review 649.

<sup>522</sup> Pushaw note 26 “Put bluntly, the ‘individualized injury’ determination often depends on using certain magic words. Such arbitrariness also characterizes the other two Article III standards. First, ‘causation’ is a discretionary policy judgment about how far back in a related chain of events a court is willing to go. Second, ascertaining whether the requested relief will ‘likely’ redress the injury involves guesswork about probabilities.”

<sup>523</sup> Voir l'opinion complémentaire du juge Clarence Thomas résumant la position majoritaire écrite par le juge Alito dans son opinion concurrente à l'affaire Spokeo : « In defining what constitutes a concrete injury, the Court explains that “concrete” means “‘real,’” and “not ‘abstract,’” but is not “necessarily synonymous with ‘tangible.’”

<sup>524</sup> Steven L Winter, « The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance » (1987) 40 Stan L Rev 1371.

<sup>525</sup> Lea Brilmayer, « The Jurisprudence of Article III » [1979] Faculty Scholarship Series à la p 297, en ligne : Faculty Scholarship Series <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2561](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2561)>.

<sup>526</sup> Pour le Professeur Matsui : « Contrairement aux États-Unis, qui demande un standing mais admet les procès contre les agences administratives quand il y a une « injury in fact », la Cour suprême japonaise s'est accrochée à la notion de « l'infringement of legal rights or individual legal interest ». p.137 Pour le Professeur Masanori Sakamoto : « Les jugements de la Cour Suprême américaine des années 1910 ont désignés « l'atteinte à l'intérêt légalement protégé » et « redressable par une cour » comme éléments constitutifs à « la nécessité de cas et controverses » sous l'article 3 de la Constitution. Néanmoins, depuis les années 1970, le test de l'intérêt légal a été remplacé avec celui de « l'atteinte de fait » et la redressabilité est devenue inutile. Toutefois, les décisions les plus récentes de la Cour suprême reposent sur la « justiciabilité » quand elles définissent le champ du Pouvoir judiciaire. C'est peut-être pour éviter les ambiguïtés relatives à « la nécessité de cas et controverses » ... La justiciabilité est un concept par lequel les juges limitent le champ de l'intervention judiciaire seulement quand l'intervention judiciaire est (a) nécessaire à la résolution du litige et (b) ne porte pas atteinte aux autres pouvoirs constitutionnels. Ce résultat est atteint en rendant nécessaire pour la cour de comprendre les problèmes substantiels et leurs implications, de plus, de pousser les parties concernées à présenter les connaissances et perspectives qui sont nécessaires à la résolution du problème. Ce concept est pour partie une nécessité constitutionnelle et pour partie une considération prudentielle. » » 『憲法理論I』補訂第3版、成文堂 2000 年刊 393 頁より引用

## § 1 Conceptions américaines

379. Le litige est apprécié différemment selon que l'on argue d'un dommage ou d'une atteinte à un droit subjectif (*private right*) ou public (*public right*). Historiquement, les conflits relatifs aux droits privés sont plus facilement acceptés (a.). En matière de droit objectif ces tests ont beaucoup évolués au cours du temps : *legal interest*, *l'injury-in-fact*, *concrete injury in fact*... La raison principale de cette variation est la caractéristique prudent ou actif du juge (b.). Le test de *l'injury in fact* par exemple a été initialement conçu par la Cour Warren pour ouvrir l'accès au tribunal (c.). Mais depuis l'Ere Burger, il est beaucoup plus strict puisqu'il faut montrer une atteinte concrète, particularisée, actuelle ou imminente en matière de droit objectif (d.).

### a. Origine de la notion de litige

380. **Dommage ou l'atteinte au droit subjectif.** Le noyau historiquement irréductible de ce qui constitue litige est l'atteinte physique au corps auquel on pourrait ajouter en Occident l'atteinte physique commise à la propriété. Cette atteinte basique primaire est le *damnum*, l'atteinte. Mais que faire de la tentative ? Que faire de l'invasion physique de la propriété ? De l'atteinte si faible que le *damnum* puisse être contesté ou étendu jusqu'aux limites<sup>527</sup> ? Fixons ici la première déconnexion du concret vers l'abstraction qui vise non plus le corps lui-même mais le droit. Il est protégé, son invasion est sanctionnée : c'est *l'injuria*, l'invasion<sup>528</sup>. Le juge médiéval a progressivement élargi ce noyau à des cas périphériques<sup>529</sup>. Pour le juge Holt<sup>530</sup> (1642-1710) toute<sup>531</sup> invasion d'un droit (*injuria*) emporte une atteinte, tout *damnum* une *injuria*<sup>532</sup>. Mais le *damnum* seul ne suffit pas en l'absence d'*injuria*.<sup>533</sup>

381. Se forme ainsi un bloc plus conséquent de droits « appartenant aux individus, considérés comme individus » : la sécurité personnelle, les droits de propriété, le droit des contrats<sup>534</sup>. Ce sont ce que la doctrine japonaise nomme droits subjectifs et la doctrine américaine « private rights ». Pour la doctrine japonaise un contentieux est privé ou subjectif (主観訴訟) lorsque la procédure vise à garantir un droit ou intérêt individuel dont la protection est institutionnalisée par la loi concernée. Il est donc entre les mains de l'individu concerné. Par exemple une demande en dommage est une action subjective ou « de droit privé ». Dans la

<sup>527</sup> They therefore stretched the concept of harm to its limits, saying that the plaintiff had been harmed because he would have been unable to graze his sheep had he wanted to. Hessick 284

<sup>528</sup> Entick v. Carrington, 2 Wils. K. B. 275, 291, 95 Eng. Rep. 807, 817 (1765).

<sup>529</sup> note 418. "There, a woman brought suit against a man who tried to strike her head with a hatchet. The court found for the woman even though the assailant missed and consequently did "no other harm" than the trespass itself. In the fifteenth century, Hulle v. Orynge held that an individual could maintain an action in trespass against a neighbor who had entered the land to collect thorns that had blown onto the land, even though the entry had caused no damage."

<sup>530</sup> Evan Tsen Lee & Josephine Mason Elli, *supra* note 418 à la p 176.

<sup>531</sup> A relativiser selon des travaux récents (Ted Sampson-Jones, *The Myth of Ashby v. White*, 8 U. St. Thomas L.J. 40 (2010).) Néanmoins que son idée fut ou non mal comprises, elle est restée.

<sup>532</sup> (1703) 92 ER 126, 137-139 and (1703) 2 Ld Raym 938, 953-958 Opinion originelle dissidente du Juge Holt : "Every injury imports a damage, though it does not cost the party one farthing, and it is impossible to prove the contrary; for a damage is not merely pecuniary, but an injury imports a damage, when a man is hereby hindered of his right. In an action for slanderous words, though a man does not lose a penny by reason of the speaking them, yet he shall have an action. So if a man gives another a cuff on the ear, though it cost him nothing, no not so much as a little diachylon, yet he shall have his action, for it is a personal injury. So a man shall have an action against another for riding over his ground, though it do him no damage; for it is an invasion of his property, and the other has no right to come there."

<sup>533</sup> <http://www2.samford.edu/~medebow/Schoolmasters.html>. Dans l'affaire Gloucester Grammar School Master, un enseignant a ouvert une école nommée XYZ pour enseigner la grammaire aux élèves. Après quelques jours, un autre professeur a ouvert une école nommée ABC qui se trouvait juste en face de XYZ. La plupart des élèves de l'école XYZ ont été admis dans ABC, ce qui a causé des dommages et intérêts X X. L'enseignant de XYZ a intenté un procès mais le tribunal a rejeté la requête parce que même si des dommages ont été subis, le droit n'a pas été atteint.."

<sup>534</sup> Woolhandler et Nelson, *supra* note 432 à la p 6. Note de bas de page 143. Ils se basent pour se faire sur les commentaires du juge Story (1779-1845) et du dictionnaire de John Bouvier (1787-1851). « for damnum absque injuria, and injuria absque damno, are equally objections to any recovery. »

lignée de Holt, Blackstone (1723-1780) énonça que la : « règle générale et incontestable est que, lorsqu'il y a un droit (note : subjectif), il y a également un remède, par procès ou action en droit, lorsque ce droit est envahi ». Cette formulation de l'invasion d'un droit subjectif<sup>535</sup> est reprise mot pour mot aux États-Unis par le Juge Marshall dans l'affaire *Marbury v. Madison*<sup>536</sup>. L'idée est donc de reconnaître un lien fort entre le dommage et le remède.

382. En matière de droits privés, pour les Professeurs Woolhandler/Nelson, le principe de *injuria sine damnum* n'a malgré tout pas été importé aux États-Unis. Le juge peut demander un *damnum* et une *injuria* en matière de droits privés, et la Cour suprême moderne « ne rentre pas dans le mur d'une compréhension historique bien établie » si elle suggère qu'elles y sont nécessaires<sup>537</sup>. Le Professeur Hessick s'oppose au contraire fermement à toute possibilité de demander un *damnum* en matière de droits subjectifs en démontrant que la position des premiers juges et commentateurs américains était d'inférer le *damnum* de l'*injuria*<sup>538</sup>. Ce serait pour lui « anhistorique et saperait en fait le principe de séparation des pouvoirs en empêchant les Cours de protéger les droits et limitant le pouvoir du Congrès d'en créer de nouveaux. ».

383. Des droits privés nouveaux ont été progressivement reconnus non seulement dans la Common law, mais aussi dans la Constitution (liberté de parole, de culte, de sécurité personnelle contre la torture<sup>539</sup>) ; dans les lois (droit de vote<sup>540</sup>) dans le Code U.S.<sup>541</sup>. Le débat semble avoir été en tout cas tranché par la Cour suprême américaine et par le juge Clarence Thomas qui à toutes fins utiles participe directement à la structuration de la doctrine : *damnum* et *injuria* sont déconnectables en droit subjectifs. S'appuyant sur les travaux de Woolhandler/Nelson et Hessick, il précise dans son opinion concurrente à l'affaire *Spokeo V. Robbins* :

« Nos décisions contemporaines n'ont pas requis du plaignant qu'il prouve une atteinte actuelle (note : *damnum*) au-delà de la violation (note : *injuria*) de ses droits légaux personnels pour satisfaire la condition d'atteinte de fait » (Voir., *Carey v. Phipps*, 435 U. S. 247, 266 (1978) (les dommages nominaux sont appropriés quand les droits constitutionnels du plaignant sont atteints mais qu'il ne peut montrer une atteinte supplémentaire) »

384. Si l'on suit la position de Thomas, en matière de droits subjectifs/privés le dommage suffit, mais en l'absence de dommage l'*injuria* est nécessaire. Le problème n'est pas si simple et est plus généralement lié à la manière dont le juge peut ou veut prendre en compte tout ce qui s'éloigne de la notion traditionnelle du litige. Il reste attaché à un cadre traditionnel que le Professeur Chayes nomme « modèle de droit privé ». Ce modèle permet d'identifier cinq caractéristiques du contentieux privé ou subjectif. Il est *bipolaire* entre deux parties ou groupes d'intérêts opposés où la partie gagnante au procès emporte tout. Il est *rétrospectif* au sens où il ne traite que d'évènements passés, identifiés, ayant des conséquences sur les

<sup>535</sup> Winter, *supra* note 436 à la p 1416. Bien que comme le fasse remarquer le Professeur Winter, cette affaire était avant tout une demande en *mandamus* et donc, une affaire concernant un litige objectif.

<sup>536</sup> 5 U. S. 164 Bien que comme le fasse remarquer le Professeur Winter il s'agissait d'une demande en injonction donc objective. Cf Winter

<sup>537</sup> Woolhandler et Nelson, *supra* note 432 aux pp 38-40. Note de bas de page 38. Citant Joseph Story, Commentaries on the Law of Agency Boston, Little & Brown 1839) § 236 "Where the breach of duty is clear, it will, in the absence of all evidence of other damage, be presumed that the party has sustained a nominal damage." ; citant les remarques de Bouvier dans John Bouvier, A Law Dictionary (4th ed., Phila. 1853) p.636: "Injury without damage or loss will not bear an action." et p.366 "the law presumes that calling a man a thief must be injurious to him".

<sup>538</sup> F Andrew Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, SSRN Scholarly Paper, ID 1001985, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007 à la p 283, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1001985>>.

<sup>539</sup> *Ibid* à la p 287. Note bas de page 62 Bien que formulées comme des obligations de ne pas faire, elles sont interprétées comme des droits constitutionnels.

<sup>540</sup> 42 U.S.C. § 1973c (2000) ("[N]o person shall be denied the right to vote . . .");

<sup>541</sup> 42 U.S.C. § 1983 Action civile en déprivation de droits

parties. Il montre une *interdépendance* entre la violation du droit et le remède obtenu. Il est *autonome* lorsque l'impact du jugement est limité aux parties : le plaignant obtient un transfert compensatoire ou le retour d'un objet. Si le défendeur gagne, c'est, selon le vieil adage du code d'Hammourabi, la perte accidentelle qui repose sur le responsable. Dans tous les cas le travail du juge s'arrête au jugement. Il est *centré sur les parties*, par elles initié et contrôlé : elles présentent les faits dont elles sont responsables, le juge est une tierce partie neutre qui ne décide des questions de droit que lorsqu'elles correctement qualifiées par les parties.<sup>542</sup>

385. Le contentieux judiciaire et constitutionnel est au Japon totalement assimilé dans ce modèle. Tout ce qui sort de ce modèle est considéré comme « abstrait » et donc globalement soumis à un critère plus strict ou évité par le juge.

386. **Le dommage extraordinaire à un droit objectif.** Les droits objectifs fort peu nombreux, étaient et sont encore majoritairement envisagés différemment. Ces droits de « l'ensemble de la communauté, considérée comme une communauté dans sa capacité sociale d'agrégation »<sup>543</sup> comprenaient « le droit à naviguer dans les cours d'eaux, le passage sur les voies publiques et le respect général du droit réglementaire (administratif), c'est-à-dire le droit de poursuite pénale »<sup>544</sup>. En général seul le gouvernement pouvait les revendiquer : si l'atteinte pénale pouvait donner droit à une action en compensation civile basée sur l'invasion d'un droit subjectif, l'action punitive était elle basée l'invasion des droits de la communauté<sup>545</sup>. Dans les cas particuliers ou un individu pouvait revendiquer un droit objectif, il devait démontrer que leur violation lui causait un dommage extraordinaire. Mais s'il pouvait le faire alors la procédure continuait et l'existence de ce dommage individualisé avait pour effet de créer une action privée pour obtenir un remède compensatoire<sup>546</sup>. La doctrine japonaise de son côté définit le droit public ou objectif (客観訴訟) comme visant à protéger l'intérêt public en garantissant une certaine objectivité dans l'application du droit et est donc dans les mains d'une personne qui n'est *a priori* pas directement concerné par le « litige »<sup>547</sup>.

<sup>542</sup> Abram Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976) 89:7 Harvard Law Review 1281-1316 aux pp 1282-1283, DOI : 10.2307/1340256.

<sup>543</sup> William Blackstone, *Commentaries on the laws of England: ... By William Blackstone ...*, Oxford, Printed at the Clarendon Press, 1765, en ligne : <<http://galenet.galegroup.com/servlet/ECCO?c=1&stp=Author&ste=11&af=BN&ae=T057753&tiPG=1&dd=0&dc=fic&docNum=CW125724830&vrsn=1.0&srchtp=a&d4=0.33&n=10&SU=0LRJ&locID=ucalgary>>. Livre 4, Chapitre 1 : “The distinction of public wrongs from private, of crimes and misdemeanors from civil injuries, seems principally to consist in this: **that private wrongs, or civil injuries, are an infringement or privation of the civil rights which belong to individuals, considered merely as individuals; public wrongs, or crimes and misdemeanors, are a breach and violation of the public rights and duties, due to the whole community, considered as community, in its social aggregate capacity.** As if I detain a field from another man, to which the law has given him a right, this is a civil injury, and not a crime; for here only the right of an individual is concerned, and it is immaterial to the public, which of us is in possession of the land: but treason, murder, and robbery are properly ranked among crimes; since, besides the injury done to individuals, they strike at the very being of society; which cannot possibly subsist, where actions of this sort are suffered to escape with impunity”.

<sup>544</sup> Woolhandler et Nelson, *supra* note 432 à la p. 6.

<sup>545</sup> *Ibid* à la p. 10.

<sup>546</sup> Blackstone, *supra* note 453. Livre 3, Chapitre 13 : “And here I must premise that the law gives no private remedy for any thing but a private wrong. Therefore no action lies for a public or common nuisance, but an indictment only: because the damage being common to all the king's subjects, no one can assign his particular proportion of it; or, he could, it would be extremely hard, if every subject in the kingdom were allowed to harass the offender with separate actions. For this reason, no person, natural or corporate, can have an action of a public nuisance, or punish it; but only the king in his public capacity of supreme governor, and pater-familias of the kingdom. Yet this rule admits of one exception; **where a private person suffers some extraordinary damage**, beyond the rest of the king's subjects, by a public nuisance: in which case shall have a private satisfaction by action. As if, by means of a ditch dug across a public way, which is a common nuisance, a man or his horse suffer any injury by falling therein; there, for this particular damage, which is not common to others, the party shall have his action.”

<sup>547</sup> FUKASE Tadakazu et Centre français de Droit comparé, *supra* note 41 à la p. 380.

b. Le test de l' « Injury of legal right ».

387. Sous l'ère *Lochner* un groupe majoritaire à la Cour suprême américaine utilisa alors la doctrine du « *substantial due process* » (SDP) pour limiter la création de droits nouveaux protecteur nouveaux par le Congrès tout en établissant des droits économiques qui correspondraient à sa propre orientation. Le *procedural due process* (PDP) consiste à vérifier que l'autorité qui participe à la privation de la vie, de la liberté ou de la propriété d'une personne a suivi la procédure préalable. Le SDP consiste à vérifier que ces privations sont justifiées<sup>548</sup>. Le juge pouvait aller jusqu'à extraire du contexte constitutionnel des droits nouveaux – non énumérés dans la Constitution - lorsqu'il le souhaiterait pour les opposer à l'action législative du Congrès ou des organes législatifs d'Etat<sup>549</sup>.
388. Dans l'affaire *Lochner v. New York*<sup>550</sup> (1905), la Cour a ainsi inventé et fait privilégier la *liberté contractuelle des individus* extraite de la *Common Law* sur la volonté de l'Etat de New York de réglementer le droit du travail en censurant une loi limitant le nombre maximum d'heures selon lesquelles un boulanger pouvait travailler. Pendant cette période conventionnellement nommée *Lochner era* (1887-1936), la Cour s'en est plus généralement servie pour empêcher l'intervention du gouvernement, censurant 200 autres lois pour des motifs similaires<sup>551</sup>. Les juges de la Cour étaient loin d'être unanimes quant à cet usage. Un bloc idéologique proche « Thayer-Holmes-Brandeis-Frankfurter » (et qui trouve ses descendants dans la période contemporaine à « Scalia-Thomas-Alito ») établit un corpus de règle de retenue judiciaire en réaction à *Lochner*.
389. Pour le premier bloc de juges, le pouvoir judiciaire existait pour protéger les intérêts de *Common Law* de l'invasion du gouvernement et c'était la ligne de démarcation qui permettait de distinguer entre action et inaction, neutralité ou pression du gouvernement. C'est pour cette raison que l'*injuria* à des droits de *Common law* servait à déclencher la protection du juge. Pour le second bloc de juges, les règles de retenue judiciaire avaient pour but de limiter l'intervention judiciaire dans le processus régulateur. Mais puisque l'intervention des individus privés pour obtenir de la Cour qu'elle protège activement les bénéficiaires d'une réglementation était non nécessaire pour les premiers (elle ne voulait pas devenir un forum de principe), et du ressort des autorités pour les seconds (elle voulait respecter la séparation des pouvoirs) les deux points de vue convergèrent : sans **Common law interest** la porte du tribunal restait close<sup>552</sup>.
390. L'année suivant la décision *Fairchild v. Hughes*, la Cour suprême américaine refusa dans *Frothingham v. Mellon* (1923)<sup>553</sup> d'admettre la qualité de partie au plaignant qui s'était joint à l'Etat du Massachusetts qui contestait un programme fédéral, *l'Acte sur la Maternité* de 1921, et qui arguait que le 10ème amendement prévoit un domaine réservé de compétence législative aux Etats que le Congrès ne devait pas *envahir*. Cet acte avait pour but d'établir

<sup>548</sup> Erwin Chemerinsky, « Substantive Due Process » (1999) 15 *Touro Law Review* 1501-1534 à la p 1501.

<sup>549</sup> *Ibid* à la p 1509.

<sup>550</sup> *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>

<sup>551</sup> Benjamin F Wright, *The Growth Of American Constitutional Law* à la p 154, en ligne : <<http://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275988>>. "To an unprecedented degree the Court became a censor of legislative reasonableness and rationality. States could not reserve powers as against the expanding concept of due process. Excluding the civil liberties cases, there were 159 decisions under the due process and equal protection clauses in which state statutes were held to be unconstitutional, plus 16 in which both the due process and commerce clauses were involved, plus 9 more involving due process and some other clause or clauses. Had the Court adhered to the interpretation of the due process and equal protection clauses stated in the Slaughter House opinion less than a score of these decisions would have been possible. Indeed, not more than five of them are concerned with procedure".

<sup>552</sup> Cass Sunstein, « Standing and the Privatization of Public Law » [1988] *Columbia Law Review* 1432 à la p. 1438.

<sup>553</sup> 262 U.S. 447 "The party who invokes the judicial power to disregard a statute as unconstitutional, the party who assails it must show not only that the statute is invalid, but that he has sustained, or is immediately in danger of sustaining, some direct injury as a result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally."

un programme d'aide économique pour réduire la mortalité infantile auprès des Etats qui le souhaiteraient. Le contribuable argua par ailleurs que ses futures taxes en seraient alourdies. La Cour Suprême considéra que le statut de contribuable n'était pas suffisant, qu'il fallait prouver **une atteinte directe et non indéfinie**, c'est-à-dire qui ne serait pas commune aux gens en général<sup>554</sup>. La Cour appuya son raisonnement sur l'idée de séparation des pouvoirs<sup>555</sup> et sur l'idée du refus du forum des principes<sup>556</sup>.

391. En 1937, la Cour abandonna du moins formellement la doctrine du *SDP* sous la pression de Roosevelt<sup>557</sup> dans *West Coast Hotel v. Parris*<sup>558</sup>. En 1939, Frankfurter considéra dans *Coleman v. Miller*<sup>559</sup> 307 U.S. 433, 464 (1939) qu'aussi sérieuse que soit l'invasion (*injuria*) de la Constitution pour un plaignant, il ne doit pas présenter sa demande au tribunal mais au processus électif, sauf à pouvoir prouver un **intérêt spécial personnel** qui lui serait propre. Enfin, Frankfurter franchit un pas essentiel en liant la philosophie de Brandeis à l'article 3 dans son opinion complémentaire à l'affaire *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*<sup>560</sup> qui marque la naissance du standing constitutionnel<sup>561</sup>.

392. Pour résumer, depuis la décision *Fairchild* (1922) jusqu'à la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle il n'y a plus à proprement parler de droits objectifs reposant dans les mains des individus parce que le test de l'injury of right est terriblement strict.

### c. Le test de l'injury of fact de Douglas

393. Au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle, la Cour Warren (1953-1969) souhaita ouvrir les critères du *standing* pour faire face au développement de l'action administrative. Le problème était que le test du *legal right* empêchait des personnes ayant subi un *damnum* réel et concret de la part des agences administratives d'accéder aux tribunaux, et ceux-ci ne pouvaient sanctionner la conduite illégale des agences<sup>562</sup>. Tout en maintenant en apparence sa réserve, la Cour Warren opéra un tournant décisif en accordant dans *Flast v. Cohen*<sup>563</sup> le recours au

<sup>554</sup> "The party who invokes the power must be able to show not only that the statute is invalid, but that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally. If a case for preventive relief be presented, the court enjoins, in effect, not the execution of the statute, but the acts of the official, the statute notwithstanding."

<sup>555</sup> Evan Tsen Lee, *Judicial restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2011 aux pp 37-40. "The functions of government under our system are apportioned. To the legislative department has been committed the duty of making laws; to the executive, the duty of executing them; and to the judiciary the duty of interpreting and applying them in cases properly brought before the courts. The general rule is that neither department may invade the province of the other, and neither may control, direct or restrain the action of the other. ///(...) We have no power per se to review and annul acts of Congress on the ground that they are unconstitutional. That question may be considered only when the justification for some direct injury suffered or threatened, presenting a justiciable issue, is made to rest upon such an act."

<sup>556</sup> "Here, the parties plaintiff have no such case. Looking through forms of words to the substance of their complaint, it is merely that officials of the executive department of the government are executing and will execute an act of Congress asserted to be unconstitutional, and this we are asked to prevent. To do so would be not to decide a judicial controversy, but to assume a position of authority over the governmental acts of another and co-equal department, an authority which plainly we do not possess."

<sup>557</sup> William E Leuchtenburg, « The Origins of Franklin D. Roosevelt's "Court-Packing" Plan » (1966) 1966 *The Supreme Court Review* 347-400, DOI : 10.2307/3108746.

<sup>558</sup> 300 U.S. 379 (1937)

<sup>559</sup> 307 U.S. 433, 464 (1939)

<sup>560</sup> 341 U.S. 123 (1951) voir 151-155

<sup>561</sup> Lee, *supra* note 465 aux pp 100-103.

<sup>562</sup> Hessick, *supra* note 448 à la p 293.

<sup>563</sup> Opinion du juge Douglas *Flast v. Cohen* Page 392 U. S. 111 «The judiciary is an indispensable part of the operation of our federal system. With the growing complexities of government, it is often the one and only place where effective relief can be obtained. If the judiciary were to become a super-legislative group sitting in judgment on the affairs of people, the situation would be intolerable. But where wrongs to individuals are done by violation of specific guarantees, it is abdication for courts to close their doors. »

contribuable lorsqu'une limite spécifique au pouvoir de dépense des Etats peut être tracée dans la Constitution<sup>564</sup> en abandonnant ainsi le critère de l'*injuria* directe à un droit subjectif.

394. Le nouveau critère fut nommé par le juge Douglas dans l'affaire *Data Processing*<sup>565</sup> comme une *atteinte de fait économique ou autre* (Injury in fact). La Cour reconnaît ainsi la possibilité pour le justiciable de revendiquer une *injuria* objective dans une zone d'intérêts garantis par la loi ou par la Constitution, tout en préservant l'accès traditionnel au juge garanti par le test de *legal rights*. Lorsque ces conditions étaient remplies, les plaignants « n'avaient plus seulement accès au tribunal en raison de leur droits subjectifs mais pouvaient également participer au contrôle des droits objectifs. Il fallait simplement que l'action administrative ou législative affecte le plaignant. Ils n'avaient plus à démontrer l'*injuria* d'un droit subjectif pour que la Cour se prononce au fond. Ils pouvaient donc obtenir gain de cause sans avoir un enjeu personnel dans la résolution du litige. »<sup>566</sup>
395. La cour fit à cette époque deux choses. Elle ouvrit tout d'abord le type de *damnum* objectif en considérant que l'expression « économique ou autre » signifiait que le fait qui pouvait justifier le droit au juge pouvait être aussi bien esthétique, récréatif, spirituel. Elle ouvrit également l'*injuria* objective en considérant qu'elle pouvait être créée par des lois ou statuts établissant des droits nouveaux. A ce stade, la frontière entre litige objectif et subjectif devint presque imperceptible.
396. Et c'est ce que Chayes nomme *le modèle type de droit public*, où le procès est vu comme un véritable contentieux des politiques publiques : le procès est *flexible, prédictif* dans la

<sup>564</sup> “whenever such specific limitations are found, we believe a taxpayer will have a clear stake as a taxpayer in assuring that they are not breached by Congress. Consequently, we hold that a taxpayer will have standing consistent with Article III to invoke federal judicial power when he alleges that congressional action under the taxing and spending clause is in derogation of those constitutional provisions which operate to restrict the exercise of the taxing and spending power.”

<sup>565</sup> 397 U.S. 159 (1970) 151-152 “The first question is whether the plaintiff alleges that the challenged action has caused him injury in fact, economic or otherwise.”. Mais pour bien comprendre la particularité de Douglas et sa vision du standing il suffit de lire son opinion, minoritaire, dans l'affaire *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) : « The critical question of "standing" would be simplified and also put neatly in focus if we fashioned a federal rule that allowed environmental issues to be litigated before federal agencies or federal courts in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced, or invaded by roads and bulldozers and where injury is the subject of public outrage. Contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation. This suit would therefore be more properly labeled as *Mineral King v. Morton*. Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. The corporation sole – a creature of ecclesiastical law – is an acceptable adversary and large fortunes ride on its cases. The ordinary corporation is a "person" for purposes of the adjudicatory processes, whether it represents proprietary, spiritual, aesthetic, or charitable causes. So it should be as respects valleys, alpine meadows, rivers, lakes, estuaries, beaches, ridges, groves of trees, swampland, or even air that feels the destructive pressures of modern technology and modern life. The river, for example, is the living symbol of all the life it sustains or nourishes - fish, aquatic insects, water ouzels, otter, fisher, deer, elk, bear, and all other animals, including man, who are dependent on it or who enjoy it for its sight, its sound, or its life. The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water – whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger – must be able to speak for the values which the river represents and which are threatened with destruction.....The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled. That does not mean that the judiciary takes over the managerial functions from the federal agency. It merely means that before these priceless bits of Americana (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard. Perhaps they will not win. Perhaps the bulldozers of "progress" will plow under all the aesthetic wonders of this beautiful land. That is not the present question. The sole question is, who has standing to be heard? Those who hike the Appalachian Trail into Sunfish Pond, New Jersey, and camp or sleep there, or run the Allagash in Maine, or climb the Guadalupes in West Texas, or who canoe and portage the Quetico Superior in Minnesota, certainly should have standing to defend those natural wonders before courts or agencies, though they live 3,000 miles away. Those who merely are caught up in environmental news or propaganda and flock to defend these waters or areas may be treated differently. That is why these environmental issues should be tendered by the inanimate object itself. Then there will be assurances that all of the forms of life which it represents will stand before the court - the pileated woodpecker as well as the coyote and bear, the lemmings as well as the trout in the streams. Those inarticulate members of the ecological group cannot speak. But those people who have so frequented the place as to know its values and wonders will be able to speak for the entire ecological community.....That, as I see it, is the issue of "standing" in the present case and controversy.

<sup>566</sup> Hessick, *supra* note 448 à la p 295.

recherche des faits, *prospectif* dans sa recherche du remède, *géré par le judiciaire*, et *impliquant le juge* plutôt que contrôlé par les parties.<sup>567</sup>

d. **La fermeture à l'abstraction par la Cour Burger**

397. La fin de l'ère Warren fut l'occasion pour la Cour Burger de mettre fin à cette jurisprudence activiste libérale et d'entamer un retour aux fondamentaux. Elle inventa dans *Lujan*<sup>568</sup> le test de la résolution (resolvability / cognizability) en refermant le *damnum* qui devait être actuel, distinct, palpable et concret, et en refermant également l'*injuria* qui devait être une violation spécifique d'un droit subjectif. En 1983 elle rationalisa cette exigence de « résolution par un juge » de manière très polémique dans l'affaire *City of Los Angeles v. Lyons*<sup>569</sup>.

398. Adolph Lyons, habitant noir de Los Angeles étranglé par les forces de polices, déposa une demande visa interdire cette pratique. La Cour refusa, arguant qu'il manquait du droit de poursuivre, considérant que sa capacité à résoudre le litige faisait défaut puisque cette situation avait peu de chance de se reproduire. Il pouvait simplement demander une indemnisation. Selon les estimations présentées à la Cour, 16 personnes avaient pourtant été tuées, dont 12 afro-américains sous les conséquences d'une telle pratique policière. Selon la position dissidente du juge Marshall cette décision aboutit à ce que lorsque votre droit individuel est violé par l'État, si vous ne pouvez pas prouver que cette violation persiste ou est susceptible de se reproduire vous n'avez pas le droit de poursuivre. Cette fermeture à l'« abstraction » peut être vue comme une fermeture au réel.

399. Revenons à *Spokeo v. Robbins*. Nous avons vu que pour le juge Thomas, en matière de litige subjectif : « Nos décisions contemporaines n'ont pas requis du plaignant qu'il prouve une atteinte actuelle au-delà de la violation de ses droits légaux personnels pour satisfaire la condition d'atteinte de fait ». Son point de vue relatif aux litiges objectifs s'ancre dans la division historique de Blackstone :

« Le juge de Common law était davantage enclin à traiter les demandes des plaignants privés qui alléguaient d'une violation de leurs propres droits par rapport à ceux qui proposaient des revendications basées sur les droits publics. Ces limitations persistent dans la doctrine moderne du « standing. » (...) Les préoccupations relatives à la séparation des pouvoirs qui sous-tendent nos décisions de droits publics ne sont pas présentes lorsqu'un individu privé poursuit pour remédier à la violation de ses propres droits privés (subjectifs). Mais quand elles sont présentes, la doctrine du standing garde les cours hors des conflits politiques en refusant aux plaignants privés le droit de tester la légalité abstraite du gouvernement ».

400. **Conclusion.** Le litige relatif à un droit ou une obligation est un critère historiquement évolutif reposant sur la manière dont le juge souhaite ou non reconnaître au citoyen un droit à intervenir dans le contrôle des actions du gouvernement ou du législateur. Et donc en matière de droit objectif. Nous pouvons tirer deux conclusions : la première, audacieuse, est que le juge japonais a importé le test le plus strict que le juge américain a créé en matière de judicial review des *droits objectifs* pour son contentieux ordinaire des *droits subjectifs administratifs*. La seconde conclusion est qu'il utilise des concepts américains avec un contenu complètement différent. Elle est plus probable car les disciplines du *droit constitutionnel japonais* et du *contentieux constitutionnel japonais* sont différentes l'une de l'autres, et au surplus plus ou moins cloisonnées des disciplines *du droit et du contentieux administratif japonais*.

<sup>567</sup> Chayes, *supra* note 542 à la p 1410.

<sup>568</sup> 504 U.S. 576.

<sup>569</sup> *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95. Voir la position dissidente de juge Marshall selon laquelle la Cour n'avait jusqu'ici jamais distingué les différents types de remèdes.



## § 2 Conceptions japonaises du litige juridique

401. Le Professeur Kai Sunao propose<sup>570</sup> de distinguer les grandes écoles doctrinales suivant la manière dont elles résolvent les tensions qui pèsent sur le concept traditionnel de pouvoir judiciaire. Kazuyuki Takahashi (高橋和之) défenseur de la théorie de l'Etat de droit (法の支配説) propose l'abandon du concept de litige juridique :

« Le pouvoir judiciaire de l'article 3, paragraphe 1 de la Constitution des États-Unis et l'article 76 paragraphe 1 de la Constitution n'incluent pas la nécessité de litige dans le contenu conceptuel. De plus, la Constitution japonaise n'a pas de disposition correspondant à l'article 3 paragraphe 2 de la Constitution américaine<sup>571</sup>. Par conséquent, des remarques supplémentaires sont nécessaires sur la limite du pouvoir judiciaire dans la Constitution. (...) » Le système de contrôle incident suppose l'existence d'un incident. Toutefois, cet « incident » n'est pas limité aux cas concrets. L'incident peut être un cas « abstrait » pendant devant une cour comme les contentieux nommés publics et objectifs. Dans le système d'évaluation incidente, le contrôle de constitutionnalité est opéré s'il est nécessaire à la résolution de l'affaire. En fait, le contrôle de constitutionnalité est opéré au Japon sur cette conception. Par conséquent, le fait que le système de contrôle de constitutionnalité japonais soit du type américain de *judicial review* de signifie pas nécessairement que le concept de justice contienne la condition d'*incidentalité*<sup>572</sup>.

402. Cette méthode constituerait une transformation du concept de pouvoir judiciaire pour la doctrine traditionnelle qui n'accepte pas cette possibilité alors qu'elle n'apparaît que comme une simple redéfinition du concept de pouvoir judiciaire pour ses défenseurs. Elle entraînerait dans tous les cas une modification profonde des habitudes des juges, est jugée trop politique. Et n'est donc pas majoritaire.

### a. La doctrine de la limitation du concept de pouvoir judiciaire

403. Le litige juridique est le centre du pouvoir judiciaire pour Koji Sato (佐藤幸治 né en 1937), professeur de droit constitutionnel émérite et défenseur de la doctrine de la décision principielle<sup>573</sup> (*Hō genri kikan-setsu* 法原理機関説). Son point de vue est majoritaire au Japon. Il considère que le rôle du juge est de mettre en lumière, confirmer et donner forme juridique aux opinions de la communauté mais pas de les changer<sup>574</sup>. Il se montre « réformateur » en critiquant le poids de la hiérarchie judiciaire, la surcharge des tribunaux et l'absence de jurys, le pouvoir exécutif pratique limité du cabinet nommé par le Parlement dans la prise de décision autonome. Un réformisme d'allègement puisqu'il souhaite notamment : « construire un système social ou l'indépendance et l'autonomie des individus est respectée » se basant sur le mouvement de la dérégulation, qui pour lui signifie

<sup>570</sup> Il conseille à ses étudiants (niveau master) de choisir clairement un des points de vue dans leurs examens et de construire leur argumentation sur cette base. <http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/ls-toti/13sihoken-gainen.htm>

<sup>571</sup> « Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas, en droit et en équité, découlant de la présente Constitution, les lois des États-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui doivent être faits, sous leur autorité ; à tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls ; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime ; aux différends auxquels les États-Unis seront partie ; aux différends entre deux ou plusieurs États ; entre un État et les citoyens d'un autre État ; entre citoyens de différentes États ; entre citoyens d'un même État revendiquant des terres en vertu de concessions d'autres États, et entre un État, ou ses citoyens, et les États étrangers, citoyens ou sujets. »

<sup>572</sup> 樋口陽一, 講座憲法学 (*Conférences de droit constitutionnel*), 東京, 日本評論社, 1995. Chapitre 6 "Le concept de pouvoir judiciaire" p.13

<sup>573</sup> Charles E Clark, « Plea for the Unprincipled Decision, A » (1963) 49 Va L Rev 660; Herbert Wechsler, « Toward Neutral Principles of Constitutional Law » (1959) 73:1 Harvard Law Review 1-35, DOI : 10.2307/1337945; M P Golding, « Principled Judicial Decision-Making » (1963) 73:4 Ethics 247-254.

<sup>574</sup> Carol Lawson et Simon Thornley, « Translation: "Perceptions of the Current State of the Japanese Legal System"; Interview with Koji Sato, Chairman of Japan's Judicial Reform Council » (2002) 4:1 Australian Journal of Asian Law 76. Voir en ligne : [https://www.academia.edu/26810558/\\_2002\\_Perceptions\\_of\\_the\\_Current\\_State\\_of\\_the\\_Japanese\\_Legal\\_System\\_Interview\\_with\\_Koji\\_Sato\\_Chairman\\_of\\_Japans\\_Judicial\\_Reform\\_Council\\_Australian\\_Journal\\_of\\_Asian\\_Law\\_Vol.\\_4\\_No.\\_1\\_pp.\\_76-91](https://www.academia.edu/26810558/_2002_Perceptions_of_the_Current_State_of_the_Japanese_Legal_System_Interview_with_Koji_Sato_Chairman_of_Japans_Judicial_Reform_Council_Australian_Journal_of_Asian_Law_Vol._4_No._1_pp._76-91)

le passage d'une société régulée du contrôle à l'avance, à une société de la surveillance à posteriori<sup>575</sup>. Au regard du problème conceptuel du pouvoir judiciaire et du litige juridique, il sépare clairement le rôle judiciaire du juge fondé sur les doctrines du litige juridique basé sur le conflit entre individus privés, et le rôle non judiciaire du juge qui peut être délégué par le Parlement mais qui doit être limité. Son point de vue sur cette dernière question est traduit ci-dessous :

« Même si l'idée de pouvoir judiciaire a été historiquement changeante, cela a été spécifiquement par rapport au pouvoir législatif et administratif. La raison en est que le pouvoir judiciaire est un processus de participation et de décision spécial qui requiert un raisonnement pur. Ce processus est marqué par le fait qu'une tierce partie impartiale (le juge) décide sur la base des arguments et raisonnements proposés par les parties concernées. Ce qui est le plus familier avec ce processus est (qu'il constitue) une structure dans laquelle chaque partie au litige concret recherche la controverse sur ses droits et obligations et ils sont liés au choix du principe juridique légal et fondamental qu'une tierce partie va décider sur la base de la controverse des parties. (...) D'un autre côté, le fait que les cours exercent un pouvoir judiciaire exclusif ne signifie pas que les cours exercent seulement le pouvoir judiciaire, en d'autres termes que la cour n'a pas à exercer ou ne doit pas exercer quelque pouvoir qui n'est pas originairement un pouvoir judiciaire. Il y a normalement une zone où les choses devraient être décidées sur des considérations de politique juridique autour du pouvoir judiciaire. Nous pouvons ainsi observer la création des "contentieux objectifs" qui donnent juridiction sur des cas non-contentieux. L'article 3 de l'Acte d'Organisation des Cours mentionne également « le pouvoir accordé par d'autres statuts ». Toutefois, il y a une limite constitutionnelle au pouvoir de délégation d'un pouvoir non judiciaire par la législation. Le pouvoir donné aux cours doit être assimilable aux formes des principes légaux décisionnels qu'elle utilise et la décision de la cour doit être une décision finale (...) Aux côtés du contentieux subjectif, qui traite avec les droits et intérêt des individus, l'Acte sur le Contentieux administratif reconnaît le contentieux interagence et les actions citoyennes. Ces deux actions sont nommées « actions objectives ». Le contentieux objectif ne fait pas partie du contenu évident du pouvoir judiciaire et par conséquent est entendu comme étant spécifiquement reconnu par la législature basée sur une politique juridique. »<sup>576</sup>

404. Le principal problème que pose cette conception est l'abandon pur et simple d'une éventuellement fonction préventive des litiges par le juge en choisissant un laisser faire optimiste au regard de la nature humaine visant à libérer les individus de la chape de l'Etat.

b. **L'extension du concept de pouvoir judiciaire**

405. Le litige « incident » relève d'une conception doctrinale selon laquelle le litige juridique émerge à l'occasion d'une affaire concrète, réelle, après la survenance d'un dommage ou d'une atteinte aux droits. C'est, pour la position dominante, pour ce seul type de litige pour lequel le juge peut se prononcer dans son exercice du pouvoir judiciaire, et dans son exercice du pouvoir constitutionnel où l'incidentarité va également jouer un rôle déterminant. Certaines doctrines proposent d'inclure les nouveaux contentieux au sein du concept de pouvoir judiciaire et de litige juridique si elles en remplissent des conditions essentielles, d'autres proposent d'abandonner le concept de nature juridique du litige (*jikensei*).

406. **Extension conservant le contrôle « incident » du litige.** Le Professeur Noriho Urabe (浦部法穂 né en 1946) présente dans sa théorie du droit public (*Kōken-teki saitei-setsu* 公権的裁定説) une vision qui part d'un point de vue sur le réel et qui peut reconnaître le litige objectif comme faisant partie du concept de pouvoir judiciaire s'il remplit deux critères :

« Au départ, la Cour est une institution d'Etat qui maintient l'ordre et le contrôle du pouvoir et s'est vu attribué une autorité à juger les conflits individuels émergeant en société. Les cours pour faire simple,

<sup>575</sup> *Ibid* à la p 80.

<sup>576</sup> 佐藤幸治 (SATO Koji), 憲法 (*Constitution*), 東京, 青林書院, 1995 à la p 295.

sont au sein des institutions de gouvernance/contrôle mandatées à servir le maintien de l'ordre en particulier à travers la résolution officielle des conflits individuels. Par conséquent, depuis le commencement, les cours fonctionnent sur la prémisse de conflits individuels (...) qui requièrent une résolution officielle. (...) (note : sur les critères) Le premier est l'existence de litiges concrets que l'on peut résoudre juridiquement. Ce litige que l'on « peut résoudre juridiquement » signifie pour faire simple les intérêts et statuts juridiques d'une personne spécifique. Le second est que le conflit doit exister en réalité. Même si le litige concerne des intérêts et droits d'une personne particulière, lorsque le litige est hypothétique ou potentiel, il suffit de le traiter lorsque le conflit émerge dans la réalité. Si ce n'est pas le cas, il n'est pas nécessaire à la Cour de se prononcer.<sup>577</sup>

407. On peut peut-être rapprocher cette conception de l'institution de celle proposée par Maurice Hauriou en 1906 et 1910 selon laquelle une institution est « une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses, qui constitue par elle-même un état de droit<sup>578</sup> ou qui a réalisé dans son sein une situation juridique<sup>579</sup> ».

408. **Extension ne se limitant pas au contrôle « incident » du litige.** Koji Tonami (戸波江二), responsable de la section correspondant dans le principal manuel de théorie du contentieux constitutionnel japonais, défend la théorie constitutionnelle allemande (ドイツ憲法説). Les cas d'exceptions au critère traditionnel, critère justifié historiquement, sont de plus en plus nombreux et nécessitent une reformulation minimale du concept de pouvoir judiciaire lorsque la seule condition de résolution en application de la loi est remplie. Pour Tonami des trois critères du litige juridique que sont : le « litige concret », les « parties spécifiques » et la « résolution en application de la loi », seul ce dernier critère semble essentiel :

« Une des théories présente des fondations pour expliquer la nécessité de la notion de litige comme élément essentiel du pouvoir judiciaire. Selon cette théorie, le pouvoir judiciaire est la structure la plus appropriée dans laquelle les parties au litige revendiquent leurs propres droits et obligations à la suite de quoi, la cour prononce des jugements au regard de la loi. Certainement, le procès moderne s'est développé sur la prémisse d'une telle structure contentieuse et historiquement le litige est une prémisse au pouvoir judiciaire. Toutefois, la question est de savoir si la Cour peut ou non entendre et juger au-delà du cadre d'une telle structure contentieuse. Considérant le fait que le contentieux objectif est fixé par la loi, mais également, que des jugements substantifs ont été produits dans des contentieux ne répondant pas à ces conditions de [litige juridique] par exemple dans le cas des jugements « dans l'intérêt du droit », la nécessité d'incidentalité n'est pas une condition absolue qui ne permet aucune exception. En d'autres termes, la condition d'un [litige juridique] justifie que les cours refusent une action qui n'en remplit pas les critères. Néanmoins, il n'est pas contraire l'article 76 de la Constitution qui prévoit que le pouvoir judiciaire appartient aux cours même si la cour examine individuellement la demande qui manque d'un [litige juridique] ou si la législation prévoit des [nouvelles voies de droits] quand les raisons sont suffisantes pour la Cour de les entendre et d'être en charge de ces conditions. Les contentieux ne comportant pas le critère [d'incident] seront entendus et jugés par les cours si le contentieux est adapté au pouvoir judiciaire qui résout les disputes en application de la loi. »<sup>580</sup>

### c. Les synthèses de Minamino et de Satoh

409. La doctrine japonaise analyse différemment les relations entre les notions de pouvoir judiciaire, litige juridique, litige concret, jugement formel, et nature juridique du litige. Le Professeur Minamino les présente dans chapitre d'ouvrage collectif consacré au concept de

<sup>577</sup> 浦部法穂 (URABE Noriho), 全訂憲法学教室 (Ecoles de droit constitutionnel), 2000 à la p 319.

<sup>578</sup> Maurice Hauriou, L'institution et le droit statutaire, dans , *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, E Privat, 1906 aux pp 134-182 . En ligne <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5743712b/f155.item>

<sup>579</sup> Maurice Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques.*, Paris, Sirey, 1910 à la p 129.

<sup>580</sup> Cité par Sunao <http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/ls-toti/13sihoken-gainen.htm>

pouvoir judiciaire<sup>581</sup> de la manière suivante : « Pour la doctrine majoritaire, représentée par Sato, le pouvoir judiciaire repose sur le concept de litige concret qui seul peut être pensée comme un litige juridique et impliquant un jugement formel<sup>582</sup>. Pour la doctrine minoritaire, représentée par Takahashi, l'objet du pouvoir judiciaire est simplement l'affaire portée devant le tribunal, ce qui suffit à définir le « litige juridique », et la satisfaction des conditions de la nature juridique du litige remplit les conditions du droit au procès, tout cela conduisant à admettre de façon non restrictive les contentieux objectifs.<sup>583</sup> ».

410. L'analyse est identique chez Satoh<sup>584</sup>, Souichi Sasaki insiste sur le fait que l'article 76, paragraphe 1 de la Constitution japonaise distribue l'autorité basée sur le principe de la séparation des pouvoirs et donne généralement Cour une autorité égale aux pouvoirs législatif et administratif. Cependant, le professeur Kouji Sato interprète la Constitution pour dire que l'essence du pouvoir judiciaire oblige les tribunaux à statuer cas et controverses, mais que l'article 6.3 de la LOC divise les « litiges juridiques » de ceux que le juge peut traiter en raison d'une « autorité spéciale prévue par la loi ». Le professeur Kazuyuki Takahashi ne place pas l'essence du pouvoir judiciaire dans les affaires et les controverses et soutient que la fonction judiciaire est définie dans la Constitution comme le règlement des différends d'interprétation et d'application de la loi dans le cadre d'une procédure régulière.

<sup>581</sup> 南野森 (MINAMINO Shigeru), « 第 7 章 司法権の概念 (Chapitre 7 Le concept de pouvoir judiciaire) » dans 憲法学の現代的論点 (Enjeux contemporains des études constitutionnelles), 2e éd, en ligne : 憲法学の現代的論点 (Enjeux contemporains des études constitutionnelles) <<http://www.yuhikaku.co.jp/books/detail/9784641130425>>

<sup>582</sup> 司法権 = 具体的争訟 = 法律上の争訟 = 判例の定式

<sup>583</sup> 司法権の対象 (= 「事件」) = 法律上の争訟 (= 事件性要件充足 = 裁判を受ける権利) + 客観訴訟

<sup>584</sup> Satoh, Jun-ichi. « Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight » (2008) 41:2 Loyola of Los Angeles Law Review 603. à la page 608.





## PARTIE 2 – LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLER LA CONSTITUTIONNALITE

411. L' « évitement constitutionnel » est, selon les auteurs japonais, considéré comme une théorie<sup>585</sup>, comme une règle<sup>586</sup>, ou comme une maxime. C'est un ensemble de 7 règles de bonne conduite qui ne reposent sur aucun fondement textuel, et que l'on peut retrouver développées par la Cour suprême des États-Unis et synthétisées par Brandeis dans la décision *Ashwander* :

1. La Cour ne se prononcera pas sur la constitutionnalité de la législation au cours d'une procédure amiable, non adversatoire, la déclinant car décider de telles questions « est légitime seulement en dernier ressort d'une controverse sincère et vitale entre des individus. Il ne faut jamais que, par voie de recours amiables, une partie battue à la législature puisse transférer aux cours une requête sur la constitutionnalité d'un acte législatif. (Jugement concret)

2. La Cour n'anticipera pas « une question de droit constitutionnel en avance de la nécessité d'en décider. Ce n'est pas dans l'habitude de la Cour de décider des questions de nature constitutionnelle à moins que cela soit absolument nécessaire pour une décision à l'affaire » (...) (Refus du jugement hypothétique)

3. La Cour ne formulera pas « une règle de droit constitutionnel plus large qu'il n'est requis par les faits précis auxquels elle doit s'appliquer ». (L'effet individuel du jugement)

4 La Cour ne se prononcera pas sur une question constitutionnelle bien qu'elle soit correctement présentée par les pièces au dossier, s'il est également présence d'autres fondements sur lesquels l'affaire peut être traitée. Cette règle a trouvé les applications les plus variées. Ainsi, si une affaire peut être décidée sur l'un ou l'autre de deux fondements, l'un impliquant une question constitutionnelle, l'autre une question d'interprétation statutaire de droit général, la Cour décidera sur ce dernier. Les appels de la plus haute cour d'un Etat attaquant sa décision d'une question sous la Constitution fédérale sont souvent rejetés car le jugement peut être soutenu sur un fondement d'Etat indépendant. (Double fondement)

5 La Cour ne se prononcera pas sur la validité d'un statut en raison de la plainte d'une personne qui échoue à prouver qu'elle est atteinte par son application. Parmi les nombreuses utilisations de cette règle, aucune n'est plus frappante que le refus du droit de contester à une personne qui manque d'un droit personnel ou de propriété (...) (Refus de l'éligibilité des recours fondés sur les droits d'un tiers)

6 La Cour ne se prononcera pas sur la constitutionnalité d'un statut à la demande de celui qui s'est prévalu de ses bénéfices.

7 Lorsque la validité d'un Acte du Congrès est remise en question, et même si de sérieux doutes sur sa constitutionnalité sont levés, c'est un principe cardinal que cette Cour détermine d'abord si une interprétation du statut qui permettrait d'éviter la question est possible «. (L'interprétation sauvegardant la norme)

---

<sup>585</sup> 高野幹久 et al, *The theory of avoiding decision of constitutional issues: a comparative study of judicial self-restraint in American courts and Japanese courts*, Tokyo, Japan, Shinzansha, 1992.

<sup>586</sup> 高橋和之 (TAKAHASHI Kazuhi), *憲法判断の方法 (Méthodes du jugeant constitutionnel)*, Tōkyō, 有斐閣, 1995 à la p 53.

412. Toutes ces règles constituent le *modus operandi* de la Cour suprême japonaise. Ashibe est assez clair par le poids qu'il donne à cette "maxime" et reconnaît clairement un lien avec le concept de prudence juridique :

“Suivant une attitude de prudence juridique (司法消極主義), la Cour doit autant que possible ne pas procéder à l'examen de la constitutionnalité d'une loi, et même si l'examen est absolument nécessaire à la résolution de l'affaire, elle doit éviter autant que possible de procéder à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi”<sup>587</sup>.

413. Ces doctrines de l'évitement au sens large sont divisées par le professeur Takahashi en 3 cas d'évitement constitutionnel. Tout d'abord celui qui ne va pas jusqu'au *kempo handan* (憲法判断). Ce sont les règles n°1, n°2 et n°6, qui concernent respectivement le refus du litige *consultatif*, *hypothétique*, *feint*, ou *collusif*. Ainsi que la règle 5 qui concerne le refus de principe de *l'éligibilité des recours fondé sur les droits d'un tiers*. Ensuite celui qui évite le jugement du texte (文面上判断). C'est la règle n°4 du *double fondement*. Enfin celui qui évite le jugement d'inconstitutionnalité dans le jugement du texte (文面上判断において違憲判断を回避する). C'est la règle n°7 de l'interprétation restrictive sauvegardant la norme. Nous proposons d'ajouter l'évitement de *l'annulation de la norme* : c'est la règle n°3 de *l'effet individuel de la norme*. On pensera également à la technique de la *sentence de circonstances*.

414. Nous avons vu les règles n°1, n°2 et n°6 dans la partie 1, nous verrons les règles n°3, n°4, n°5 et n°7 dans cette partie 2 dans un premier titre les conceptions japonaises du contrôle de constitutionnalité. Ce sera l'occasion de présenter les notions essentielles du droit de juger et du droit de poursuivre dans le procès en constitutionnalité de la norme. Nous verrons ensuite les doctrines de la *théorie du jugement constitutionnel* et les doctrines de *l'examen de constitutionnalité* dans un titre 2.

## **TITRE 1. Conceptions du contrôle de constitutionnalité.**

## **TITRE 2. Doctrines de l'examen de constitutionnalité.**

---

<sup>587</sup> 芦部信喜 (ASHIBE Nobuyoshi), 憲法訴訟の理論 (*Théorie du contentieux constitutionnel*), 東京, 有斐閣, 1973 à la p 293.



## TITRE 1 – CONCEPTIONS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

415. Il n'existe pas de procédure spécifique au contentieux constitutionnel au Japon. Tout ici n'est que construction doctrinale et jurisprudentielle. Cela a pour effet de donner un poids tout particulier à la doctrine, et en particulier à celle que défend la discipline du contentieux constitutionnel.
416. Une première lecture de la Constitution japonaise nous montre que le pouvoir japonais de contrôle de la constitutionnalité<sup>588</sup> est potentiellement bien plus puissant que celui dont dispose le Conseil constitutionnel français. En effet, alors ce dernier ne concerne que la loi, les projets de lois et, à la marge, les règlements des assemblées<sup>589</sup>, le juge japonais peut de surcroît, en vertu des articles 81 et 98.1 de la Constitution, expressément statuer sur certains actes de l'exécutif comme les ordonnances et sur la constitutionnalité tous les « autres actes officiels » dans la seule limite de l'interprétation qu'il fera de ces « actes officiels ».
417. L'article 81 est contenu dans le chapitre de la Constitution consacré au pouvoir judiciaire et prévoit que « La Cour suprême est le tribunal de dernier ressort ; elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient ». L'article 98, placé dans un autre chapitre qui concerne l'ensemble des institutions, prévoit que « la présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. ».
418. Quel est le lien entre ces articles ? De quel pouvoir de contrôle de la constitutionnalité le juge dispose-t-il si la sanction de l'état d'inconstitutionnalité semble être investie par l'article 98 dans toutes les branches du gouvernement ?
419. Au-delà de ces articles qui fixent la compétence du juge, l'article 41 de la Constitution prévoit que « La Diète est l'organe suprême du pouvoir d'État, et le seul organe légiférant de l'État. » et l'article 65 « Le pouvoir exécutif est dévolu au cabinet. » Enfin l'article 73 prévoit que « Le cabinet, en sus de ses fonctions d'administration générale, est chargé des tâches suivantes : - Appliquer fidèlement la loi et gérer les affaires de l'État ».
420. Sachant qu'un jugement des tribunaux crée un standard juridique, il fait partie de l'ordre normatif de droit public, ne serait-ce qu'au plus bas échelon. Comment comprendre le contrôle de constitutionnalité et cette production normative face aux obligations et devoirs respectifs des institutions ?

---

<sup>588</sup> Par opposition au contrôle politique de la constitutionnalité. Nous utiliserons par la suite simplement contrôle de constitutionnalité dans son acception judiciaire, sauf lorsque cette distinction sera abordée spécifiquement.

<sup>589</sup> Article 61.1 de la Constitution française : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. »

421. Dans cet espace de liberté interprétative, il y a des choix classiques et d'autres que cette recherche nous a permis de mettre à jour. Le premier choix doctrinal qu'a fait le juge japonais a été de concevoir le contrôle de constitutionnalité dans le cadre de l'exercice du pouvoir judiciaire, comme aux États-Unis, spécificité dont il tire d'ailleurs son nom puisque le contrôle de constitutionnalité se nomme *judicial review*.
422. Le second choix a été de déléguer ce pouvoir à l'ensemble des juges. Par conséquent la demande constitutionnelle se déclenche lors d'un contentieux ordinaire, et le juge considère qu'il faut donc passer la phase de la justiciabilité judiciaire pour pouvoir poser une question constitutionnelle. Ces distinctions classiques entre contrôle incident et contrôle diffus de constitutionnalité sont importantes mais n'épuisent pas la question de la prudence du juge puisque l'on peut simplement considérer qu'il s'agit de choix systémiques.
423. Mais il y a également d'autres choix doctrinaux qui découlent directement du contenu sémantique assez faible des dispositions écrites de la Constitution. Le juge et la doctrine japonaise admettent que les dispositions de la constitution ne peuvent pas être lues littéralement, mais qu'elles doivent être lues structurellement. La lecture structurelle implique de considérer les dispositions de la Constitution en rapport au chapitre dans lequel elles se situent et en rapport avec la Constitution dans son ensemble. Nous distinguons ici deux types de lectures structurelles qui traduisent deux conceptions opposées du contrôle de constitutionnalité, et qui se matérialisent dans la manière dont le juge use de ces doctrines. La première lecture, en vigueur chez les membres de la doctrine du contentieux constitutionnel, influencée par la doctrine américaine et adoptée dans les principales décisions de la Cour suprême est ce que nous allons nommer la « **lecture-contingence** ». Il existe une alternative qui peut se trouver dans la position défendue par certains juges du fond, ainsi que par la doctrine japonaise influencée par la théorie allemande des droits fondamentaux. Nous la nommerons « **lecture-nécessité** ». Pour saisir cette deuxième lecture, il faut sortir du cadre strict de la doctrine du contentieux constitutionnel et ne pas se limiter aux grandes décisions de la Cour suprême. Les positions peuvent être minoritaires, elles existent malgré tout et permettent de mettre en valeur la prudence de la doctrine majoritaire.
424. L'idée est la suivante : nous parlons de « lecture-contingence » lorsque le juge conçoit la constitution comme visant à organiser et à limiter le pouvoir de l'État, que la déclaration d'inconstitutionnalité n'implique pas la sanction de l'annulation, que le contrôle du juge porte par principe sur la norme de droit public manifestant la volonté de l'État, que le contrôle de la légalité est préféré au contrôle de constitutionnalité, que l'on considère que les droits fondamentaux ne sont applicables que verticalement ou, s'il le sont de manière horizontale, que ce soit uniquement de manière indirecte. Enfin cette lecture-contingence suppose que l'on ne peut pas revendiquer les droits constitutionnels d'un tiers. A l'opposé, dans ce que nous appelons la « lecture-nécessité », la Constitution vise à garantir les droits fondamentaux, le contrôle de constitutionnalité est nécessaire à cette fin et prend en pratique la forme de l'annulation de la norme inconstitutionnelle. L'examen du juge peut porter sur la norme de droit privé et le contrôle de constitutionnalité n'a pas à être privilégié par rapport au contrôle de la légalité. Enfin les droits fondamentaux sont applicables de manière horizontale et directe, et on peut revendiquer les droits constitutionnels d'un tiers.
425. En présentant les notions fondamentales du contentieux constitutionnel japonais, nous verrons que la doctrine et que le juge japonais défendent ce que nous avons appelé la « lecture contingence », qui limite le droit de juger de la constitutionnalité des tribunaux (Chapitre 1) et le droit de poursuivre des individus (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1. LE DROIT DE JUGER DE LA CONSTITUTIONNALITE

### CHAPITRE 2. LE DROIT DE POURSUIVRE DANS LE PROCES EN CONSTITUTIONNALITE

## **CHAPITRE 1 – LE DROIT DE JUGER DE LA CONSTITUTIONNALITE**

426. Le contrôle de constitutionnalité permet de déclarer la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'une norme, et il apparaît que ce pouvoir peut être utilisé à deux fins radicalement opposées. On peut considérer qu'il s'agit d'un moyen de purger le système juridique de normes inconstitutionnelles, auquel cas le contrôle de constitutionnalité est une *nécessité qui implique l'annulation de la norme*. On peut considérer au minimum qu'il s'agit un moyen *contingent* de parvenir à une décision judiciaire : on juge la loi pour être en mesure de juger le cas présenté au juge et *on peut simplement écarter sans annuler, ou annuler partiellement la norme déclarée inconstitutionnelle*. Dans ce cas, le contrôle de constitutionnalité est un *moyen contingent*. C'est cette dernière possibilité qui a les faveurs du juge japonais.

427. Nous allons voir la manière dont le juge envisage l'objet de ce contrôle (section 1) et les effets et formules (section 2) de celui-ci, qu'il peut restreindre de bien des manières.

### **Section 1. L'objet du contrôle de constitutionnalité.**

### **Section 2. Les effets et formules du jugement.**

## SECTION 1 - L'OBJET DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

428. Quel est l'objet du contrôle de constitutionnalité japonais ? Nous verrons dans cette section les doctrines du double fondement et de l'interprétation restrictive sauvegardant la norme (1§), la notion de standard juridique (§2), et de différence entre l'inconstitutionnalité de l'acte ou de son application (§3).

## § 1 Les doctrines du double fondement et de l'interprétation restrictive de la norme

429. La règle 4 du *double fondement* est particulière puisqu'elle se situe entre le procès ordinaire et le procès de constitutionnalité de la norme et, elle est dans sa formulation très proche de la n°7 de l'interprétation restrictive de l'application de la loi. Les deux règles permettent au juge d'éviter de déclarer *la loi ou l'ordonnance inconstitutionnelle*. Il s'agit donc ici d'illustrer ce que *n'est pas* l'objet du contrôle de constitutionnalité. Si la démarche peut sembler contre-intuitive dans une section consacrée à l'objet du contrôle de constitutionnalité, elle est nécessaire pour montrer le lien entre toutes les doctrines qui suivront.

a. La doctrine du double fondement

430. La règle du double fondement prévoit que « La Cour ne se prononcera pas sur une question constitutionnelle bien qu'elle soit correctement présentée par les pièces au dossier, s'il est également présence d'autres fondements sur lesquels l'affaire peut être traitée. » Elle incite le juge, lorsqu'il peut résoudre l'affaire qui lui est présenté soit sur un fondement législatif soit sur un fondement Constitutionnel à privilégier le fondement législatif.

431. **Affaire de la base militaire Hyakuri**<sup>590</sup>. Alors que l'Etat souhaitait acquérir plusieurs terrains afin de construire une base pour les forces d'autodéfense, projet encadré par la Loi sur les forces d'autodéfense de 1954, un fermier membre du mouvement d'opposition contre la construction de la base, M. Ishizuka, conclu auprès d'un des propriétaires, M. Fujioka, afin d'empêcher le projet. Ishizuka enregistra le transfert de propriété, mais tarda toutefois à payer le solde. Le propriétaire annula la promesse de vente<sup>591</sup>, et conclu un nouveau contrat de vente avec l'Etat, plus précisément avec un représentant des Forces d'auto-défense. L'Etat et Fujioka poursuivirent au civil Ishizuka pour obtenir l'annulation de l'enregistrement et la confirmation du second contrat devant la Cour de district de Mito qui leur donna raison. Ishizuka fit appel devant la Haute-Cour de Tokyo qui rejeta son appel le 7 juillet 1981. Pour la Cour la question était de savoir ici si la dissolution du contrat de vente entre Ishizuka et Fujioka était valide, et si *l'acte* d'acquisition du terrain par l'Etat était valide. La Haute-Cour utilisa la règle du double fondement en jugeant que :

« Le but de ce procès n'est rien d'autre que de déterminer le statut juridique (*titre de propriété etc.*) du terrain en question. Qui doit être déterminé à la lumière de la validité de l'acte (*Willenserklärung*) de dissolution du contrat par l'appelé Fujioka et de l'acte d'acquisition par le gouvernement. Il est possible de répondre à cette question sans se prononcer sur l'argument de constitutionnalité relatif à l'article 9 de la Constitution (...) Par conséquent, la Cour ne se prononcera pas sur la question de savoir si les Forces d'autodéfense sont en entité inconstitutionnelle au regard de l'article 9. »<sup>592</sup>

<sup>590</sup> Décision de la Cour d'appel de Tokyo, 7 juillet 1981, *Base militaire de Hyakuri* (百里基地事件), 1004 Hanrei Jiho 3.

<sup>591</sup> Evacuons rapidement la question de la promesse de vente dont l'annulation fut jugée par la Cour comme concernant seulement l'acheteur initial et le propriétaire, et n'ayant rien à voir avec la volonté de l'Etat de construire une base militaire

<sup>592</sup> 高野幹久 et al, *supra* note 620 aux pp 60-65. Pour son explication et sa traduction.

432. Lorsque lui fut posée la question de la constitutionnalité de la Loi qui met en place les forces d'autodéfense, la Haute-Cour refusa de répondre à cette question grâce à la doctrine du *double fondement*. Elle ne procède pas à l'interprétation de cette loi ni à l'interprétation de la Constitution, et reste au niveau du procès ordinaire avant de se concentrer sur la question de la légalité de l'acte de vente.

433. En effet au-delà de la seule question du *double fondement*, cette décision soulève de nombreuses questions de qualification juridique :

-Tout d'abord quelle était la nature du contrat de l'Etat ? Un acte créant des *standards juridiques* ou un *acte juridique* ? Seul le premier peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité au Japon<sup>593</sup>.

- Ensuite quelle était la nature des Forces d'autodéfense ? Un des arguments soulevés par Ishizuka était qu'il s'agissait d'une entité inconstitutionnelle, contraire à l'article 9 de la Constitution et qu'elles ne pouvaient donc pas conclure un tel contrat de vente. Comme l'explique Takano, « dans cette affaire un contentieux de pur droit privé est devenu un problème relatif à l'application de l'article 9 à la relation juridique de droit privé entre les parties ». Il s'agit de la question de *l'effet horizontal des droits fondamentaux*.<sup>594</sup>

- Par extension, si l'article 9 n'est pas appliqué directement à l'acte privé, peut-on et si oui comment « utiliser l'article 90 du Code civil qui permet de rendre nuls et non avenue les « actes qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ? Il s'agit ici de la question de *l'application directe ou indirecte des droits fondamentaux*.<sup>595</sup> et du lien entre procès de la légalité de la norme et procès de la constitutionnalité de la norme.

434. Nous reviendrons sur toutes ces doctrines dans les paragraphes et sections correspondantes. Intéressons-nous à la règle n°7 de Brandeis et sa spécificité par rapport à la règle n°4.

#### b. La doctrine de l'interprétation restrictive de la norme

435. La règle n°7 prévoit que « Lorsque la validité d'un Acte du Congrès est remise en question, et même si de sérieux doutes sur sa constitutionnalité sont levés, c'est un principe cardinal que cette Cour détermine d'abord si une interprétation du statut qui permettrait *d'éviter* la question est possible. ». On confond donc parfois cette *règle de l'évitement* avec la *théorie de l'évitement*. Rappelons simplement toutes les 7 règles de Brandeis servent à éviter de déclarer l'inconstitutionnalité ou la constitutionnalité, mais que la manière de procéder est différente.

436. Elle fut utilisée dans les affaires *Eniwa* et *Ordonnance de Hiroshima*.

437. **Affaire Eniwa.** Il s'agit ici d'un contentieux pénal. Deux fermiers dont les troupeaux étaient perturbés par les bruits d'explosion provenant d'une base militaire des Forces d'autodéfense adjacente situé dans la ville de Eniwa à Hokkaido, protestèrent à de nombreuses reprises pour que les Forces cessent leurs manœuvres. Celles-ci continuèrent et ils coupèrent les lignes téléphoniques de la base. Ils furent poursuivis sur la base de l'article 121 de la Loi sur les forces d'autodéfense prévoit que « toutes les personnes qui détruiront ou endommageront les armes, munitions, et véhicules de transport aériens que possède ou

<sup>593</sup> Voir 2§ de cette section.

<sup>594</sup> Voir section 2 paragraphe 1 de ce chapitre

<sup>595</sup> Voir Chapitre 2 section 1 de ce Titre.

utilisent les Forces d'autodéfense, et autres choses nécessaires à la défense, sera puni d'une peine jusqu'à 5 d'emprisonnement et 50.000 yens d'amende ».

438. Ils plaident non-coupable, et soulevèrent l'inconstitutionnalité de l'article et de la loi dans son ensemble par rapport à l'article 9.1 de la Constitution japonaise qui prévoit le droit de vivre en paix. La Cour de district de Sapporo jugea le 29 mars 1967<sup>596</sup> les accusés non-coupable et évita de se prononcer sur la question de Constitutionnalité en jugea que :

« Puisque nous sommes arrivés à la conclusion que les actes des défendants ne constituent aucun crime prévu à l'Article 121 de la Loi sur les Forces d'Auto-défense, nous ne devons ni ne devrions juger la question de constitutionnalité posée par les défendants ».

439. **Affaire de l'ordonnance de Hiroshima.** Une ordonnance prévoyait la demande de permission pour manifester «dans un espace public extérieur». Le défendant organisa une manifestation dans le jardin à l'entrée de la préfecture sans permission, fut poursuivi et contre-attaqua en disant que le terme «espace public extérieur» de l'ordonnance, trop vague violait l'article 21 de la Constitution. La Cour déclara le prévenu non coupable en disant que le jardin est «un espace d'usage public» mais non «un espace public extérieur». Par conséquent la manifestation ne fait pas partie du Tatbestand, c'est-à-dire des éléments de l'infraction prévu par l'ordonnance<sup>597</sup>.

440. Pour Ashibe, la n°4 permet d'éviter le *kempo handan* et ne relève pas de l'interprétation de la loi (憲法判断自体の回避), alors que la n°7, concerne de l'interprétation limitée de la constitutionnalité de la loi (合憲限定解釈). Elle se situe à la phase de l'examen constitutionnel à proprement parler »<sup>598</sup>. Précisons que dans la typologie de la DCC elle relève non pas de la question de *l'inconstitutionnalité de la norme* mais de *l'inconstitutionnalité de l'application de la norme*.<sup>599</sup>

441. Pour conclure, l'usage de cette doctrine dans *Eniwa* et *Hiroshima* a permis au juge de préserver avec adresse les intérêts du citoyen en annulant les sanctions de la ville, en préservant l'ordonnance, et du législateur en évitant de se prononcer sur la constitutionnalité de ce type de permissions<sup>600</sup>. Mais les règles 4 et 7 permettent toutes les deux au juge d'éviter de déclarer la loi ou l'ordonnance inconstitutionnelle.

<sup>596</sup> Cour de district de Sapporo, 20 mars 1967, *Eniwa ou frères Nozaki* (恵庭事件), en ligne : <http://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/92-1.html> , 1942 (Wa) 193.

<sup>597</sup> Haute-Cour de Hiroshima, 29 mai 1967, *Ordonnance de sécurité publique de la ville d'Hiroshima* (昭和三六年広島県条例第一三号集団示威運動、集団行進及び集会に関する条例違反), Keishu, Vol.24, n°7, p.434, en ligne : décision de la Cour-Suprême du 16 juillet 1970 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51788](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51788), 1967 (A) 1790, 判決 / 破棄差戻

<sup>598</sup> 芦部信喜 (ASHIBE Nobuyoshi), *憲法訴訟の理論* (Théorie du contentieux constitutionnel), 東京, 有斐閣, 1973 à la p 293.

<sup>599</sup> Voir paragraphe 3 de cette section.

<sup>600</sup> Mikihisa Takano, *The theory of avoiding decision of constitutional issues: a comparative study of judicial self-restraint in American courts and Japanese courts*, Tokyo, Japan, Shinzansha, 1992. pp.50-51

## § 2 Le standard juridique

442. Nous allons voir que par l'interprétation que le juge japonais fait de la notion d' « actes officiels », le juge étend son contrôle aux actes fixant un standard juridique, et peut donc contrôler certains actes de droit privé de l'Etat ou d'entités assimilés (a.) mais qu'il refuse par principe de contrôler l'acte juridique de l'Etat (b.).

### a. Un objet étendu aux standards juridiques

443. La Cour suprême considère que son contrôle porte sur les actes qui établissent un standard juridique et *a contrario* qu'un acte qui n'établit pas un standard juridique ne peut pas faire l'objet du contrôle de constitutionnalité. Par extension, certains actes de parties privées, exerçant des prérogatives de puissance publique et établissant de tels standards peuvent y être soumis.

444. **Normes générales : les standards juridiques.** Expression de la volonté étatique, la plus évidente d'entre elle est la **loi** (法律). Elle constitue l'objet type du contrôle de constitutionnalité dans l'ensemble des systèmes juridiques en disposant, que ce contrôle qu'il soit abstrait ou concret, *a priori* ou *a posteriori*. Dans la hiérarchie des normes, la loi ordinaire ou codifiée a une valeur infra-constitutionnelle et est susceptible d'entrer en contradiction avec les dispositions de la Constitution. Précisons simplement qu'alors que dans certains pays comme en France le contrôle peut être exercé abstraitement *a priori* sur un projet de loi, et depuis quelques années à l'occasion d'un contentieux concret grâce à l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité, il ne concerne au Japon que la loi votée et promulguée. Depuis 1947, le juge japonais a déclaré l'inconstitutionnalité de normes législatives à huit reprises.

445. En ce qui concerne les **traités**, les positions doctrinales les plus passivistes ont pu considérer qu'ils ne pouvaient faire l'objet du contrôle de constitutionnalité puisqu'ils ne sont mentionnés ni à l'article 81 ni à l'article 98.1 de la Constitution japonaise, et que l'article 98.2 mentionne simplement qu'ils doivent être scrupuleusement observés. La doctrine majoritaire suit la *théorie de la supériorité de la Constitution sur les traités* (条約と憲法優位説) et considère qu'ils sont susceptibles d'être contrôlés dès lors qu'ils sont assimilés à la loi ou concrétisés par la loi dans l'ordre juridique interne, en distinguant les cas où le traité est sans ou avec applicabilité directe. Dans le premier cas, la cour attendra que des lois ou ordonnances viennent introduire le traité dans l'ordre juridique japonais, dans le second cas, le traité est assimilé à une loi et la Cour peut l'examiner directement.

446. Le contrôle des **ordonnances** (命令) ne pose pas de problème spécifique. On distingue selon leur auteur : les ordonnances du Premier ministre (府令), ordonnances gouvernementales (内閣府令), les ordonnances ministérielles (省令), les règlements locaux (条例).

447. **Normes mixtes.** En revanche l'expression « **autres actes de gouvernement** » n'est pas claire. Résumant la position de la Cour suprême, Ito rappelle tout d'abord que les « autres actes de gouvernement » ne sont pas l'ensemble des actes de l'Etat, mais des actes qui, comme la loi, les ordonnances ou les rescrits impériaux établissent des normes juridiques qui constituent les parties de l'ordre juridique positif du pays. Au plus faible niveau cet ordre, la Cour a choisi d'inclure dans les autres actes de gouvernement les **dispositions administratives** et les **jugements** en leur reconnaissant en plus de leur

nature d'*acte particulier* un caractère d'*acte général*<sup>601</sup>. Ce sont en quelque sorte des actes mixtes qui, par les mesures particulières qu'ils prévoient, créent des normes juridiques générales.

b. **Le refus de prendre en compte les actes de droit privé de l'Etat**

448. On entend par acte juridique contrat, legs, dons. Ils sont issus pour la doctrine japonaise qui se réfère encore aujourd'hui aux travaux de Savigny d'un acte de volonté. Cette volonté ne peut être exercée et éventuellement opposée à son auteur que parce qu'elle est autonome et libre. Leur régime juridique est prévu dans la partie générale du Code civil japonais, et est inspiré des *Rechtsgeschäft* allemand : ce sont des actes visant un but juridique spécifique, c'est-à-dire qui visent à obtenir, abandonner ou modifier un droit et qui peut être garanti par le système juridique. Les sujets de droit, les objets de droit ainsi que leurs relations respectives émergent d'actes juridiques.

449. **Décision de la Cour suprême dans la jurisprudence Hyakuri**<sup>602</sup>. A la suite de la décision de la Cour d'appel de Tokyo, Ishizuka saisit par appel Jokoku la 3<sup>ème</sup> chambre de la Cour suprême. L'un de ses arguments visait à inclure le contrat de l'Etat dans le champ des « actes de gouvernement » prévu par l'article 98.1 de la Constitution, et d'arguer de son inconstitutionnalité au regard du Préambule et de l'article 9 de la Constitution. Tout d'abord, le juge limita le champ d'application de l'article 98.1 :

“L'article 98.1 de la Constitution ne s'applique pas aux actes de l'Etat de droit privé. Cela ne signifie pas toutefois, que tous les actes que l'Etat exerce en droit privé sont les mêmes que ceux des personnes privées et ne sont pas sujet à la régulation constitutionnelle. L'étendue de celle-ci n'est pas une question qui peut être tranchée par l'article 98.1, mais une question qui doit être examinée à la lumière de la Constitution dans son ensemble, afin de déterminer son étendue et à qui elle s'applique. (...) Toutefois au regard de l'étendue de la régulation constitutionnelle, nous ne devons oublier que même lorsqu'un acte privé viole la constitution, il n'est pas immédiatement annulé en droit privé. D'un côté, il existe un besoin d'éliminer les effets des actes inconstitutionnels de l'Etat. D'un autre côté, le principe de gouvernance privé est reconnu au regard des actes de droit privé, et **il doit être fait preuve de prudence** à moins que les droits et intérêts créés par les actes de droit privé sont atteints pour des raisons non prévues par les parties privées. Du point de vue de la sécurité des transactions, il est nécessaire d'affirmer leur validité en droit privé. Les jugements sur les actes de droit privé sont faits en prenant en compte ces considérations (...) »

450. Il ainsi est tout d'abord possible pour le juge de contrôler l'acte d'une entité privée agissant en forme d'entité publique, comme la **doctrine de l'action d'Etat** (国家同視説 ou ステート・アクションの法理) le permet sous certaines conditions. Tout d'abord, en cas de location d'un espace public par exemple si une discrimination est faite par un restaurateur privé au sein d'un établissement public. Ensuite, en cas de privilège ou d'autorité spéciale : si une entreprise en situation de monopole discrimine ses employés. Egalement en cas d'aide fiscale ou d'exemption de taxe et enfin si l'Etat a été particulièrement impliqué. Cette doctrine est mentionnée très clairement par la Cour suprême mais n'a à notre connaissance jamais été appliquée.

451. A l'inverse, l'Etat qui agirait en forme de partie privée n'est par *principe* pas susceptible de voir ses actes faire l'objet d'un examen en constitutionnalité même si Ito Masaami

<sup>601</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 7 juillet 1948, *Shimizu ou vol de courrier* (清水局事件), Keishu, Vol. 2, n°8, p.801, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56406](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56406), 1947 (Re) 188, 判決 / 棄却.

<sup>602</sup> Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, 20 juin 1989, *Base militaire de Hyakuri* (百里基地事件), Minshu Vol. 43, n°6, p.385, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=94](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=94), 1982 (O) 164.



considère que les actes particuliers directement conclus pour mener à bien un tel objectif ne peuvent pas « échapper à la contrainte constitutionnelle »<sup>603</sup>. De fait, sans que le critère soit clairement défini, si ce n'est l'importance que le juge accorde au droit constitutionnel revendiqué, la constitutionnalité de la rémunération et l'obole versée à des prêtres par un exécutif local a été examinée et jugée constitutionnelle par le juge, sans référence à l'article 81 ou 98 de la Constitution (cf. affaire Jinchinsai).

452. La Cour jugea ensuite que ce contrat ne faisait pas partie des « autres actes de gouvernement » prévus par l'article 98.1 de la Constitution, car « bien que le Contrat de Vente soit un acte de l'Etat, c'est clairement un acte conclu sous le régime du droit privé, et qui ne crée pas des normes juridiques (entendues comme acte de l'Etat dans l'exercice du pouvoir public qui établit des standards juridiques comme la loi, le règlement) »<sup>604</sup>. Comment la Cour définit-elle cette nature de pur droit privé ? C'est un acte de droit privé dès lors que l'Etat agit en forme de partie privée, dès qu'il a agi sur un « pied d'égalité et non comme partie gouvernante », « sans circonstances spéciales dans lesquelles la procédure contractuelle ou son contenu sont substantiellement équivalent à un exercice du pouvoir public ».<sup>605</sup> Pour résumer, le contrat de l'Etat est-il une norme-objet prévue par la norme-attribution ? La réponse est non, car il n'a pas créé de standard juridique.

453. Ce qui est probablement le plus remarquable dans cette décision, c'est la césure conceptuelle opérée par le juge entre l'*ordre normatif de droit privé* sur lequel porte le contrôle de la légalité et l'*ordre normatif de droit public* sur lequel porte le contrôle de constitutionnalité. Ces ordres mobilisent chez le juge japonais des valeurs/principes différents.

454. Du côté des valeurs de droit public aussi nommés normes de la Gouvernance d'Etat et matérialisées par l'article 9 de la Constitution, on trouve « le principe de paix internationale, la renonciation à la guerre, et le non-maintien du potentiel de guerre ». Mais le juge se situe au niveau du procès en légalité, il mobilise donc les valeurs de droit privé ou normes de Gouvernance privée parmi lesquelles, il inclut « le principe d'autogouvernance, bonne foi dans les contrats et sécurité des transactions ». Grace à l'article 90 du Code civil qui permet d'annuler le contrat comme contraire à l'ordre public ou selon ses termes lorsqu'il est « socialement inacceptable ». La Cour exclue donc les *valeurs de droit public* garanties par la Constitution de l'*ordre public* garanti par le code civil et procède au contrôle de la légalité : prenant le pouls de la société japonaise à l'époque le juge considère que ce type de contrat de vente établi en 1958 ne dépassait pas la limite socialement acceptée, et qu'il était admis que l'Etat puisse conclure des contrats privés pour construire des bases d'autodéfense :<sup>606</sup>

<sup>603</sup> Note : A supposer que la Cour suive cette interprétation, est-ce que dans ce cas la preuve de cet objectif doit être apportée par le plaignant, ou son absence par l'administration ?

<sup>604</sup> Affaire Hyakuri « Le contrat de vente a pris la forme d'un contrat de droit privé, dans sa substance, il s'agissait d'un contrat parmi une série de contrats de vente que l'Etat a conclu après négociation avec les propriétaires fonciers dans la zone souhaitée pour la construction, en prenant en compte leur circonstances particulières et agissant sur un pied d'égalité avec des personnes purement privées sans l'exercice du pouvoir public. Aucune circonstance particulière n'est à relever. Par conséquent le contrat de vente est un acte de transaction de propriété effectué selon les principes d'autogouvernance, il n'y a pas de place pour appliquer l'article 9 de la Constitution directement. »

<sup>605</sup> « Même si les actes en question sont conclus par l'Etat, seul le Droit privé dont le but est d'équilibrer équitablement les intérêts des personnes privées est applicable aux contrats de droit privé que l'Etat conclut individuellement avec des personnes privées, lorsqu'il agit sur un pied d'égalité avec ces personnes et non comme une entité gouvernante (par exemple les contrats pour se procurer les biens nécessaires aux fonctions du Gouvernement, pour acquérir des terrains pour des établissements publics, ou pour vendre des propriétés nationales), dès lors qu'il n'y a pas de circonstances spéciales ou la procédure contractuelle ou son contenu sont substantiellement équivalent à un exercice du pouvoir public Voir également Supreme Court Case (O) No. 32 of 1968; judgment of the Grand Bench of December 12, 1973 (Minshu Vol. 27, No. 11, p. 1536).

<sup>606</sup> « La question de savoir si le contrat de vente, qui a été conclu avec l'objectif ou le motif de construire une base militaire est invalide comme contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs peut seulement être décidé sur la base d'un jugement relatif au contrat de vente dans son ensemble, (est-il) si antisocial qu'il devrait être invalidé par l'ordre de valeur de Droit privé. En

« La loi sur les forces d'autodéfense et la Loi sur l'établissement des agences de défense ont été votées en Juin 1954 sur l'interprétation (législative) selon laquelle l'article 9 de la Constitution dans sa signification ou contenu n'empêche pas les mesures d'autodéfense ou le maintien de forces armées dans ce but, et les forces d'autodéfense sont une organisation établie dans ce but. Il ne peut pas être dit que dans l'ordre de valeur de Droit privé, quand le contrat de vente fut établi en 1958, il existait dans la société une reconnaissance générale établie qu'un contrat de vente ou tout autre acte privé conclu entre l'Etat et une personne privée afin de maintenir des forces d'autodéfenses soit un acte antisocial. Par conséquent, il ne peut être dit que le Contrat de vente est invalide en Droit privé car il a été conclu avec l'objectif ou le motif de construire une base d'autodéfense. De plus, puisque la paix revendiquée par les appelants en termes de pacifisme ou de droit de vivre en paix est un concept abstrait qui existe comme idéal ou comme but, il ne forme pas en lui-même, et séparément à l'article 9 de la Constitution, une partie de l' » ordre public » prévu par l'article 90 du Code civil. Il ne peut pas servir de critère pour juger de l'effet d'un acte de droit privé. »

### § 3 Inconstitutionnalité de l'acte ou de l'application de l'acte (法令違憲 / 適用違憲)

#### a. Terminologie

455. Une césure importante dans la pratique constitutionnelle japonaise consiste à séparer l'inconstitutionnalité de la norme, de l'inconstitutionnalité de l'application de la norme. Nous allons présenter les définitions principales (a.) et les illustrer par leur application. Le premier état/méthode se nomme **Horei Iken** (法令違憲) et concerne le jugement de la constitutionnalité des dispositions des lois et règlements. Lorsque le juge déclare leur inconstitutionnalité, il dénie leur effet. Le **Tekiyō iken** (適用違憲) est l'état/méthode de jugement de l'application des lois et règlements. Le juge ne sanctionne pas la norme d'inconstitutionnalité mais prévient que certaines de ses applications sont inconstitutionnelles.

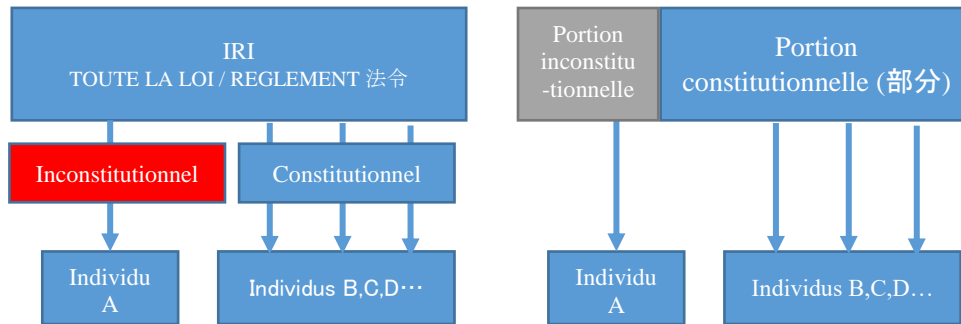
456. Pour le Professeur Nonoka, le *Horei Iken* permet au juge de dire « qu'il n'y a pas d'application constitutionnelle possible de la loi »<sup>607</sup>. On ne peut la sauver d'aucune manière, l'ensemble de la norme-objet est déclaré inconstitutionnelle, toute la loi tombe. Nous venons d'expliquer qu'il y a une différence entre l'inconstitutionnalité de *l'acte* et de son *application*, et ce qui peut paraître étrange d'après la doctrine japonaise est l'inconstitutionnalité de *l'acte* semble être définie par ses conditions *d'application*. Il faut comprendre que le juge ne va *jamais* aller directement examiner l'inconstitutionnalité d'une disposition de la loi ou du règlement, il va toujours essayer de lui trouver une application constitutionnelle. C'est un raisonnement logique lorsque l'on pense que le but du contrôle de constitutionnalité n'est pas de purger le système juridique des normes inconstitutionnelles mais au mieux de déclarer leur validité, éventuellement leur invalidité et au pire leur inconstitutionnalité.

457. Cette inconstitutionnalité de l'application est divisée par Ashibe en trois sous catégories. On distingue d'abord selon que l'on puisse procéder à une interprétation constitutionnelle restrictive de l'application de loi en se concentrant sur une portion de la loi (合憲限定解釈. 可能型. 適用違憲, notons IRP), ou que l'interprétation constitutionnelle restrictive d'une

d'autres termes, les normes de la Gouvernance d'Etat que sont le principe de paix internationale, la renonciation à la guerre, et le non-maintien du potentiel de guerre qui sont proclamés par l'article 9 ont un caractère public qui n'est pas lié à l'ordre de valeur de Droit privé. Dans l'ordre de valeur de Droit privé, elles ne forment pas la substance de l'« ordre public » visé par l'article 90 du Code civil, ni n'ont pour effet d'invalider catégoriellement les actes de droit privé qui leur sont contraires. Elles font parti de la substance de l'« ordre public », et ne sont pas absolues mais relatives aux normes de Droit privé établies dans l'ordre de valeur de Droit privé, tel que le principe d'auto-gouvernance (note : autonomie privé), bonne foi dans les contrats et sécurité des transactions. Par conséquent, dans l'ordre de valeur de Droit privé, le critère pour juger de l'effet d'un acte de Droit privé devrait être de savoir s'il existe dans la société une reconnaissance général qu'un tel acte est inadmissible antisocial ».

<sup>607</sup> (野坂泰司「憲法判断の方法」大石眞 石川健治『憲法の争点』有斐閣 2008年 286頁

portion de la loi soit impossible (合憲限定解釈. 不可能.型適用違憲, notons IRI). On schématise au Japon le problème de la manière suivante :



458. Il existe ensuite le **Shobun iken** (処分違憲) qui est une méthode de jugement de la disposition administrative prise en application des lois et règlement. Le juge n'examine ni la loi ni le règlement, mais l'exercice de l'autorité publique qu'ils permettent. Et pour finir le **Un'yō iken** (運用違憲) qui concerne l'exercice des lois et règlements qui ont été déclaré inconstitutionnels, et que le législateur n'a pas annulé, et qu'il continue d'utiliser. Le juge exclu leur application à l'affaire.

b. **Jurisprudence**

459. L'IRI et l'IRP furent principalement utilisées dans le contentieux relatif au droit de manifester<sup>608</sup>. L'IRI fut utilisée dans l'affaire *Sarufutsu I* (猿払事件)<sup>609</sup> et l'IRP dans une affaire similaire, l'affaire *Pancarte contre le gouvernement Sato I*<sup>610</sup>. Il s'agit de deux cas relatifs relatifs à la liberté de conduire des activités politiques pour les fonctionnaires ou le juge se voit présenté le problème de la constitutionnalité des sanctions pénales contre des fonctionnaires non cadres. Dans les deux cas, le juge évite de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi. A cette époque, la poste était publique et le régime des fonctionnaires dépendait de la Loi sur les fonctionnaires publics (国会公務員法)<sup>611</sup> et de L'acte d'Ethique (人事院規則)<sup>612</sup>.

<sup>608</sup> On peut trouver d'autres exemples de ces usages dans les affaires *Ienaga II*, et *Confiscation des bien d'un tiers*.

<sup>609</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 6 novembre 1974, *Sarufutsu III* ou pénalisation des actes de manifestations des fonctionnaires (猿払事件, 国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol.28, n°9, p.393, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=51800](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51800), 1969 (A) 1501, 判決 / 破棄自判. Cour de district d'Ashikawa, 25 mars 1968, *Sarufutsu I*.

<sup>610</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 23 décembre 1980, *Affaire de la Pancarte contre le Gouvernement Sato* (公務員の政治的 行為と懲戒処分 プラカード事件), Minshu, Vol.34, n°7, p.959, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53233](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53233), 1974 (Gyo-tsu) 4, 判決 / 破棄自判. A ne pas confondre avec l'affaire *Pancarte* par les règles de l'Empereur de 1948. (Cour de district 1/11/1971, Haute-Cour 19/9/1973).

<sup>611</sup> Pour le détail des dispositions problématiques. L'Article 82 de la Loi sur les fonctionnaires prévoyait que : « Dans le cas où la conduite d'un fonctionnaire tombe sous le coup d'un des items suivants, il est possible de prendre un shobun d'exclusion, suspension, réduction du salaire ou avertissement en tant que mesure disciplinaire : 1° dans le cas de la violation de cet acte ou de l'Acte du service public national, 2° en cas de violation ou de négligence de ses obligations, 3° en cas d'acte délictueux ». L'article 102 que : "Les fonctionnaires ne doivent pas solliciter, recevoir ou être intéressés à solliciter ou recevoir une quelconque souscription ou autre avantage pour un parti politique ou un but politique, ni se livrer à des actes politiques tels que prévus par les règles de l'Autorité nationale du personnel autres que l'exercice de son droit de vote." L'article 110.1.19 prévoit que : "(1) Toute personne qui tombe sous l'un des éléments suivants sera punie d'une peine d'emprisonnement d'au plus trois ans ou d'une amende d'au plus 100 000 yens: (xix) toute personne qui a violé les restrictions aux actes politiques prévues à l'article 102, paragraphe (1)."

<sup>612</sup> L'acte d'éthique interdit dans son l'art.14.7 de prendre part à une activité politique et il est stipulé que cette interdiction s'applique en dehors des heures de travail. L'activité politique étant définie comme « utiliser des documents avec des visées politiques ».

460. **Affaire Pancarte contre le gouvernement Sato I du 1 Novembre 1976.** Un postier qui participa en dehors de ses heures de travail, un dimanche, à une manifestation organisée par le syndicat des travailleurs japonais dans le parc de Yoyogi au cœur de Tokyo, et scanda « démission pour le gouvernement Sato pour son invasion du Vietnam » pendant 30 minutes avec des pancartes. Le Chef des services postaux sanctionna le fonctionnaire sur la base de l'article 102.1<sup>613</sup> de la Loi sur le service civil National.
461. Le postier fit un recours gracieux auprès de l'Autorité Nationale du personnel, qui refusa de lever la sanction. Il entama, avec le syndicat des travailleurs, une procédure contentieuse en considérant que ces dispositions, permettant de sanctionner un fonctionnaire non cadre n'utilisant pas les bâtiments publics et en dehors des heures de travail étaient contraires à l'article 21 de la Constitution protégeant la liberté d'expression. Il argua également qu'il n'était pas possible de séparer son acte individuel des actes de l'ensemble du syndicat, qu'il était le seul à avoir été sanctionné et que cela était contraire à la clause d'égalité de l'article 14 de la Constitution. Le dernier argument, original, était fondé sur l'article 97 de la Constitution imposait aux fonctionnaires de défendre celle-ci, et que s'opposer à la guerre du Vietnam était une défense des idéaux pacifistes de la Constitution. Le terrain était donc particulièrement miné pour le juge. La Cour de district et la Haute-Cour annulèrent la sanction mais pour des motifs différents. La Cour de district utilisa IRP en considéra que le défendant, le directeur des postes, avait fait une application inconstitutionnelle des règles de *L'Acte d'éthique* qui ne visait que les cadres qui utiliseraient de leur outil de travail là des fins politiques.
462. Au contraire dans l'affaire *Sarufutsu I*<sup>614</sup>, un fonctionnaire qui était secrétaire général d'un syndicat, mais simplement postier colla des affiches en dehors de ses heures de travail pour le parti socialiste sur les espaces d'affichage public désignés à cet effet, fut sanctionné par son supérieur. Le juge ici vérifia s'il était possible d'appliquer l'acte au plaignant. En ce qui concerne la **Loi sur les fonctionnaires publics**, l'article 110.1 concerne « toute personne », cet article renvoi à l'article 102.1 qui concerne les « fonctionnaires qui se livrent à des activités politiques », et ces activités politiques sont définies par **L'Acte d'éthique**. Ce dernier avait pour but de s'appliquer aux cadres abusant de leur outil de travail (locaux etc...). La Cour jugea qu'« en l'espèce le fonctionnaire n'est pas cadre, il a pour fonction de conduire un « travail mécanique »<sup>615</sup>, il n'a pas utilisé les installations publiques et n'a pas eu intention de porter atteinte à sa fonction en dehors de ses heures de travail, tout ceci ainsi que les activités du syndicat ne peuvent se voir appliquer les règles 14-7 de l'Acte d'éthique ». Et en ce qui concerne la Loi sur les fonctionnaires, elle est applicable, mais il est impossible d'interpréter les dispositions de l'article 110 séparément/restrictivement des dispositions de l'article 102. Cette application qui conduirait à de fortes amendes ou à l'emprisonnement dépasse les limites du raisonnable.
463. En revanche, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sarufutsu III* est célèbre pour avoir « directement déclaré la constitutionnalité de dispositions pénales et discuté de leur applicabilité par rapport aux actes politiques des fonctionnaires nationaux. La Cour a jugé que le fait d'afficher ou de distribuer des documents ayant pour but politique de soutenir un parti politique particulier violait les dispositions pénales et que l'application d'une sanction pénale à un tel acte ne violait pas la Constitution, même si les documents en question étaient

<sup>613</sup> Anciennement art. 82.1 et 82.3.

<sup>614</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 6 novembre 1974, *Sarufutsu III ou pénalisation des actes de manifestations des fonctionnaires* (猿払事件, 国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol.28, n°9, p.393, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=51800](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51800), 1969 (A) 1501, 判決 / 破棄自判. Cour de district d'Ashikawa, 25 mars 1968, *Sarufutsu I*. Matsui, supra note 100 à la p 77. p.168, p. 201

<sup>615</sup> Manutention, travail basique, travail à la chaîne... 機械労働

exécutés par un fonctionnaire non clérical et non gestionnaire dont le travail consistait uniquement à fournir un travail de routine et où cet agent public accomplissait cet acte en dehors des heures de service, sans recourir à une installation nationale et sans profiter de ses services, ou avoir l'intention de nuire à sa fonction et dans le cadre des activités d'un syndicat »<sup>616</sup>.

---

<sup>616</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 7 décembre 2012, *Distribution de tracts* (国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol. 66, n°12, p.1722, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1180](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1180), 2010 (A) 957, 判決 / 棄却. Voir le résumé du juge CHIBA.

## SECTION 2 - FORMULES ET EFFETS DU JUGEMENT

464. Nous allons présenter les doctrines de l'effet du jugement d'inconstitutionnalité (§1) et des formules du jugement de la sévance (§2) et celle plus particulière à la doctrine japonaise qu'Higuchi a proposé de nommer « la sentence de circonstance » (§3).

## § 1 L'effet du jugement (判決の効力)

465. On peut lire l'article 98.1 de la Constitution de deux manières différentes : la déclaration d'inconstitutionnalité ou de constitutionnalité à un effet général sur la norme objet. Elle engendre la nullité au-delà du cas particulier, une nullité générale et rétroactive<sup>617</sup>. On appelle cette lecture « doctrine de l'effet général ». On peut au contraire lire l'article 98.1 dans le cadre structurel du système de contrôle incident de constitutionnalité et considérer que l'effet du jugement se limite au cas présenté devant le juge. Au Japon la doctrine est majoritairement en faveur de l'effet individuel, mais le débat perdure, et une troisième possibilité est évoquée, celle du mandat légal.

466. Nous allons expliquer le cadre procédural dans lequel ce débat s'inscrit (a.), puis les arguments en faveur ou défaveur de ces trois doctrines de l'effet général, individuel ou du mandat légal (b.), puis nous verrons ce que dit le juge japonais (c.). En ligne de fond, nous montrerons que le corpus doctrinal du droit administratif vient limiter le déploiement d'un contrôle efficace de constitutionnalité.

a. Le cadre procédural du jeu entre juges du fond, Cour suprême et législateur

467. Lorsque juges du fond procèdent à une déclaration d'inconstitutionnalité, il est possible de faire appel de cette décision pour confirmation de la décision par la Cour suprême. Lorsqu'il y a renvoi devant la Cour suprême, la Constitution prévoit qu'elle est le juge d'appel final, et l'article 4 de la LOC que sa décision devra être suivie.

468. Or, l'appel à la Cour suprême n'est pas obligatoire. Ainsi certains cas peuvent être décidés sans que la Cour suprême n'ait pu se prononcer ou après qu'elle se soit prononcée dans une affaire similaire. En dehors des dispositions de l'article 4 de la LOC, le principe du *stare decisis* n'est pas reconnu au Japon qui est un pays de procédure romaniste, il y a donc un risque d'avoir plusieurs d'interprétations différentes d'une même règle<sup>618</sup>. Sur ce point la doctrine est divisée, Sato poussant pour la reconnaissance du principe de *Stare decisis*, Higuchi s'y opposant fermement<sup>619</sup>.

469. Puisque la décision théorique d'annuler la loi des juges du fond est susceptible d'être renversée par la Cour Suprême (et soyons clair, elle l'est quasiment tout le temps), on explique qu'il est facile de comprendre les difficultés qu'engendreraient ces annulations et rétablissements successifs. Cela implique deux conséquences. Tout d'abord, il est utile de circonscrire la décision du juge au cas concret, de simplement écarter la loi. Appelons cette situation la *déconnexion entre l'inconstitutionnalité et l'annulation*. Deuxièmement, si la décision du juge du fond pose un problème, il faut remonter à l'étage de la Cour suprême puisque c'est la Cour d'appel finale. L'argument selon lequel il est nécessaire d'attendre une confirmation ultérieure d'une autorité supérieure pour pouvoir procéder à l'annulation ne

<sup>617</sup> 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), « 判決の効力 (L'effet du jugement) » dans *講座憲法訴訟 (Cours de contentieux constitutionnel)*, 3, 2012, 109-138 aux pp 116-117.

<sup>618</sup> Matsui, supra note 100 à la p 23; Hiroshi Itoh, « The Role of Precedent at Japan's Supreme Court » (2011) 88:6 Washington University Law Review 1631-1667.

<sup>619</sup> Notons qu'aux États-Unis le juge Clarence Thomas ne croit tout simplement pas au principe du *Stare Decisis*. <https://www.nytimes.com/2014/02/25/us/another-test-of-precedent-no-not-thomass-silence.html>

tient pas en théorie. En fait si : à la différence des États-Unis ou de l'Allemagne, on considère que le juge n'a pas par principe le pouvoir d'annuler lui-même la loi.

470. La Cour suprême doit envoyer une copie du jugement au Parlement (art.14 de la LOC) dont c'est la responsabilité d'annuler ou d'amender la loi.<sup>620</sup> La Constitution prévoit dans son article 41 que « la Diète est l'organe suprême du pouvoir d'État, et le seul organe légiférant de l'État » et dans son article 73 que « le cabinet, en sus de ses fonctions d'administration générale, est chargé des tâches suivantes : Appliquer fidèlement la loi et gérer les affaires de l'État (...) ». Il s'agit respectivement d'une simple règle de procédure administrative et de dispositions constitutionnelles auxquelles on accorde un poids différent : fondamental pour l'article 41, au pouvoir persuasif et contraignant, douteux pour l'article 73.

471. En effet, tout d'abord, il faut compter sur le *bon vouloir* des autorités pour tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité, annuler la loi, et ensuite, si le législateur décide de ne pas annuler la loi, ce qui n'est pas un cas d'école, de compter sur cette même « fidélité » de l'administration pour au moins ne pas appliquer la disposition légale sanctionnée. Le refus d'annuler par le législateur et la non application par l'administration n'est pas un problème théorique : c'est ce qui s'est passé dans la décision sur le *Parricide* sur laquelle nous reviendrons. Dans l'affaire *Vote à domicile*,<sup>621</sup> la Cour examina différemment le refus de légiférer après avoir supprimé les dispositions relatives au droit de vote à domicile et « oublié » d'en réintroduire de nouvelles. Appelons cette situation *les limites légales au pouvoir d'annulation*.

472. Ce que nous retenons à ce stade, c'est qu'au Japon tous les juges disposent du pouvoir de contrôler la constitutionnalité, et que tout est fait pour repousser l'annulation de la loi à une autorité supérieure. Les règles du jeu présentées, voyons à présent les doctrines relatives à l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour suprême<sup>622</sup>.

#### b. **Règles doctrinales : l'effet individuel, général et du mandat légal de la décision**

473. Parmi les trois doctrines de l'effet du jugement, les arguments en faveur de l'effet individuel servent à délégitimer l'effet général et vice-versa. Nous les présentons selon la classification de Nonaka.

474. **La doctrine de l'effet individuel** (個別的効力説). Cette doctrine considère que dans le système de contrôle incident de constitutionnalité japonais, il est raisonnable de considérer que l'effet du jugement d'inconstitutionnalité soit limité au cas concret «.

475. Les deux arguments principaux en faveur de cette doctrine sont les suivants : tout d'abord le choix du système de contrôle incident soutient que le contrôle de constitutionnalité n'est nécessaire que pour la résolution du litige ordinaire et que donc l'effet du jugement doit être interprété comme se limitant au problème présenté devant le juge. Ensuite, invalider la loi en général est considéré comme une sorte d'action législative négative qui dépasse les limites de juridiction pour s'avancer dans le domaine législatif. Ce type d'effet ne pourrait être admis que si le Japon disposait d'une Cour constitutionnelle, et on doit considérer que cette supériorité du pouvoir judiciaire n'est pas permise par la Constitution

<sup>620</sup> Matsui, supra note 100 à la p 145 ; 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), supra note 662 à la p 124.

<sup>621</sup> Cour Suprême 1ère chambre, 21 novembre 1985, *Abolition du système de vote à domicile* (在宅投票制度廃止事件), Minshu, Vol.39, No.7, at 1512, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=80](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=80), 1978 (O) 1240, 判決 / 棄却.

<sup>622</sup> 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), supra note 662.

476. On établit un lien logique de contingence entre la déclaration d'inconstitutionnalité, la nullité, et l'effet du jugement en ce sens qu'aucun de ces éléments n'est nécessaire aux autres.
477. L'argument principal contredisant cette doctrine de l'effet individuel est qu'aux États-Unis, dans un système de contrôle incident de constitutionnalité qui a plus qu'inspiré le système japonais, il n'y a pas de problème à admettre la fonction de législateur négatif, ni l'effet général de l'annulation et au-delà la primauté de la Cour suprême dans l'interprétation juridique de la Constitution.
478. **La doctrine de l'effet général** (一般的効力説). Pour cette doctrine la norme-objet perd son effet au-delà du cas présenté au juge<sup>623</sup>. Il y a en général deux arguments : on défend que l'article 98.1 de la Constitution prévoit que la norme objet jugée inconstitutionnelle ne peut pas avoir d'effet légal ou de force de validité, et que comme l'article 81 prévoit que la Cour suprême est le juge final de l'inconstitutionnalité, la norme-objet est naturellement invalide.
479. On établit un lien logique de *nécessité* entre la déclaration d'inconstitutionnalité, la nullité et l'effet du jugement. L'inconstitutionnalité implique la nullité et cette nullité implique que l'effet du jugement soit le plus large possible.
480. En soutien de cette doctrine et en attaque de la précédente, on argue que reconnaître le seul effet individuel conduit à rendre la loi invalide dans certains cas et valide dans d'autres, ce qui est contraire au principe de « stabilité juridique » et à la clause d'égalité de l'article 14 de la Constitution<sup>624</sup>.
481. A l'inverse, les défenseurs de l'effet individuel expliquent que prévoir une annulation *ab initio* de la loi, une nullité absolue, entrainera une plus grande instabilité juridique puisque l'ensemble des actes conduits sous le régime de la loi annulée seront menacés. Ils expliquent également que l'article 41 de la Constitution qui prévoit que « la Diète est l'organe suprême du pouvoir d'État, et le seul organe légiférant de l'État » s'oppose à l'octroi d'une fonction de législateur négatif au juge et qu'à la différence des États-Unis où les matières sur lesquelles le Congrès peut intervenir sont énumérées, l'article 41 de la Constitution japonaise accorde un pouvoir illimité au Parlement (le pouvoir exécutif étant par ailleurs délégué du pouvoir législatif).
482. Ils soutiennent enfin que l'article 98.1 de la Constitution n'est pas dans le chapitre consacré au pouvoir judiciaire, mais dans un chapitre distinct qui concerne les trois pouvoirs et que par conséquent il n'est pas logique de confier ce pouvoir au seul juge. On oppose que cette disposition n'existe pas dans le système américain où la conséquence de nullité d'une déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas mentionnée.
483. **La doctrine du mandat légal** (法律委任説). Il s'agit d'une doctrine qui essaie d'établir un point d'équilibre entre les deux doctrines précédentes et qui évite la lecture contradictoire des dispositions de la Constitution portant sur la relation entre le pouvoir exécutif (art.65 de la Constitution), le pouvoir législatif (art. 41 de la Constitution) et le pouvoir judiciaire (art. 76 de la Constitution). On regarde uniquement l'article 76, et observe qu'il n'y est pas interdit de mettre en place un système de cour constitutionnelle. Comment ? Par *mandat légal*, c'est-à-dire que le législateur peut intervenir pour créer ce dispositif. Cette position était défendue notamment par le juge Ito qui considérait que la Cour suprême était surchargée par le contentieux ordinaire, et qu'il serait utile de créer une Cour ou section dédiée au contentieux constitutionnel qui pourrait intervenir sur le litige abstrait, c'est-à-dire en dehors du système

<sup>623</sup> Cela ne veut pas dire qu'elle est totalement invalidée, nous y reviendrons.

<sup>624</sup> 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), *supra* note 662 aux pp 113-114.



de contrôle incident. Rappelons que Higuchi ayant pendant longtemps été défenseur de cette position, est depuis quelques années revenu sur celle-ci : les chances qu'une telle réforme aboutisse sont proches du néant et il pense que si une solution doit venir, ce sera par l'influence des juges du fond. D'autres professeurs sont plus radicaux et considèrent tout simplement que les périodes d'ouverture, de dynamisme de la Cour suprême et des juges japonais correspondent au période de changement de majorité politique, et que tant que le parti majoritaire gardera les clefs du pouvoir, rien ne changera.

484. Nonaka considère qu'il est inutile de trop s'attarder sur ce point tant que le système n'est pas en place et qu'il s'agirait d'une révision de la Constitution ou tout du moins de la pratique Constitutionnelle, ce que n'autorise pas la Constitution. Nous opposerons à Nonaka que la LOC fonctionne ainsi sans que cela semble poser de problème à la DCC.

485. Pour conclure, les supporters de chaque doctrine tendent à faire des concessions : les partisans de l'*effet général* limitent le principe de nullité à ses effets à venir et admettent les problèmes que poseraient une annulation rétroactive ; les défenseurs de l'effet individuel admettent qu'attendre au-delà du juge une réponse des autorités revient au fond à attendre un *effet général*.

486. Que nous dit le juge ? Le juge prend en général position pour l'effet individuel, et dans son opinion complémentaire à la décision *Hyakuri*, le juge Ito présente un autre argument que nous allons appeler pour son principe *l'équivalence des voies d'annulation* et dans sa méthode *la réduction de l'état d'inconstitutionnalité à l'erreur grave*, qui subsume en quelque sorte le problème de la constitutionnalité dans les doctrines de procédure administrative.

487. Pour le principe, si l'on suit Ito, l'article 98 de la Constitution se lit comme suit :

« La *suprématie de la constitution* fait de la Constitution « la loi nationale qui dispose de la plus grande **validité formelle** », c'est-à-dire qu'elle sert à produire les items listés, « qui sont des **actes de l'Etat dans l'exercice du pouvoir public** qui établissent **des standards juridiques** ». Et enfin « qu' » un item manque de la force intrinsèque en faisant un standard juridique  **dans la mesure**  où il est inconstitutionnel ». <sup>625</sup>

488. Il faut lire entre les lignes : ce que dit Ito de l'article 98.1 de la Constitution, c'est que la suprématie de la constitution est seulement une suprématie formelle, que son rôle est un rôle de production de la norme, et que l'Etat a les moyens de cette production normative générale (les standards juridiques). Le contrôle du juge porte par principe sur ces standards. Ensuite ce que dit Ito, c'est que *l'inconstitutionnalité atteint la «force intrinsèque» de ces standards juridiques*, mais que ce n'est pas parce que cette force intrinsèque est atteinte que l'acte d'où est issu la norme doit être annulé. Il donne l'exemple suivant : « une disposition administrative est déclaré nulle en cas d'erreur grave et manifeste <sup>626</sup>, mais si l'inconstitutionnalité est grave, elle ne constitue pas une erreur manifeste, car elle dépend de l'interprétation de la Constitution » <sup>627</sup>. Cela signifie également qu'il peut être annulé pour

<sup>625</sup> « any other legal form or part thereof which violates the Constitution, to the extent that it does so, lacks intrinsic force as a legal standard ».

<sup>626</sup> C'est-à-dire celle qui ne fait aucun doute pour un *esprit raisonnable*.

<sup>627</sup> Opinion complémentaire à la décision *Hyakuri* : "If, as stated above, Article 98, Paragraph 1 defines the nature of the Constitution as the supreme law in terms of acts that create legal norms, then the statement therein that "no law [or other item that contravenes the Constitution] shall have legal force or validity" means that those laws or other items lack intrinsic force as legal standards to the extent that they are unconstitutional. For example, an administrative disposition that violates the Constitution does not automatically become absolutely invalid. It becomes invalid when it contains a grave and obvious error, and although unconstitutionality is a grave error, it is not always an obvious one; not infrequently, whether or not a measure is held to be unconstitutional depends on interpretation of the Constitution. Even if a particular administrative disposition is

d'autres raisons, comme l'illégalité (lorsque l'on examine le règlement ou tout autre norme infra-législative). Mais cela ne signifie absolument pas que *lorsqu'ils* sont inconstitutionnels, ils sont nuls. Pour le juge japonais, la déclaration d'inconstitutionnalité est simplement un des chemins possibles pour atteindre la nullité. Voilà pour le premier argument.

489. Ito subsume le principe de contrôle de constitutionnalité en invoquant également le **jugement ou la sentence de circonstances** (事情判決の法理). Ito ne dit pas que la doctrine de l'effet individuel est obligatoire, mais que c'est un choix de la Cour suprême qui date de la décision sur la mal répartition du droit de vote ou l'*affaire de l'invalidation des élections* du 14 avril 1976<sup>628</sup> où, « citant l'article 98.1, la Cour a nié la vue que les actes de gouvernement qui violent la constitution sont toujours automatiquement invalides ».

490. Il est étonnant de considérer qu'une *doctrine administrative* soit en mesure de mettre à mal ou définisse les contours *le principe de contrôle de constitutionnalité*. Par ailleurs, mais le problème apparaîtra plus clairement quand nous aurons vu la jurisprudence sur la mal répartition dans le paragraphe suivant, ce sont des doctrines construites par le juge : il ne faut pas s'étonner de se retrouver étranglé quand on se passe soit même la corde autour du cou. Ensuite, nous ne voyons pas en quoi le jugement de la Cour dans une occasion très spécifique, refusant d'annuler une élection pourtant prise sur la base de dispositions majoritairement reconnues inconstitutionnelles, pour préserver la stabilité démocratique, doit devenir un principe général du contrôle de constitutionnalité. C'est confondre l'exception à un principe (inconstitutionnalité=annulation) avec la justification du principe opposé (inconstitutionnalité≠annulation).

---

unconstitutional, it may automatically follow that it is invalid, but in other cases the disposition may be revoked at the insistence of a party, while in still others it may be partially invalid. The same is true of judicial decisions. Indeed, automatic invalidation is even rarer in the case of a judicial decision, which loses effect only through a legal procedure. The statement in the Opinion of the Court that [a law, etc. which violates the Constitution] "lacks intrinsic force as a legal standard" indicates that unconstitutionality does not immediately render that law, etc. automatically invalid."

<sup>628</sup> 最高裁判所昭和 51 年 4 月 14 日大法院判決、他  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=48](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=48)

## § 2 Inconstitutionnalité partielle (可分性の法理)

491. Au Japon il est possible de ne pas déclarer l'ensemble de la norme objet inconstitutionnelle mais seulement une partie, ce qui est une démarche intéressante qui permet de trouver un point d'équilibre entre l'octroi d'un remède pour le plaignant et le respect de la volonté législative. Il s'agit de l'importation de la doctrine américaine de la *severability*<sup>629</sup> (à ne pas confondre avec la *separability*<sup>630</sup> qui concerne l'arbitrage international) est issue d'une décision de la Cour Suprême des États-Unis de 1936, *Carter Coal*<sup>631</sup>. L'idée de base est que « afin de tenir une partie d'une loi inconstitutionnelle et maintenir une autre partie comme séparable, ils ne doivent pas être mutuellement dépendants les uns des autres ». Elle sert au Japon à envoyer un message au législateur et ce message est en général reçu. Sachant que les déclarations d'inconstitutionnalité sont peu nombreuses, nous avons sélectionné les deux exemples principaux de l'utilisation de cette technique.

### a. L'affaire de l'Acte sur la Poste du 11 septembre 2002

492. L'acte sur la Poste contenait des dispositions limitant la responsabilité du gouvernement en cas de mauvais traitements (perte, vol, dommage, non respect du délai prévu) du courrier. Dans cette affaire, un créancier avait envoyé un ordre de saisie par *takyubin*, un type spécial d'envoi de courrier enregistré, avec remise contre signature. Le facteur avait déposé le courrier dans la boîte aux lettres privée du débiteur et le créancier n'avait pas pu faire valoir ses droits en raison du délai. Il attaqua la poste pour obtenir une compensation, mais l'acte sur la Poste donnait immunité aux services postaux, même en cas de négligence grossière et

<sup>629</sup> Du vieux français sévrance, séparation, qui a donné sevrer.

<sup>630</sup> The "separability doctrine" was first articulated by the United States Supreme Court in *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395 (1967), wherein the Court ruled that arbitration clauses can be "separable" from the contracts in which they are included. The plaintiff in *Prima Paint* brought an action to rescind a contract on the grounds that the contract had been fraudulently induced.

<sup>631</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/298/238/case.html> « Finally, we are brought to the price-fixing provisions of the code. The necessity of considering the question of their constitutionality will depend upon whether they are separable from the labor provisions, so that they can stand independently. Section 15 of the act provides: "If any provision of this Act, or the application thereof to any person or circumstances, is held invalid, the remainder of the Act and the application of such provisions to other persons or circumstances shall not be affected thereby." In the absence of such a provision, the presumption is that the legislature intends an act to be effective as an entirety -- that is to say, the rule is against the mutilation of a statute, and if any provision be unconstitutional, the presumption is that the remaining provisions fall with it. The effect of the statute is to reverse this presumption in favor of inseparability and create the opposite one of separability. Under the nonstatutory rule, the burden is upon the supporter of the legislation to show the separability of the provisions involved. Under the statutory rule, the burden is shifted to the assailant to show their inseparability. But, under either rule, the determination, in the end, is reached by applying the same test -- namely, what was the intent of the lawmakers? Under the statutory rule, the presumption must be overcome by considerations which establish "the clear probability that the invalid part being eliminated, the legislature would not have been satisfied with what remains," *Williams v. Standard Oil Co.*, 278 U. S. 235, 278 U. S. 241 et seq.; or, as stated in *Utah Power & L. Co. v. Pfof*, 286 U. S. 165, 286 U. S. 184-185, "the clear probability that the legislature would not have been satisfied with the statute unless it had included the invalid part." Whether the provisions of a statute are so interwoven that, one being held invalid, the others must fall, presents a question of statutory construction and of legislative intent, to the determination of which the statutory provision becomes an aid. But it is an aid merely; not an inexorable command." *Dorchy v. Kansas*, 264 U. S. 286, 264 U. S. 290. The presumption in favor of separability does not authorize the court to give the statute "an effect altogether different from that sought by the measure viewed as a whole." *Railroad Retirement Board v. Alton R. Co.*, 295 U. S. 330, 295 U. S. 362. The statutory aid to construction in no way alters the rule that, in order to hold one part of a statute unconstitutional and uphold another part as separable, they must not be mutually dependent upon one another. Perhaps a fair approach to a solution of the problem is to suppose that, while the bill was pending in Congress, a motion to strike out the labor provisions had prevailed, and to inquire whether, in that event, the statute should be so construed as to justify the conclusion that Congress, notwithstanding, probably would not have passed the price-fixing provisions of the code. Section 3 of the act, which provides that no producer shall, by accepting the code or the drawback of taxes, be estopped from contesting the constitutionality of any provision of the code, is thought to aid the separability clause. But the effect of that provision is simply to permit the producer to challenge any provision of the code despite his acceptance of the code or the drawback. It seems not to have anything to do with the question of separability. With the foregoing principles in mind, let us examine the act itself." »

ou volontaire<sup>632</sup>. Ce qui ressort dans l'analyse de la Cour et si l'on repense au test de l'intérêt légalement protégé, c'est l'une des premières fois où le juge semble s'ouvrir à la doctrine de l'intérêt à protéger par la loi plutôt qu'à l'intérêt légalement protégé.

“Le courrier recommandé est le traitement spécial du courrier dans lequel l'Agence des services postaux tient un registre de l'acceptation à la livraison du courrier (Art.58, para.1), ou pour certains envois, en tenant un registre de l'acceptation et la livraison du courrier (paragraphe 4, *ibid.*), assure que le courrier est livré conformément à une procédure appropriée et en toute sécurité, pour lequel l'expéditeur paie un prix spécial. L'attente que le courrier recommandé sera livré correctement et en toute sécurité est un **intérêt à protéger par la loi** non seulement pour l'expéditeur qui a choisi de l'envoyer comme courrier recommandé, mais pour ceux qui sont impliqués dans l'utilisation du courrier recommandé.

493. Ensuite le juge explique que la plupart des soucis de délivrance peuvent être évités lorsque le travail est effectué diligemment, mais que si ce n'est pas le cas, si un problème survient du fait d'une négligence mineure, la responsabilité du gouvernement peut être limitée en raison de la quantité de courrier à traiter chaque jour<sup>633</sup>. Toutefois, en ce qui concerne la négligence grossière (ce qui était visiblement le cas ici) ou l'intention :

“pour le courrier recommandé qui doit être enregistré comme ci-dessus, il devrait être extrêmement rare qu'une perte survienne à la suite d'un acte délictueux d'un travailleur postal par intention ou par négligence grave dans la mesure où le code de conduite normal est respecté. Une telle situation nuit gravement à la crédibilité du système de courrier recommandé. Il est totalement inconcevable que, sauf si la responsabilité de l'État est exonérée ou limitée dans de tels cas, l'objectif énoncé à l'article 1 de la loi ne peut être atteint. Il n'y a aucun caractère raisonnable dans la disposition qui exempte ou limite la responsabilité même dans les cas où il y avait un acte délictueux par un travailleur postal par intention ou négligence grave”.

494. Ce qui est intéressant c'est que le juge justifie sa décision en allant comparer comment le législateur agit auparavant, et il note que les limitations de responsabilité existent, mais jamais pour négligence grossière ou pour l'intention. Il se sert de la propre attitude raisonnable du législateur pour montrer qu'en l'espèce elle ne l'était pas<sup>634</sup>.

“Ainsi, [Résumé 1] la partie des articles 68 et 73 de la loi sur les services postaux qui exempte ou limite la responsabilité délictuelle de l'État pour le courrier recommandé dans les cas où la perte est survenue par intention ou négligence grave d'un travailleur postal est en excès de l'étendue de la discrétion accordée à la législature par la Constitution, est contre l'article 17 de la Constitution et est nulle”.

<sup>632</sup> (74) Cour suprême, Assemblée plénière, 11 septembre 2002, *Acte sur la poste* (損害賠償請求事件), Minshu Vol.56, n°7, p.1439, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=585](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=585), 1999 (O) 1767, Matsui, *supra* note 100 à la p 146.

<sup>633</sup> « Pour les envois recommandés qui doivent être enregistrés comme ci-dessus, la plupart des accidents tels que la perte ou le retard de livraison peuvent être évités dans la mesure où le travail est effectué conformément au code de conduite normal. Cependant, étant donné qu'il y a une grande quantité de courrier recommandé et qu'il doit être traité dans les limites d'un certain nombre de personnel et de coûts, la survenance d'une perte due à la négligence des postiers est inévitable. La particularité d'une entreprise postale qui est tenue de se débarrasser de l'énorme quantité de courrier qu'elle traite chaque jour sans heurt et rapidement à un prix aussi bas que possible, universellement et équitablement dans les limites du nombre de personnel et des coûts s'applique également à courrier recommandé. Par conséquent, afin de réaliser l'objectif énoncé à l'article 1 de la loi, si une perte est survenue par un acte délictueux d'un travailleur des postes à la suite d'une négligence mineure, exempter ou limiter la responsabilité de l'État sur la base des articles 68 et 73 de la loi est inévitable et n'est pas contraire à l'article 17 de la Constitution. »

<sup>634</sup> “Incidentement, il existe certaines lois qui atténuent la responsabilité des entrepreneurs pour la réalisation de certains objectifs politiques en matière de transport, tels que le Code de commerce, la Loi sur le transport maritime international de marchandises, la Loi sur les entreprises ferroviaires, la Loi sur la limitation de la responsabilité des armateurs et de la loi sur la compensation de la pollution par les hydrocarbures. Toutes ces lois prévoient que la limitation de la responsabilité ne s'applique pas lorsque l'entrepreneur a agi intentionnellement ou a été grossièrement négligent ou dans des circonstances similaires. Cependant, les dispositions de ces lois n'ont jamais été critiquées pour avoir entravé la conduite des affaires. De même, on peut supposer qu'aucune raison ne peut justifier que l'objectif énoncé à l'article 1 de la loi ne puisse être atteint que si l'entrepreneur est protégé et que la responsabilité est exonérée ou limitée aux frais de la victime la perte est survenue par intention ou négligence grave de la part du postier.”

b. **L'affaire de l'acte sur la Nationalité du 4 juin 2008 (国籍法事件)**

495. L'Acte sur la nationalité qui encadre les modalités d'acquisitions de la nationalité japonaise repose sur le principe de droit du sang. Il faut être né d'un père ou d'une mère japonaise pour être japonais, et de parents mariés pour être considéré légitime. En 2008, dans l'affaire de l'Acte sur la nationalité<sup>635</sup>, la Cour Suprême examina l'acquisition de la nationalité japonaise par un enfant né hors mariage d'un père japonais et d'une mère non japonaise, avec la reconnaissance post-natale par le père.

496. Afin de « porter secours gens qui seraient sujets à un traitement discriminatoire irraisonnable eu égard à la distinction opérée entre les enfants nés de parents dans des situations matrimoniales différentes, en corrigeant par conséquent la condition inconstitutionnelle née de cette distinction », la Cour s'autorisa « une construction constitutionnelle et raisonnable (...) appropriée dans la perspective d'ouvrir un chemin pour porter secours direct aux personnes sujettes à un traitement discriminatoire irraisonnable ».

497. Elle donna plein effet aux dispositions de l'article 3 de l'acte conservant le principe droit du sang (considérant que ce choix était du ressort du législateur) les considérant raisonnables lorsque la loi fut votée. En effet, elles permettaient d'indiquer l'existence de lien fort entre l'enfant et le Japon. Toutefois, elles ne l'étaient plus à la date de la décision, « en raison des changements dans la perception de la société au regard de la vie de famille, des relations parents-enfants, le nombres d'enfants nés hors mariage, le nombre d'enfants nés de couples mixtes (japonais-étrangers), et dans les tendances internationales, et que le principe n'était plus raisonnable eu égard au but législatif qui est de fixer les conditions de Nationalité »<sup>636</sup>. Elle appliqua les dispositions plus protectrices de *l'enfant légitime à l'enfant d'un couple non marié*, la reconnaissance du père japonais l'emportant sur la relation entre les parents :

“Examinons comment ce problème peut être corrigé. Compte tenu de l'exigence d'égalité de traitement prévue par l'article 14, paragraphe 1, de la Constitution et du principe de base de la loi sur la nationalité, le principe du jus sanguinis, il n'y a pas d'autre choix que de faire appliquer l'article 3, de ladite loi qui permet l'acquisition de la nationalité japonaise après la naissance, tout en gardant le principe du jus sanguinis, en termes d'objet et de contenu, à un enfant né hors mariage d'un père japonais et d'une mère non japonaise qui ne satisfait qu'à l'exigence d'être reconnu par le père après la naissance. En d'autres termes, en considérant que même un tel enfant est autorisé à acquérir la nationalité japonaise en faisant une notification s'il remplit les conditions prescrites dudit paragraphe, à l'exception de l'obligation d'acquérir le statut d'un enfant né dans le mariage à la suite de le mariage des parents, il peut être possible de donner une interprétation constitutionnelle et raisonnable de la disposition dudit paragraphe ainsi que les dispositions de ladite loi, et nous devrions dire que cette construction est également appropriée du point de vue de l'ouverture d'un chemin de secours direct pour les personnes soumises à un traitement discriminatoire déraisonnable en raison de cette distinction.”

498. Il s'agit de résoudre le cas présenté devant lui sans pour autant faire tomber toute la loi. Ici il ne manquait qu'une condition, le mariage :

“La construction susmentionnée est faite pour corriger le vice inconstitutionnel découlant de la Distinction, en évitant de faire disparaître la disposition de l'article 3, paragraphe 1 de la Loi sur la Nationalité dans son ensemble et en la construisant raisonnablement tout en excluant la partie impose une exigence excessive et cause la Distinction, et le résultat de cette construction ne va pas au-delà de

<sup>635</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 juin 2008, *Acte sur la Nationalité* (退去強制令書発付処分取消等請求事件), Minshu, Vol. 62, n°6, p. 1367, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=955](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=955), 2006 (Gyo-Tsu) 135, 判決 / 破棄自判.

<sup>636</sup> Au nombre des dispositions toujours contestables dont la Cour ne semble pas vouloir s'occuper : un enfant né de parents japonais à l'étranger ayant manqué à l'obligation de notification de naissance dans les trois mois de celle-ci se voit purement et simplement refuser la nationalité japonaise.

l'octroi de la nationalité japonaise dans les mêmes conditions que celles appliquées aux enfants légitimés. Cette construction est conforme au but et à l'objectif de la disposition dudit paragraphe en ce sens qu'elle vise à accorder la nationalité japonaise à un enfant né hors mariage après la naissance si l'enfant satisfait à l'exigence du principe du jus sanguinis relation parent-enfant avec un citoyen japonais), et satisfait également à d'autres exigences qui sont les indices permettant de mesurer le lien étroit de l'enfant avec le Japon (par exemple, le père est actuellement un citoyen japonais). Si l'on prétend que cette interprétation est inadmissible parce qu'elle équivaut au cas où le tribunal crée une nouvelle condition d'acquisition de la nationalité japonaise non prévue par la loi et accomplit un acte législatif qui devrait initialement être exécuté par la Diète, nous devrions dire qu'un tel argument est faux même si nous prenons en considération la possibilité qu'il existe une autre option raisonnable pour la législation pour déterminer les conditions d'acquisition de la nationalité japonaise.”

Par conséquent, nous concluons qu'un enfant né hors mariage d'un père japonais et d'une mère non japonaise et reconnu par le père après la naissance sera autorisé à acquérir la nationalité japonaise en vertu de l'article 3, paragraphe 1 de la loi sur la nationalité si l'enfant satisfait aux conditions prévues audit paragraphe, à l'exception de l'obligation d'acquérir le statut d'un enfant né dans le mariage à la suite du mariage des parents”.

499. De fait, cette interprétation fut une manière polie pour le juge de dire que si l'article 3 était constitutionnel en 1984, il ne l'était plus au regard de l'article 14 de la Constitution et que le mariage n'était plus une condition essentielle à la reconnaissance en nationalité<sup>637</sup>. Le délai de grâce se mit à courir, et on peut supposer que si la Cour avait dû intervenir de nouveau la sanction aurait été plus sévère. Le message fut rapidement reçu par le Parlement qui modifia 6 mois plus tard la loi suivant cette interprétation<sup>638</sup>. Cette décision s'inscrit plus généralement dans l'usage qu'a fait le juge de l'article 14 de la Constitution pour accompagner l'abandon progressif des valeurs néo-confucianistes.

### § 3 La doctrine de la sentence de circonstance

500. Il existe au Japon un problème récurrent dit de la *mauvaise répartition des droits de vote* sur le territoire japonais. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale et les mouvements de populations qui s'en sont suivis, le système de pondération non mis à jour favorise mécaniquement les citoyens résidants à la campagne par rapport aux résidents urbains<sup>639</sup>. Ce contentieux est traité différemment pour la Chambre Haute et la Chambre basse du parlement car les modes de scrutin pour leurs élections y sont différents : l'élection à la Chambre des représentants fonctionne sur la base d'un scrutin mixte uninominal pour 296 membres et proportionnel pour 180 membres de partis. L'élection à la Chambre des conseillers fonctionne pour un tiers de manière uninominale, et pour les deux tiers restant selon la méthode D'Hondt.

501. Pour ce qui les rapproche, l'article 15 de la Constitution japonaise prévoit dans son alinéa 1 que « Le peuple a le droit inaliénable de choisir ses représentants et ses fonctionnaires et de les révoquer » et dans son alinéa 3 que le « suffrage universel est garanti aux adultes pour l'élection des représentants du peuple ». L'article 43 de la Constitution

<sup>637</sup> Matsui, supra note 100 à la p 183.

<sup>638</sup> Sayuri Umeda : “After the bill was submitted to the Diet, many Internet users criticized the bill in online forums. They did not oppose half-Japanese children obtaining Japanese nationality; they are concerned rather that the amendment may lead to foreigners filing false claims of Japanese nationality if some Japanese men cooperate with them. Currently, there is no system to investigate suspicious filings. Some Diet members agreed with the criticism and expressed concern that the new system might make trafficking in women and children easier through the use of false nationality claims. Both Houses of the Diet adopted resolutions to monitor the situation. The resolutions call on the government to report on the status of enforcement of the Law to the Diet every six months, to request an applicant to submit a photo of the father and the child, and to study a possible introduction of DNA analysis to confirm the parent-child relationship. <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-nationality-law-amended/>

<sup>639</sup> Itoh, supra note 59 aux pp 150-151; Ueno, supra note 209 aux pp 216-220; Matsui, supra note 100 aux pp 50-53.

souligne que « les deux chambres se composent de membres élus, représentants du peuple tout entier » et l'article 44 de la Constitution que « bien que les conditions d'une élection soient fixées par la loi, il ne doit exister « aucune discrimination basée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale, l'origine familiale, l'éducation, la propriété ou le revenu ».

502. Une élection à la Chambre Haute ou basse génère un certain nombre d'actes administratifs allant de la notification des candidats jusqu'à la déclaration du vainqueur et ces actes administratifs peuvent être révoqués au titre de l'article 9 de l'Acte de contentieux administratif. La norme qui organise les élections, l'*Acte sur les élections aux offices publics* dispose ailleurs elle-même d'un moyen pour l'électeur ou le candidat d'en contester la validité aux articles 202, 203 et 204 pour respectivement, les élections municipales, préfectorales ou nationales. Ce dernier article dispose que « sous réserve que les dispositions fondamentales des lois électorales soient constitutionnelles », et prévoit que, dans les procédures judiciaires, les électeurs peuvent alléguer l'annulation de la validité d'une élection en raison de son manquement aux exigences procédurales fondamentales des lois électorales sans égard à savoir si les droits des électeurs ont été altérés, et peut s'attendre à ce qu'un second scrutin soit organisé conformément aux lois électorales après cette annulation. Mais comme le note le juge Seiichi Kishi, ce type d'actions ne peut être utilisé que si le demandeur ne conteste pas la validité de la loi sur les élections<sup>640</sup>.
503. La Cour suprême admit d'abord en 1962, dans *l'affaire de la mal répartition du droit de vote Koshiyama*<sup>641</sup>, la possibilité d'un critère selon lequel sauf cas où le nombre de membres de la diète dans une élection de district créerait une inégalité extrême dans la jouissance du droit de vote, les modalités de l'élection<sup>642</sup> telles que la répartition des sièges par district est du ressort de l'autorité du pouvoir législatif. Mais la Cour ne fixa pas majoritairement de ratio limite.
504. Dans son opinion complémentaire, le juge Saito Kitaro nota que l'idée de faire sortir du champ du pouvoir judiciaire certains types de conflits, hors cas de violation grave, était assimilable au raisonnement employé dans l'affaire Sunagawa, et se rangea derrière l'opinion minoritaire du juge Frankfurter dans l'affaire *Baker v. Carr* qu'il cita précisément en considérant qu'il serait préférable de faire confiance à l'opinion publique qui saisirait la conscience du politique plutôt que de s'attribuer une « omniscience ». Face à l'absence de critère précis, Saito insista pour ne pas mettre en opposition les jugements discrétionnaires de la Cour et de la Diète. On suivra Matsui lorsqu'il note fort justement que le parti au pouvoir se satisfaisait tout à fait de cette situation puisqu'il était et est toujours majoritaire dans les intentions de vote venant des circonscriptions rurales<sup>643</sup>.
505. En 1976, pour la première fois, la Cour suprême accepta un recours fondé sur l'article 204 de l'Acte sur les élections aux offices publics. La Cour évalua le différentiel dans le poids de chaque vote de 1 à 4.99. Et jugea l'ensemble de la disposition inconstitutionnelle. Mais

<sup>640</sup> Au contraire, une telle action est intentée par des électeurs qui cherchent à annuler la validité de l'élection au motif que la disposition de répartition, la disposition fondamentale des lois électorales, constitue une discrimination inconstitutionnelle contre les électeurs dans certaines circonscriptions électorales. Il ne fait aucun doute que le but principal de ce type de litige en vertu des présents statuts n'est pas de confirmer la nullité des lois électorales ou des élections qui y sont menées, mais de rendre caduque la validité de l'élection pour corriger la disposition illégale et de l'obliger à procéder à une deuxième élection.

<sup>641</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 5 février 1964, *Koshiyama contre Commission de supervision des élections de Tokyo* (選挙無効請求), Minshu Vol.18, n°2, 270, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53126](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53126), 1963 (O) 422, 判決 / 棄却.

<sup>642</sup> Mais également le nombre minimum de siège à pourvoir par district dans un système établi de renouvellement de la moitié des membres tous les 3 ans.

<sup>643</sup> Matsui, supra note 100 à la p 51.

elle n'annula pas l'élection, et rejeta la demande des plaignants. Cette technique se nomme la sentence de circonstances.

506. Comment procéda-t-elle ? La demande en révocation de l'article 9 prévoit une exception, l'article 31 de l'Acte sur les élections aux offices publics prévoit que «*dans le cas où une décision est illégale, mais que la révocation de celle-ci porte atteinte à l'intérêt public et que la cour estime que la décision n'est pas conforme au bien-être public, elle peut rejeter une telle demande.*»<sup>644</sup> Mais l'article 219 exclu clairement le recours à cette exception en matière de contentieux électoral puisqu'une élection invalidée dans la procédure prévue par cet acte le serait en raison de l'intérêt public.

507. Peu importe : la Cour suprême procéda à une interprétation que nous qualifierons poliment d'extensive, elle trouva derrière la disposition générale de l'article 31 un principe général du droit<sup>645</sup> « qui n'est pas restreint dans son application à un litige visant à révoquer des dispositions administratives ». Elle reconnaît qu'« il est vrai qu'une telle application d'un principe de droit fondamental ne peut être facilement autorisée sans dispositions législatives expresses et qu'en particulier les dispositions qui présentent des défauts graves de l'inconstitutionnalité ne doivent généralement pas être conservées à la lumière de l'article 98, paragraphe 1 de la Constitution, mais il peut certes y avoir un cas qui exige l'application de ce principe de base du droit du point de vue juridique de niveau supérieur. « La Cour peut donc être particulièrement créatrice lorsqu'elle le souhaite. Une fois cela fait elle appliqua ce nouveau principe à l'article 98.1 :

« L'article 98.1 de la Constitution établit la Constitution comme loi suprême et déclare que tout acte contraire à la Constitution est invalide. Toutefois, la disposition de la constitution elle-même ne donne aucune solution définitive à l'ensemble des problèmes relatifs à la validité des lois ou actes contraires à la Constitution. Il peut être correct de tenir pour règle que toute loi contraire à la Constitution est nulle et non avenue *ab initio* et que tous les actes pris sur la base de cette loi doivent être tenus pour nuls, parce que cette déclaration est la manière la plus adéquate de repousser ou rectifier un résultat contraire à la Constitution. Toutefois, au contraire, si cette déclaration ne repousse ni ne rectifie un résultat d'inconstitutionnalité, mais pourrait être contraire au but de la Constitution et d'autres solutions raisonnables d'un point de vue général pourraient être privilégiées. Au regard de la disposition de répartition des sièges électoraux contestée, il est vrai que cette disposition est inconstitutionnelle et que l'élection sur elle basée est contraire aux dispositions de la Constitution, mais déclarer que la disposition et l'élection sont nulles et non avenues n'aurait pas pour effet de rétablir *un état des choses* en conformité avec la Constitution. Au contraire une telle décision aurait pour effet de disqualifier tous les représentants élus rétroactivement et de rendre questionnable la validité des décisions approuvées par la Chambre des représentants. De plus cela rendrait la Chambre incapable de fonctionner ni d'amender la disposition sur la répartition du droit de vote pour se conformer à la Constitution. La Constitution ne prévoit pas un tel *état de fait*. Il est donc très évident qu'une telle décision ne peut être rendue ».

508. Higuchi, et ce n'est pas le seul, est assez critique de la décision où le juge « a déclaré inconstitutionnelles, en bloc, les dispositions distribuant les sièges et a constaté l'illégalité desdites élections contestées ; mais il a tout de même rejeté la demande exigeant l'annulation des élections, en s'inspirant de la technique de «sentence de circonstance» que la loi sur le contentieux administratif prévoit pour les cas exceptionnels où la nécessité du «bien public»

<sup>644</sup> Obiter dictum“ the court may dismiss a claim with prejudice on the merits in cases where the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is illegal but the revocation thereof is likely to seriously affect public welfare, if the court, having considered the extent of any possible damage to be suffered by the plaintiff, the extent and method of compensation for or prevention of such damage and all other circumstances concerned, finds that the revocation of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is not in line with public welfare. In this case, the court shall declare the illegality of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal in the main text of the judgment of dismissal”. (2) The court, when it finds it appropriate, may declare the illegality of an original administrative disposition or administrative disposition on appeal by a judgment before making a final judgment.”

<sup>645</sup> Matsui, supra note 100 à la p 52.



l'exige. Il n'en reste pas moins que les 14 juges étaient d'accord sur un point essentiel, à savoir l'inconstitutionnalité de la prescription de la loi électorale distribuant les sièges de la circonscription intéressée. »<sup>646</sup> C'est l'un des exemples de ce qu'est le passivisme judiciaire boiteux, la prudence par la confirmation de constitutionnalité.

---

<sup>646</sup> Higuchi, *supra* note 286 à la p 33.



## **CHAPITRE 2 - LE DROIT DE POURSUIVRE DANS LE PROCES EN CONSTITUTIONNALITE**

509. Si l'on synthétise les typologies doctrinales employées par la doctrine et le juge, la norme de référence à trois caractéristiques : la concrétisation (=l'application par la loi), l'effectivité et la revendicabilité.

- Lorsque l'on parle de « concrétisation », il s'agit de savoir si la disposition est une déclaration programmatique, un droit abstrait concrétisable par le législateur, ou un droit concret. On parle *d'application directe* lorsque l'on envisage que les dispositions de la constitution sur les droits fondamentaux s'appliquent même s'il n'y a pas de textes législatifs, et *d'application indirecte* si elle se fait à travers des textes législatifs, notamment de textes du code civil comportant des clauses abstraites.
- La seconde caractéristique de la norme de référence est celle de son effectivité. On distingue en général « l'effet vertical des droits fondamentaux » qui envisage la norme comme régissant des rapports de droit public, c'est-à-dire entre l'Etat et les individus, de « l'effet horizontal des droits fondamentaux » où l'on considère que l'application des droits s'étend aux rapports interindividuels, c'est-à-dire aux rapports entre deux parties privées.
- La troisième caractéristique de la norme de référence est celle de sa capacité à être revendiquée. Par principe un droit constitutionnel ne peut être revendiqué que par l'individu partie au procès. On ne revendique que ses propres droits. Mais, il existe des cas limites où une partie ne revendique pas ses propres droits mais souhaite arguer d'une application inconstitutionnelle de la norme-objet sur *les droits constitutionnels d'un tiers au procès*. Au Japon, on regroupe dans ce bloc doctrinal plusieurs doctrines selon qu'il s'agisse d'un tiers spécifique ou d'un tiers dit « non spécifique ».

510. Nous verrons dans une section 1 la doctrine de l'application indirecte des droits fondamentaux et dans une section 2 la doctrine de l'éligibilité des recours fondés sur les droits d'un tiers.

### **Section 1. La doctrine de l'application indirecte des droits fondamentaux**

### **Section 2. La doctrine de l'éligibilité des recours fondés sur les droits constitutionnels d'un tiers**

## SECTION 1 - LA DOCTRINE DE L'APPLICATION INDIRECTE DES DROITS FONDAMENTAUX (間接適用説)

511. Au Japon, trois doctrines s'opposent : la première et la plus stricte considère qu'une disposition de la Constitution **ne s'applique pas** aux relations de droit privé (*Mukō riki setsu* 無効力説) mais au peuple en général. La seconde considère, à l'opposé, que les dispositions de la Constitution **s'appliquent directement** aux relations de droit privé entre individus (*Chokusetsu kōryoku setsu* 直接効力説). Entre les deux, la doctrine du contentieux constitutionnel (*Ashibe, notamment*) et les tribunaux suivent en général la doctrine dite **l'application indirecte** de la Constitution dans les rapports de droit privé (*Kansetsu tekiyō setsu* 間接適用説).

512. Nous allons présenter une jurisprudence fondamentale illustrant ces doctrines en montrant l'opposition entre la Cour suprême et les juges du fond qui défendent respectivement une lecture-contingence et une lecture-nécessité (a.), puis différents points de vue de membres importants de la doctrine japonaise (b.)

## § 1 L'affaire Mitsubishijushi : l'opposition des juges du fond et de la Cour suprême

513. Les décisions *Mitsubishijushi*<sup>647</sup> sont caractéristiques d'un problème récurrent : alors que l'ancienne constitution était un cadeau de l'Empereur, la nouvelle constitution est un cadeau que le peuple se fait à lui-même et si l'Etat dispose du monopole de la puissance publique, l'inégalité résultant de cette position dominante peut être corrigée par le contrôle de constitutionnalité. Mais lorsque, notamment du fait du développement du capitalisme, d'autres situations de monopoles émergent, permettant même à des entreprises être plus puissantes que les Etats, le juge peut-il ou doit-il faire usage de son pouvoir de déclarer une norme inconstitutionnelle, si l'on souhaite faire respecter les droits fondamentaux, quand bien même s'agirait-il d'une norme privée ? Nous avons déjà évoqué l'affaire Mitsubishi en étudiant le corpus doctrinal de la doctrine de la « société divisée » limitant le pouvoir judiciaire. Nous allons ici l'étudier plus en détail sous l'angle du procès de la norme.

514. Rappelons les faits : un employé en fin de période d'essai dans l'entreprise éponyme avait refusé de divulguer des informations relatives à son passé de militant politique lorsqu'il était étudiant, alors qu'une clause de son contrat précisait qui devait divulguer de telles informations. L'entreprise, informée de ce passé ne l'avait finalement pas engagé. L'ex-employé attaqua la décision de refus d'embauche de l'entreprise comme une mesure discriminatoire, contraire à l'article 14 de la Constitution<sup>648</sup> et comme également contraire à sa liberté d'opinion et de conscience protégée par l'article 19 de la Constitution.<sup>649</sup> L'entreprise justifia son refus en s'appuyant sur la clause au contrat, sur l'article 96 du Code civil qui interdit les dissimulations, et sur les informations elles-mêmes. Notons qu'à l'époque assez peu de dispositions législatives venaient encadrer le droit du travail et en tout cas, aucune à ce sujet.

515. **Décision des juges du fond.** La solution des juges du fond est clairement révolutionnaire pour l'époque, et dans une certaine mesure encore aujourd'hui. Ils estimèrent

<sup>647</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 12 décembre 1973, *Résine Mitsubishi* (三菱樹脂事件), Keishu, Vol.27, n°11, p.1536, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=41,1968\(O\)932](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=41,1968(O)932), 判決 / 破棄差戻

<sup>648</sup> Article 14 de la Constitution : « Tous les citoyens sont égaux devant la loi ; il n'existe aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale. Ni nobles ni titres nobiliaires ne seront reconnus. Aucun privilège n'accompagne l'attribution d'un titre honorifique, d'une décoration ou distinction quelconque, et pareille attribution ne vaut au-delà de la durée de l'existence de la personne qui en est actuellement l'objet ou peut en devenir l'objet dans l'avenir. »

<sup>649</sup> Article 19 de la Constitution : « La liberté d'opinion et de conscience ne peut être enfreinte. »

que le contrat ne pouvait être annulé après la période d'essai de 3 mois seulement si la personne était reconnue pendant celle-ci incapable d'occuper le poste de manager. Ce pouvoir d'annulation était équivalent à un renvoi. La Cour considéra que le refus de communiquer ces informations en elles-mêmes, étaient toutes relatives aux pensées et croyances politiques de l'individu. Elle jugea que l'on ne pouvait violer la liberté de pensée et de croyance protégée par l'article 19 de la Constitution dans le cas où la position d'une partie privée domine sur l'autre, notamment dans le cas d'un travailleur cherchant un emploi auprès d'un employeur. Puisque les pensées et croyances du travailleur n'allaient en tout état de cause pas causer un problème à l'activité de l'entreprise, la discrimination contre le travailleur était illégale au regard de l'article 3 de l'Acte standard sur le travail et inconstitutionnelle au regard de l'article 14 de la Constitution.

516. Pour faire bonne mesure, elle jugea également illégale comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs qu'un employeur exige un rapport sur certains faits relatifs aux pensées et croyances du travailleur pendant la période d'essai, et que même si l'employé les dissimulait, cela ne devait pas être utilisé contre lui. Elle rejeta comme non applicable l'article 96 du Code civil et jugea nulle toute clause formulée par l'employeur permettant de refuser l'embauche pour refus de divulgation d'informations. Elle invalida le refus formel d'employer. Très clairement le juge du fond pris position pour l'application directe de l'article 14 et 19 de la Constitution et, si l'on repense à la problématique de la norme objet du contrôle, ne sembla pas particulièrement gêné à admettre l'examen d'une norme de droit privé.

517. **Décision de la Cour suprême.** Elle fut à cette occasion assez claire sur ce qui constitue pour elle une société « moderne et libre » : les droits du chapitre 3 « visent à la protection de la liberté fondamentale et à l'égalité des individus à l'encontre des actions gouvernementales de l'Etat ou des entités publiques et n'ont pas pour but de réguler directement les relations entre les parties privées ». <sup>650</sup> Elle prend ainsi clairement position contre la doctrine de l'application directe de la Constitution aux relations de droit privé défendue par les juges du fond.

518. Ce qui est fondamental pour la Cour suprême, c'est de maintenir la distinction entre la sphère de droit privé de la sphère de droit public. Tout en admettant que, dans des cas concrets, des conflits privés peuvent voir s'opposer la liberté d'employer des uns et la nécessaire protection de l'égalité des autres <sup>651</sup>, la Cour refuse d'appliquer par analogie ou directement les dispositions de la constitution aux rapports de droit privé ou de « réguler ces actions avec les mêmes concepts et standards que ceux relatifs aux actions gouvernementales ». Elle refuse donc de procéder à un contrôle de la constitutionnalité. Ce qui donne son nom à la doctrine apparaît dans la suite du raisonnement du juge. Elle précise que ces conflits privés sont par principe du ressort du « gouvernement privé ».

519. Qu'est ce que ce gouvernement privé ? Comment les droits sont-ils donc indirectement garantis s'ils ne le sont pas par l'examen de constitutionnalité ? Par les individus eux-mêmes

<sup>650</sup> « L'article 14 (clause d'égalité) et l'article 19 (liberté de croyance), comme les autres dispositions du Chapitre 3 de la Constitution garantissant les droits basiques à la liberté, visent à la protection de la liberté fondamentale et à l'égalité des individus des actions gouvernementales de l'Etat ou des entités publiques et n'ont pas pour but de réguler directement les relations entre les parties privées. Cela est clair quand l'on pense à l'histoire de la création et du développement du concept de droit fondamental et du contenu et de la forme des droits basiques dans la Constitution. De plus, les libertés individuelles et l'égalité qui sont établies par ces dispositions doivent par nature être garanties comme des droits inviolables principalement au regard des actions gouvernementales de l'Etat et des entités publiques.

<sup>651</sup> « Bien sur même dans les relations entre les parties privées, il y a des cas où, en raison de la différence de pouvoir social, l'un prédomine sur l'autre, et il en résulte que l'autre n'a pas de choix que de se soumettre aux souhaits du premier. On ne peut pas dénier la réalité que ce type de contrôle du supérieur sur l'inférieur, qui lorsque non limité au prétexte de l'autonomie peut causer de sévères atteintes ou restriction à la liberté ou à l'égalité. »

par principe, et s'il advient que la situation de déséquilibre ne soit trop flagrante, par le juge qui dispose contrôle de la légalité au regard des dispositions générales du code civil (article 90 notamment), qui lui permet de rétablir une telle situation de déséquilibre. Mais surtout le juge considère que le premier à pouvoir intervenir dans la sphère privée, si cela est nécessaire, ce n'est pas lui, mais le législateur<sup>652</sup>. Enfin, le juge pose une dernière barrière autour de cet espace d'autonomie privée : le législateur ne doit légiférer que lorsque « le mode et l'étendue de l'atteinte va au-delà de la limite sociale acceptée »<sup>653</sup>. La précision est utile puisque qu'en l'espèce il n'existait aucune disposition législative précise sur ce sujet (voir *doctrine de l'inaction législative*).

520. Après avoir donc refusé de procéder au contrôle de la constitutionnalité, la Cour procéda à un simple examen judiciaire. Nous le reproduisons ci-dessous pour mémoire en notant que la Cour suprême ne peut échapper malgré tout à la référence aux *libertés* :

« Puisqu'un employeur possède la liberté d'emploi, son refus en raison des pensées et croyances n'est pas illégal, ne peut être regardé comme acte illégal pour un employeur, en décidant d'employer ou non un travailleur, de prendre connaissance de ses pensées et croyances et de demander un rapport relatif à ceux-ci. Il est vrai qu'il y a une possibilité qu'une telle action d'un employeur puisse avoir une influence sur la liberté de conscience d'un travailleur parce que sa position sociale est supérieure à celle du travailleur individuel, **mais en l'absence de dispositions légales spécifiques**, une telle action (de refus d'emploi pour non partage des convictions politiques), **doit être regardée comme légalement autorisée.** »

521. On pourrait presque résumer cette décision en considérant, qu'en l'absence de disposition législative précise, lorsque l'atteinte vient d'un individu privé, les employés n'ont pas de droits fondamentaux. Mais la Cour a au moins le mérite de la clarté et de décider dans un bloc doctrinal cohérent : scission des ordres normatifs privés et public, scission du contrôle de la légalité et de la constitutionnalité. La cohérence de sa doctrine ne veut toutefois pas dire qu'elle n'est pas critiquable. Les Professeurs Fukase et Higuchi ont, nous l'avons déjà mentionné, défendu l'interprétation des juges du fond et signalé qu'elle avait le mérite de garantir un droit minimum au silence sur ses opinions politiques, ce qui est autorisé pour les fonctionnaires. Ainsi une telle discrimination aurait été jugée contraire au principe d'égalité *si elle avait été opérée par une entité publique*.

<sup>652</sup> « Toutefois, nous ne pouvons pas être d'accord avec le fait que les dispositions constitutionnelles doivent s'appliquer (directement ou par analogie) à la situation exceptionnelle expliquée plus haut. La raison est qu'un tel contrôle de facto varie dans son étendue, degré et mode au cas par cas et qu'il est difficile de décider sous quelles circonstances on devrait traiter de la même manière ce contrôle de facto et le contrôle de l'Etat et des entités publiques. Il y a de plus une distinction claire entre les deux types de contrôle, c'est-à-dire celui de l'Etat et des entités publiques dans l'exercice de leur pouvoir fondé sur un monopole du pouvoir attribué légalement, et d'un autre côté sur la relation de relation dominante entre des parties privées qui n'est rien d'autre qu'une relation sans une telle fondation et simplement une différence de pouvoir dans la réalité sociale. Les atteintes concrètes socialement inadmissibles dans la relation de contrôle privées, ou leurs risques, peuvent être réparées à travers des mesures « remédiables » prises par la législature. Dans certains cas nous sommes en mesure d'établir un ajustement correct entre le principe de l'autonomie privée et les bénéfiques des libertés fondamentales et de l'égalité contre ces atteintes socialement inadmissibles en appliquant l'article 1 et 90 du Code civil (qui prévoit des limitations générales au principe d'autonomie) et diverses dispositions relatives aux actes illégaux. Nous devrions bien sur considérer que la liberté et l'égalité fondamentale des individus est un bénéfice légal très important, mais il n'est par ailleurs pas correct de considérer ce bénéfice comme absolu et il va sans dire que nous ne pouvons réguler ces actions avec les mêmes concepts et standards que ceux relatifs aux actions gouvernementales. »

<sup>653</sup> « Néanmoins il est possible que dans les relations entre parties privées, la liberté d'un individu ou son droit à l'égalité soient mutuellement contradictoires ou conflictuelles dans des cas concrets. Mais dans le cadre d'une société moderne et libre, 01 la régulation de ces conflits est confiée comme règle générale au gouvernement privé et 02 la loi n'interviendra pour réguler seulement quand le mode et l'étendue de l'atteinte va au-delà de la limite sociale acceptée. On doit donc distinguer à cet égard la relation entre parties privées, et l'état et les entités publiques, et ce n'est pas une interprétation correcte de considérer que les dispositions qui garantissent les droits fondamentaux et constitutionnels doivent s'appliquer directement ou par analogie aux relations mutuelles entre les parties. »

522. Mais pourquoi une différence de traitement dans l'interprétation de la clause d'égalité qui est une des dispositions les plus importantes de la Constitution ? Le juge invoque la notion de la sécurité de l'emploi le fameux « emploi à vie » japonais qui permet à l'employeur de bénéficier d'une grande latitude dans le choix de ses employés. Une très grande latitude puisque la Cour dit que :

« Dans beaucoup de cas, les relations de travail, allant au-delà de la simple offre de force de travail, demandent une confiance mutuelle d'une relation humaine continue entre les parties. C'est d'autant plus vrai dans un pays comme le Japon où l'emploi à vie est fréquent. En prenant en compte ces circonstances, **il n'est pas irraisonnable** pour la conduite de son entreprise pour un employeur, étant grandement concerné, de savoir si oui ou non un travailleur qu'elle emploie fera montre d'une telle attitude ou croyance qui deviendrait une gêne pour la gestion de l'entreprise, de mener des recherches sur la personnalité et les pensées du travailleur avant la décision d'emploi ou son refus. De plus, les recherches dans cette affaire ne concernaient pas directement les pensées et croyances elles-mêmes mais concernait ses anciennes actions passées qui étaient en relation avec ses pensées et croyances. »

## §2 Points de vue de la doctrine

523. Si l'on fait un point d'étape sur la situation actuelle au Japon, la Cour suprême elle-même ne considère plus que l'ensemble des droits du chapitre 3 ne sont pas applicables directement: elle a admis l'effet direct pour l'interdiction de l'esclavage et de la torture (article 18 de la Constitution), la dignité individuelle et l'égalité entre les sexes (article 24 de la Constitution), l'interdiction de la maltraitance sur les enfants (article 27.3 de la Constitution), les droits basiques des travailleurs (article 28 de la Constitution). On retrouve dans les principales critiques à l'extension de l'effet direct des droits fondamentaux les mêmes éléments : la crainte de la dilution des droits fondamentaux et une limitation de l'autonomie privée<sup>654</sup>.

524. Pour Hideki Shibutani :

« Les individus privés entretiennent au jour le jour diverses relation avec d'autres partenaires que le gouvernement, c'est-à-dire, d'autres individus privés. Bien que les corps intermédiaires aient été supprimés et que nous soyons passés d'une société du statut à une société du contrat, c'est-à-dire, une société dans laquelle les relations juridiques peuvent être formées par un agrément mutuel, le contrat, et ne dépendent pas du statut, la société réelle ne s'adapte pas aussi rapidement à cette philosophie. C'est un fait durable que les relations factuelles et juridiques sont disciplinées par une relation de pouvoir. De plus, en raison du rapide développement de la société industrialisée né de l'essor et des progrès de la révolution industrielle, et des changements dans la structure sociale accompagnant la naissance et le développement de l'industrie de l'information, il est devenu de plus en plus commun pour les individus privés d'adopter des nouvelles relations de contrôle-soumission, et la domination du socialement vulnérable est apparue. Par conséquent, concrètement, la manière dont un employeur peut équitablement conclure un contrat de travail, ce qui se passe lorsque les travailleurs sont discriminés en raison de leur croyance ou de leur genre, ou lorsque l'honneur personnel d'un individu est atteint par des articles de presse, sont un groupe problèmes dont nous avons pris conscience. Il est soutenu qu'il s'agit d'un problème d'application des droits de l'homme (...) La théorie de l'efficacité directe doit faire face à des problèmes juridiques techniques quant à sa portée ses conditions et ses effets : ① le principe d'autonomie privée, c'est-à-dire de l'autonomie de la société civile dans laquelle des individus essentiellement égaux établissent des droits et des obligations sur la base des leur volonté ; ② le fait de s'opposer à l'autorité publique ; ③ et enfin l'application du droit à revendiquer des droits sociaux sont

<sup>654</sup> Ueno, supra note 209 aux pp 222-228. Pour un point complet sur la question en français et d'autres citations voir cette claire section de l'ouvrage du Professeur Ueno. En japonais nous recommandons le séminaire du Professeur Sunao. [http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1101privat\\_effect\\_of\\_human\\_right.htm](http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1101privat_effect_of_human_right.htm). Pour ces citations <http://d.hatena.ne.jp/takemita/04000118/p1>

considérés comme des indices d'une intervention excessive dans le champ des activités privées par le gouvernement. »<sup>655</sup>

525. Pour Yasuo Hasebe :

“La vision traditionnelle est de considérer que les droits de l'homme basiques garantis par la Constitution, sont garantis au peuple, dans une relation d'autorité publique. Néanmoins dans une société moderne, est née l'idée de réguler par la Constitution les atteintes faites aux droits privés par les entreprises, les unions syndicales, les universités qui disposent d'une grande puissance sociale. L'opinion commune est de considérer que l'application directe de la Constitution pourrait ① causer une atteinte sévère au principe d'autonomie, ② diluer le but des constitutions modernes qui visent à protéger les du peuple du pouvoir de l'Etat, ③ laisser apparaître certains droits, considérés comme des droits-libertés comme des droits sociaux... et ainsi constituer en réalité pour l'Etat une aide plus qu'une restriction, conduisant à l'acceptation d'une grande marge de manœuvre (...) »<sup>656</sup>.

526. Pour Miyoko Tsujimura :

“L'élaboration de la nouvelle Constitution citoyenne fut basée sur l'idée que l'Etat existe pour garantir les droits de l'homme, et la structure des droits fondamentaux à été prise dans l'opposition entre l'individu et l'Etat. Toutefois, peu après, les progrès du capitalisme ont fait que la question de la restriction des droits de l'homme par le pouvoir social de groupes est devenue un problème. Notons que la Constitution de Weimar comporte des dispositions qui permettent d'organiser les droits des personnes privées comme celles relatives à l'effet des droits fondamentaux sur une tierce partie. (...) Si l'on regarde la Constitution japonaise, en dehors de la mention faite à l'article 15.4 (“Un électeur n'a pas de compte à rendre, en public ou en privé, du choix qu'il a effectué.”), la question de l'application privée des dispositions garantissant les droits de l'homme n'est pas claire. Les positions doctrinales sont divisées, (...) mais il y a une tendance à accepter de plus en plus l'application des dispositions de la Constitution aux individus privés. Au regard de cette tendance de l'application directe des droits de l'homme, il est soutenu qu'il y a des cas où les restrictions aux droits-libertés des individus privés sont permises, qu'il y ait ou non un problème de fond au regard du principe d'autonomie privée, ou que la protection des droits de l'homme assurée dans un rapport d'individu à Etat ne vienne à en être diluée.”<sup>657</sup>

527. Pour Takahashi (« successeur » de Ashibe) :

« Au regard de la notion traditionnelle de Constitution, il était conçu que les droits de l'homme sont garantis par celle-ci dans le but exclusif de protéger les droits et libertés du peuple contre le pouvoir de l'Etat. (...) L'idée de droits de l'homme dans les Constitution modernes change avec l'apparition de nouveaux faits sociaux. L'existence de parties libres et égales qui supportait le principe d'autonomie privée et la liberté contractuelle a vu avec le développement du capitalisme le retour à une relation de subordination du vulnérable par le fort comme on peut le voir typiquement dans les relations entre employeurs et travailleurs. (...) Il est néanmoins soutenu que la théorie de l'application directe ne peut premièrement pas dénier le principe d'autonomie privée et le principe de liberté contractuelle. Et que deuxièmement, la déclaration historique des droits de l'homme ne doit pas accentuer de trop le changement légal de la signification de ces droits, et que reconnaître un effet direct uniforme aux dispositions relatives au doits de l'homme pourrait mener à une dilution de leur essence face au pouvoir de l'Etat »<sup>658</sup>.

528. La peur de la dilution est assez difficile à appréhender, il semblerait que ce soit parce l'introduction des droits fondamentaux dans le champ de droit privé n'aille à l'encontre de leur protection traditionnelle qui est conçue et exercée dans un rapport de droit public. S'agit-il d'un argument sur les moyens dont dispose le juge ? Nous avons vu que le juge n'avait pas

<sup>655</sup> 渋谷秀樹 (SHIBUTANI Hideki) 『憲法』 Constitution, 有斐閣, 2007, pages 125-126.

<sup>656</sup> 長谷部恭男 (HASEBE Yasuo) 『憲法 第4版』 Constitution, 4<sup>ème</sup> édition, 新世社 - 単行本, 2008, page 135.

<sup>657</sup> 辻村みよ子 (TSUJIMURA Miyuko) 『憲法 第3版』 Constitution, 3<sup>ème</sup> édition, 日本評論社 - 単行本, 2008, pages 158-159

<sup>658</sup>



envie d'appliquer par analogie les raisonnements du droit public au droit privé en soutenant que cela nécessiterait un contrôle ad hoc, au cas par cas, dont les critères seraient difficiles à établir. Notre réponse est simple, oui en matière de droits fondamentaux le travail du juge est difficile et ce n'est pas la majeure partie de son travail, mais c'est une partie nécessaire malgré tout. En ce concerne ensuite l'argument de la limitation de l'autonomie privée, il renvoi à une conception économique et politique libérale de la société, fondée sur une conception négative de la liberté, etc. sans qu'il ne soit nécessaire de formuler une critique de ces conceptions, nous avons du mal à voir en quoi la crainte de la violation des droits fondamentaux de la partie B au contrat restreint chez la partie A l'expression de sa volonté privée.

529. Si Takahashi critique surtout la doctrine de la non-application dans ce que le Professeur Sunao considère comme une théorie quasi jus naturaliste, signalons pour conclure que le Professeur de Keio Oyama Takeshi défend une position également minoritaire mais peut-être plus radicale nommé *Théorie de l'obligation de protection des droits fondamentaux*<sup>659</sup>.

---

<sup>659</sup> 小山剛 (OYAMA Takeshi) 『基本権保護の法理』 (Théorie des droits fondamentaux) 成文堂参照 ; 基本権の内容形成 (Contenu formel des droits fondamentaux) —立法による憲法価値の実現...

**SECTION 2 - L'ELIGIBILITE DES RECOURS FONDES SUR LES DROITS CONSTITUTIONNELS D'UN TIERS (第三者の憲法上の権利の援用)**

530. On distingue le cas du « tiers spécifique », où l'application du statut peut porter atteinte à une partie tierce au procès identifié (§1), du cas où le statut peut être appliqué à un nombre *non spécifié d'individus* du fait de son ambiguïté (§2).

**§ 1 La tierce partie spécifique (特定の第三者)**

a. **Décisions de confiscation de biens de contrebande**

531. Voici deux décisions relatives à un même type de contentieux : nous nous situons à la fin d'un procès pénal pour contrebande, lorsque les débats ne laissent pas ou peu de doute quant à la culpabilité d'un individu, et qu'il est question des sanctions que le juge souhaite appliquer. Le juge souhaite sur la base du Code des douanes, appliquer une mesure confiscatoire des biens et ou du moyen de transport ayant servi à la contrebande.

532. Le droit de propriété est reconnu au Japon par l'article 29 de la Constitution<sup>660</sup>, et le principe d'égalité de protection devant la loi (« due process of law ») prévu par l'article 31 de la Constitution<sup>661</sup> suppose que l'individu sanctionné ait été en mesure de se défendre. En ce qui concerne la partie principale, l'application de ces sanctions par un jugement ne pose pas de problème puisqu'elles ne concernent pas un bien qui lui appartient, et elles sont décidées à la fin d'une procédure où elle a été en tout état de cause en mesure de se défendre. Mais ces mesures confiscatoires peuvent de part leur nature impacter une tierce partie si les biens confisqués lui appartiennent. Et surtout, le problème est qu'il existait à l'époque un vide législatif en matière de procédure pénale qui permettait au juge de prendre de telles mesures confiscatoires alors que la tierce partie n'avait pas été associée à la procédure pénale (première décision *Ōimachi*) ou dont l'absence de culpabilité ne faisait aucun doute (seconde décision confiscation des biens d'un tiers).

533. Ces sanctions consistent donc en une application constitutionnelle de la loi pénale pour la partie principale et sont potentiellement inconstitutionnelles pour la tierce partie non associée au procès principal. La question est de savoir si, pour échapper à ses sanctions, la partie initiale reconnue coupable peut arguer de la violation des droits du tiers et faire reconnaître l'inconstitutionnalité de la norme prévoyant ladite sanction ou de son application par un jugement. Ici le juge doit faire face à deux exigences : la nécessaire condamnation de l'individu coupable et le respect des exigences constitutionnelles.

534. Dans la décision *Ōimachi*, l'argumentation se centra sur la question du droit de propriété. La Cour jugea que le défendant ne pouvait pas contester la constitutionnalité d'un jugement confiscatoire en revendiquant que le droit de propriété du tiers avait été atteint, parce qu'il n'était pas possible d'interférer avec le droit de propriété du tiers. Le bien appartenait au tiers, et le propre droit de propriété de la partie principale n'étant pas atteint, la Cour refusa l'examen constitutionnel.

<sup>660</sup> Article 29 de la Constitution japonaise « le droit de propriété ou de possession de biens est inviolable. Les droits de propriété sont définis par la loi, conformément au bien-être public. La propriété privée peut être expropriée pour utilité publique, moyennant juste compensation. »

<sup>661</sup> Article 31 de la Constitution japonaise : « Nul ne peut être privé de la vie ou de la liberté, ou faire l'objet d'un châtiment criminel en dehors de la procédure prévue par la loi. »

535. La Cour renversa cette jurisprudence dans la décision *Confiscation des biens d'une tierce partie* (第三者所有物没収事件)<sup>662</sup>. Un contrebandier fut condamné sur la base des dispositions de l'article 118 du Code des douanes à une peine accessoire de confiscation du bateau ayant servi à la contrebande. Ici encore le bien confisqué, le bateau, ne lui appartenait pas. L'accusé argua donc en appel devant la Cour suprême l'inconstitutionnalité de l'article 118 sur les droits constitutionnels du tiers prévus par les articles 29 et 31 de la Constitution, la Cour établit à cette occasion un test pour ouvrir un cas d'exception permettant la revendication des droits d'un tiers spécifique, comportant 4 éléments : la nature du droit, la relation entre les parties, le respect de l'équité procédurale et les conséquences potentielles du jugement sur les droits du tiers<sup>663</sup>. Elle jugea que la partie principale *serait exposée* à une demande en compensation de la part du propriétaire à la suite d'un jugement en confiscation et avait donc un intérêt à présenter une demande en examen d'inconstitutionnalité au juge. Elle procéda ensuite à l'examen à proprement parler. Cela dépasse le cadre de ce chapitre, nous précisons par commodité ce dont il est question. La Cour procéda à *l'examen du caractère irraisonnable de la loi* et jugea que retirer la propriété d'un bien à une personne non défendante et donc dans l'incapacité de faire valoir ses droits était extrêmement irraisonnable, pour des raisons procédurales et substantives :

« Un défendant contre lequel une mesure confiscatoire a été prise pour un navire ou des biens appartenant à une personne qui n'est pas défendant, peut faire appel de la confiscation sur le fondement d'une inconstitutionnalité du jugement de confiscation, car la confiscation est une peine accessoire contre le défendant lui-même. Au surplus, puisque le défendant lui-même est privé par un jugement du droit de détenir le navire et les biens confisqués, et qu'il peut se voir exposé à une demande en dommage de la part de la personne dont les biens ont été confisqués, le défendant a clairement un intérêt (légal) au regard du jugement de confiscation et peut par conséquent contester le jugement en appel. Il est nécessaire de procéder à un revirement des jurisprudences, 19 Octobre 1960, Affaire (A) N°. 3026 de 1953 et (A) N°. 3655 de 1954, dans la mesure où elles rentrent en conflit avec cette décision.

536. Ce qui nous intéresse ici ce sont les arguments en faveur ou en défaveur de l'acceptation de la question constitutionnelle, pas l'examen à proprement parlé, et nous souhaitons donc surtout être en avant les opinions complémentaires qui sont particulièrement éclairantes du raisonnement du juge.

537. **Refus strict.** Certaines opinions défendent une solution stricte, dans la lignée de Ōimachi. Majoritaire lors de cette décision précédente, le juge Hachiro Fujita considéra par exemple que la revendication des droits constitutionnels d'un tiers n'était pas possible car il s'agissait d'un raisonnement hypothétique proscrit, et que la question ne devait donc tout simplement pas être examinée. Dans ce cas de figure, la référence aux articles de la Constitution autres que l'article 81, qui pose les limites du pouvoir judiciaire, n'est même pas utile. C'est un problème pour un autre procès. Par conséquent Fujita ne peut suivre le test

<sup>662</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 28 novembre 1962, *Nakamura ou Confiscation des biens d'une tierce partie* (第三者所有物没収事件), Keishu, Vol.16, n°11, p.1593, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=19,1955](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=19,1955) (A) 2961, 判決 / 破棄自判.

<sup>663</sup> En japonais : ①『特定の第三者の憲法上の権利の性質』, ②『当事者と第三者との関係』, ③『第三者が独立の手續において自らの当該憲法上の権利を擁護する機会を有するかどうか』, ④『当事者に対し第三者の憲法上の権利主張の適格を認めないときには第三者の権利の実効性が失われるおそれがあるかどうか』 ++ 法令又はこれに基づく裁判等の国家行為により不利益を受ける当事者が、その効力を争う裁判上の手續において、この手續の当事者ではない特定の第三者の憲法上の権利が右国家行為により侵害されるとして、当該国家行為が憲法に違反する旨主張する適格 (以下「第三者の憲法上の権利主張の適格」という。)を有するかどうかは、右特定の第三者の憲法上の権利の性質、当事者と第三者との関係、第三者が独立の手續において自らの当該憲法上の権利を擁護する機会を有するかどうか、当事者に対し第三者の憲法上の権利主張の適格を認めないときには第三者の権利の実効性が失われるおそれがあるかどうか等を考慮し、当事者に右適格を与えるのが相当と認められる場合は格別、そうでない限りは許されないものというべきである (最高裁判所昭和三七一年一月二八日大法廷判決・刑集一六卷一―号一五九三頁参照) 。

de la Cour qui, dès son premier critère, en proposant d'examiner la nature du droit revendiqué, dépasse probablement ce qui constitue pour lui les limites de la fonction du juge.

538. **Position médiane.** D'autres juges reconnurent la sagesse du principe de stricte nécessité de la question constitutionnelle, tout en ménageant certaines exceptions. Le juge Masuo Shimoizaka, situant l'origine de cette recommandation dans la doctrine américaine de l'après guerre<sup>664</sup>, en reconnu la pérennité et la sagesse. Toutefois, il nota fort justement que :

: «La Cour suprême des États-Unis a été constamment guidée par ces considérations, et la sagesse d'y adhérer a été vérifiée par le temps et l'expérience » (...) Je pense que ces principes sont sages et raisonnables, et que cette Cour devrait les considérer quand elle exerce son pouvoir de décider de la constitutionnalité d'un statut." "Ces principes ne sont pas ordonnés par la Constitution ; ce sont des attitudes basiques que la cour adopte dans l'exercice de son pouvoir de décider de la constitutionnalité d'un statut. Par conséquent ils peuvent être écartés dans des cas exceptionnels où par exemple, les droits constitutionnels d'une autre personne sont réellement atteints et qu'il ne peut effectivement lui-même protéger son droit".

539. Il pose une condition initiale qui concerne la partie principale elle-même : il faut qu'elle ait été atteinte par le statut contesté. Si ses droits n'ont pas encore été atteints par le statut, demander au juge d'en examiner la constitutionnalité revient à lui demander de prononcer une opinion abstraite par anticipation d'un doute ou d'un problème sur l'interprétation de la Constitution ou des lois. Or, le juge s'estime tenu par l'article 81 de la Constitution qui fixe le pouvoir de contrôler la constitutionnalité dans les limites du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire dans le cadre d'un litige juridique concret actuel, et refuse donc de se prononcer. Mais si la partie est effectivement atteinte par l'application du statut, l'interprétation traditionnelle de l'article 81 qui exige un cas concret n'empêche pas cet examen : "il n'est pas juridiquement interdit de contester la constitutionnalité d'un statut invoquant les droits constitutionnels d'un tiers dans le cas où la partie principale a été concrètement atteint par le statut. Décider de cette question ne dépasse pas les limites du pouvoir judiciaire.

540. **Position souple.** Un peu plus souple, enfin, est l'opinion du juge Tarumi de Masuo qui précise que :

« Il n'est pas approprié de décider hâtivement de telles questions constitutionnelles, que le droit du tiers ait été atteint ou qu'il renonce ou non à le revendiquer. Il n'est pas souhaitable de rendre une décision constitutionnelle sur la situation imaginaire ou hypothétique qu'un statut pourrait être appliqué inconstitutionnellement à une autre personne. » : « Généralement, une action ou appel arguant de l'atteinte des droits d'une autre personne sans établir une situation de fait dans laquelle les droits du défendant sont menacés, est impropre, car le défendant ne cherche pas à obtenir un jugement ou l'annulation d'un jugement pour son propre intérêt. «.

541. Ce qui distingue ainsi Masuo et Tarumi c'est que pour le premier : » les défendants n'ont ni soutenu ni prouvé qu'ils ont été concrètement atteints par le jugement de confiscation », tandis que Tarumi construit en quelque sorte l'intérêt à agir du demandeur en considérant qu'il a un intérêt à demander un jugement en annulation. Mais dans les deux cas,

<sup>664</sup> Citant la définition donnée par le juge Rutledge en 1947 dans l'affaire *Rescue Army v. Municipal Court* de la doctrine de la stricte nécessité « Les fondations ultimes de la politique d'évitement constitutionnel, dont la plupart si ce n'est toutes soutiennent la limitation du pouvoir juridictionnel du juge, repose dans dans tout ce qui contribue à donner une place et un caractère particulier, dans notre système, au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des actions gouvernementales. Elles se trouvent dans la délicatesse de cette fonction, en particulier au regard des possibles conséquences qui en résulterait pour les autres [institutions] également issues de racines constitutionnelles ; la finalité comparative des conséquence, le respect du au jugement des autres récipiendaires du pouvoir constitutionnel et à l'étendue de leur autorité ; la nécessité, si le gouvernement doit fonctionner constitutionnellement, pour chacun, cours incluses, de se confiner à son propre pouvoir ; les limitations inhérentes au pouvoir judiciaire, qui sont principalement dues à son caractère négatif et à son manque de moyen d'exécution ; et en l'importance primordiale de l'adjudication constitutionnelle dans notre système. »

et c'est fondamentalement différent par rapport à l'opinion de Fujita, en contextualisant la maxime d'éviter le jugement constitutionnel à une doctrine jurisprudentielle de bon sens, on la détache d'un fondement constitutionnel, c'est une *recommandation* et non une *obligation* liée à l'exercice du pouvoir judiciaire. Elle ne peut donc pas entrer frontalement en opposition avec des droits constitutionnels que le juge est libre d'interpréter<sup>665</sup>. Et ce que le juge fit notamment pour mettre le législateur face à ses propres responsabilités car comme le note Tarumi :

« Les défendants ne peuvent échapper à la confiscation comme conséquence de leurs propres infraction (...) Quand pouvons-nous d'un côté confirmer une déclaration confiscatoire contre un défendant coupable, ou alors de l'autre côté, dénier par le même jugement la déclaration confiscatoire afin de ne pas priver la tierce partie de son droit de propriété ? (La loi imposant sur la personne coupable d'infraction une amende égale à la valeur du bien non confiscable d'un tiers peut être constitutionnelle). Dans tous les cas, pour la position majoritaire de la Cour, il est inconstitutionnel de déclarer la confiscation de la propriété d'une personne non défendante, même si elle est coupable, aussi longtemps qu'il n'y a pas de procédure réclamant son intervention dans un contentieux criminel pour déterminer de sa culpabilité et lui donner le droit de se défendre et d'obtenir un jugement favorable. »

b. **Décisions relatives à la liberté de conscience.**

542. La Cour appliqua le test dégagé dans la décision de *Confiscation des biens d'un tiers* à plusieurs reprises depuis. Dans l'affaire dite de *la secte Aum Shinrikyo* (オウム真理教解散命令事件)<sup>666</sup>, la Cour envisagea sur la base de l'article 81 de la loi sur les organisations religieuses la mise en faillite et la perte de personnalité juridique d'une organisation religieuse comme mesure accessoire à la condamnation pour acte terroriste de ses dirigeants. Via ses représentants, la personne morale argua de l'inconstitutionnalité de cet article 81 au regard *la liberté de conscience* de ses membres prévue par l'article 20 de la Constitution<sup>667</sup> pour tenter d'éviter cette sanction. La Cour a ainsi étudié en détail la nature du droit revendiqué, le lien entre les croyants et l'entité et les conséquences potentielles du jugement sur ce droit à la liberté de conscience puisque les croyants, tierce partie au procès, exerçaient dans les infrastructures de l'entité à dissoudre, elle examina également le respect de l'équité procédurale.

543. En ce qui concerne la nature du droit, la liberté religieuse est plus problématique à analyser que le principe d'égalité de protection des lois (article 29) ou que le droit de propriété (article 31), car l'article de la Constitution ne mentionne ni limites ni l'intérêt public justifiant une éventuelle atteinte de l'Etat. On pourrait donc supposer que le contrôle du juge soit encore plus strict que lorsque la disposition constitutionnelle prévoit une dérogation. C'est le cas mais la construction est un peu subtile, en raison notamment de l'importance toute particulière que le juge lui accorde<sup>668</sup>. Il y a en fait deux niveaux de garantie selon que l'on

<sup>665</sup> Tarumi suivit donc l'interprétation majoritaire de la Cour : « Du point de vue du droit procédural, le fait il est irraisonnable de baser la déclaration confiscatoire contre un tiers sur la base des arguments des parties d'un autre contentieux ; du point de vue du droit criminel substantif, il est irraisonnable de priver un non défendant de son droit de propriété simplement pour priver une personne ayant commise une infraction de son droit d'usage, sans effet punitif ou éducatif. Cela devient particulièrement clair dans les cas où il n'est pas nécessaire d'enquêter sur le degré de responsabilité du propriétaire du bien confisqué. »

<sup>666</sup> Cour suprême, 1ère chambre, 30 janvier 1996, *La secte Aum Shinrikyo* (オウム真理教解散命令事件), Minshu Vol.50, n°1, p.199, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=252](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=252), 1996 (Ku) 8, 判決 / 棄却.

<sup>667</sup> Article 20 de la Constitution japonaise : « La liberté de religion est garantie à tous. Aucune organisation religieuse ne peut recevoir de privilèges quelconques de l'Etat, pas plus qu'elle ne peut exercer une autorité politique. Nul ne peut être contraint de prendre part à un acte, service, rite ou cérémonial religieux. L'Etat et ses organes s'abstiendront de l'enseignement religieux ou de toutes autres activités religieuses. »

<sup>668</sup> « Même si une organisation religieuse est dissoute par ordre de dissolution, les croyants ne sont pas empêchés de poursuivre une organisation religieuse sans personnalité juridique ou d'en créer une nouvelle, pas plus qu'ils ne sont empêchés dans leurs pratiques religieuses ou de rechercher de nouveaux bâtiments ou équipements nécessaires à ces pratiques. L'acte de dissolution ne porte aucun effet qui interdit ou limite les actes religieux des croyants. Il est admis que (la vente des biens de l'organisation

soulève l'atteinte à la composante *spirituelle* de ce droit (c'est-à-dire ce que je veux croire) ou que l'on soulève l'atteinte à la composante *éclectique* de ce droit (c'est à dire les choix du dogme dans la manière de croire). La composante spirituelle est pleinement protégée par la Constitution, ne dépend pas de l'Etat, alors qu'à contraire la composante éclectique dépend en général de l'intervention préalable bienveillante de l'Etat. Ainsi il semble que de l'interprétation de la norme référence dépend celle de la norme objet. Expliquons : dans le premier cas de figure, supposons que je souhaite croire en une divinité X dont le dogme est relativement souple. Je pratique dans des formes de mon choix et à mes propres frais dans un espace privé qui m'appartient : tant que l'Etat ne vient pas restreindre de ce droit dont la composante est principalement *spirituelle* et faiblement *éclectique*, je suis libre de procéder comme bon me semble. Supposons à présent que je souhaite croire dans la divinité Y, et que son dogme impose d'exercer cette activité en groupe, dans un lieu spécifique et avec un rituel spécifique.

544. Cette religion demande non seulement un aspect *spirituel* mais également un aspect *éclectique* forts : ce dogme exige certains *choix* qui sortent du cadre strictement privé et viennent pour partie se manifester dans la sphère publique. Avec la Loi sur les organisations religieuses, l'Etat me permet de me regrouper avec mes coreligionnaires, de former une organisation, de lui attribuer la personnalité morale afin de recueillir des dons, contracter un lieu de culte, acheter des fournitures... Mais dans ce cas ma pratique a nécessité l'intervention préalable de l'Etat sous la forme d'une autorisation prévue par la loi, et l'Etat est donc susceptible de révoquer cette autorisation dans les conditions de son choix. Notons que ces cas sont relativement restreints : ainsi une organisation religieuse ne peut se voir retirer la personnalité juridique que si elle agit de manière illégale, ou porte substantiellement atteinte au bien-être public, dépasse par ses actes le but d'une organisation religieuse, cesse d'avoir la substance d'une personne morale (article 81 de la Loi sur les organisations religieuses). C'est, comme le note le juge, un régime identique à celui applicable aux sociétés commerciales<sup>669</sup>. Dans ce cas le juge procède à un test du *caractère raisonnable du but de la législation*, plus strict que celui du caractère irraisonnable opéré dans la décision *Confiscation des biens d'un tiers*.

« Si l'on regarde le cas présent dans cette perspective le système de dissolution, ne s'occupe que des aspects éclectiques des organisations religieuses et, seulement à cette fin éclectique, n'a pas pour but d'interférer avec les aspects religieux ou spirituels des organisations religieuses ou des croyants, et par conséquent, le but du système est **raisonnable**. » (...) « D'après les faits par la Cour de première instance, A, qui était le représentant officiel de l'appelant (l'organisation Aum), organisa la production de gaz sarin, un gaz toxique, afin de conduire une tuerie de masse et en produit de manière systématique et organisée en mobilisant de nombreux croyants, utilisant les installations et ressources de l'appelant. Il est évident qu'il a agit de manière illégale, et a commis un acte qui est contraire au bien être public et à substantiellement dépassé le but d'une organisation religieuse. Afin de d'adresser un tel acte de l'appelant, il est nécessaire et approprié de dissoudre l'organisation et de le priver de sa personnalité juridique. D'un autre côté, bien qu'il soit inévitable que par cet ordre de dissolution, il y aura des perturbations pour la conduite des actes religieux par Aum Shinrikyo et ses croyants, une telle perturbation reste indirecte et de facto extérieure à l'ordre de dissolution. Pour conclure, l'ordre de dissolution, même en considérant les effets qu'il peut avoir sur les aspects religieux et spirituels de (la secte et de ses croyants), peut être vu comme un acte nécessaire et inévitable afin de traiter les actes de l'appelant. De plus, **l'ordre de dissolution a été rendu après examen judiciaire** par une cour se basant sur l'article 81 de la Loi sur les organisations religieuses, et de ce fait, l'équité procédurale a été garantie. »

dissoute) peut entraîner une perturbation dans les pratiques religieuses (qui y sont liées). Bien que les régulations légales sur les organisations religieuses ne portent pas pour effet juridique de restreindre les actes religieux des croyants, s'il y a une possibilité qu'ils soient perturbés, au regard de la signification de la liberté religieuse qui est une des libertés spirituelle garantie par la Constitution, que la la Constitution permette de telle restrictions doit être examiné avec soin. »

<sup>669</sup> « The Dissolution Order addressed to religious organisations as provided by Art.81 of the Law is designed to enable the compulsory dissolution of religious organisations by judicial procedure and the deprivation of juridical personality in cases where there was an act which is against the law and substantially harms public welfare (Art.81, para.1, subpara.1 of the Law), an act which substantially exceeds the goal of a religious organisation (ibid., subpara 2, first half), or where the organisation ceased to have the substance of a religious juridical person or juridical organisation (ibid., second half, and subparas. 3 to 5), since in such cases, it is inappropriate or unnecessary to leave the religious organisation with legal capability. This is similar to the order to dissolve companies (Art.58 of Commercial Code). »

## § 2 La tierce partie non spécifique

545. Dans le cas de la doctrine de la tierce partie non spécifique, il est soutenu que la norme-objet du contrôle est ambiguë ou que porte une atteinte excessive à la liberté d'expression protégée par l'article 21 de la Constitution : « Est garantie la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression. Il n'existe ni censure, ni violation du secret des moyens de communication. ». Comme dans le cas de la tierce partie spécifique, la loi peut être constitutionnelle dans son application à la partie principale, mais elle devient ici inconstitutionnelle dès lors qu'elle est appliquée à un nombre non spécifié de tierce partie virtuelle.

546. La doctrine divise cette doctrine en sous-doctrines selon que la jurisprudence concerne l'ambiguïté de la loi (« unclear »), l'effet excessif de la loi sur la liberté d'expression (« chilling effect »), et le dépassement du champ d'application de la réglementation (« overbroad »). Nous allons présenter les deux décisions principales à ce sujet.

547. **L'affaire Tokushima (徳島市公安条例事件)<sup>670</sup>**. Dans l'affaire de *l'ordonnance sur la sécurité publique de la ville de Tokushima*<sup>671</sup>, l'accusé était le responsable du Comité des jeunes contre la guerre du Conseil de l'Union des Travailleurs Japonais. Il participa le 10 décembre 1968 à une manifestation avec 300 personnes et étudiants. Lorsque l'autorisation de manifestation fut délivrée par le chef du poste de police, certaines conditions y furent attachées notamment celle de « ne prendre aucune action qui pourrait causer des perturbations de l'ordre du trafic routier ». La manifestation principale alla du parc Aibahama à la gare de Tokushima en passant par Shinmachibashidori, Higashishinmachi, Hatagoyacho, Ginzadori, Higashishinmachi et Motomachi. Lors de cette manifestation, il énonça que « les bases militaires des îles de Matsumo et Wada devraient être démantelées, les lois contre les émeutes abolies et que le Gouvernement qui promet l'alliance sur la sécurité avec les américains devrait être renversé. ». La suite de l'énoncé des faits relevé par les juges par la Cour suprême est singulier : « Pendant 4 minutes de 6h35 à 6h39, plusieurs dizaines de manifestants se détachèrent de la manifestation principale à la sortie Sud-est du parc et marchèrent en serpentif jusqu'au magasin Hoeido. L'accusé marcha également en serpentif, se tenant devant la manifestation, sifflant dans un sifflet, leva ses bras et les agita d'avant en arrière conduisant les manifestants à marcher en serpentif, et les poussa à prendre des actions contre la maintenance du trafic routier, violant la permission d'utiliser les routes ».

548. La loi sur le trafic routier (n°150 de 1960), prévoit un système d'octroi de permission pour les manifestations (art. 77.1.4<sup>672</sup>), ces permissions peuvent être assorties de conditions (art. 77.3<sup>673</sup>), et le non respect des conditions peut être sanctionné jusqu'à 3 mois

<sup>670</sup> Matsui, supra note 100 à la p 208.

<sup>671</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 10 septembre 1975, *Ordonnance Tokushima* (徳島市公安条例事件 / 集団行進及び集団示威運動に関する徳島市条例違反、公務執行妨害、傷害), Keishu, Vol.29, n°8, p.489 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=44](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=44), 1973 (A) 910, 判決 / 破棄自判.

<sup>672</sup> Article 77, para.1, sub-para.4 de la loi sur le trafic routier : « A person falling under any of the following respective items must, with respect to the act mentioned in said respective items, respectively obtain the permission of the chief of police station having jurisdiction over the place pertaining to said acts (hereinafter referred to as the "chief of the competent police station" in this Section) (if the place pertaining to the said act extends over the jurisdiction areas of the chiefs of two or more police stations under control of the same Public Safety Commission, the permission of any of the chiefs of those competent police stations; hereinafter the same in this Section) (iv) In addition to those mentioned in the preceding respective items, a person intending to do acts whereby a road is used in such a way or manner as will exceedingly affect general traffic because of people assembling on a road or taking pictures on location, which the Public Safety Commission designates it necessary to do so for preventing dangers on a road or otherwise promoting safety or smoothness of traffic, depending upon the state of the road or traffic in the area concerned. »

<sup>673</sup> Article 77, para.3 de la loi sur le trafic routier: « The chief of the competent police station may, if, in the case of granting the permission under the provision of paragraph 1, considered necessary, attach the conditions necessary for preventing dangers

d'emprisonnement et 30.000 yens d'amende (art. 119.1<sup>674</sup>). L'ordonnance prévoit également la possibilité d'accorder des permissions que les manifestants doivent respecter (art. 3.3<sup>675</sup>) mais des sanctions plus importantes pour le responsable d'une manifestation allant jusqu'à un an et 50.000 yens d'amende (art. 5<sup>676</sup>). Il fut reproché à l'accusé d'avoir « marché en serpent » comportement contraire aux dispositions de la loi, et d'avoir poussé les manifestants à marcher en serpent comportement contraire aux dispositions de l'ordonnance. Le juge de première instance et d'appel le reconnurent coupable du premier chef d'accusation, mais rendirent une décision de non culpabilité concernant le second. La Cour suprême cassa la décision des juges du fond et distingua deux problèmes : le problème de hiérarchie formelle, c'est à dire de compatibilité entre constitution, la loi, le règlement et permission, et la question de la clarté des dispositions réglementaires. Loi et règlement pouvaient être considérés comme incompatibles en raison d'un champ d'application superposé<sup>677</sup> et d'une différence entre les pénalité pénales et réglementaires. Contrairement aux juges du fond, la Cour suprême les jugea compatibles.

549. Concernant le second problème de clarté des dispositions fondant le corpus delicti réglementaire, la doctrine japonaise retient essentiellement de cette décision que la condition de respecter « le maintien ordre du trafic » attaché par le chef de la police locale lors de l'octroi de la permission n'était pas suffisamment vague pour constituer une

---

on a road, or otherwise for securing safety and smoothness of traffic, change the conditions attached in accordance with the provision of the preceding paragraph, or attach new conditions. »

<sup>674</sup> Article 119, para.1, sub-para.13 : « A person falling under any of the following respective items shall be punished with penal servitude for not exceeding three months or a fine not exceeding 30,000 yen.(xiii) A person who has violated the conditions attached by the chief of police station in accordance with the provision of Article 77 (Permission for using a road) paragraph 3, or changed or specified by the chief of the police station in accordance with the provision of paragraph 4 of said Article ».

<sup>675</sup> Article 3 de l'ordonnance « "a person who intends to have a parade or demonstration must observe the following items in order to **maintain the order** of the parade or demonstration as well as to maintain public security."

1. He or She should not disturb public services
2. He or She should not carry equipment, which may be used for endangering life or body, for example, knives or clubs.
3. He or She should maintain traffic order.
4. He or She should not disturb tranquility at night.

(...) The Public Safety Commissioner must, when receiving an application in accordance with the preceding provision, render the permission except for cases where it is apparent that a parade or demonstration causes danger directly to the public security. Provided that, necessary conditions can be attached to the following respective items. »

<sup>676</sup> Article 5 de l'Ordonnance préfectorale « An organizer who submitted an application for permission by making a false entry therein, or an organizer, a leader or an agitator of a parade or demonstration, which was carried out violating the conditions attached in accordance with the stipulation of Article 1, Article 2 and Article 3, para.1 proviso or violating the stipulation provided in Article 3, para.3, shall be punished with penal servitude for not more than one year or imprisonment or a fine of not more than 50,000 yen. »

<sup>677</sup>Ce problème donna lieu a des débats intéressant mais relativement techniques qui dépasse le cadre de cette section mais pour mémoire : il est possible en vertu de l'article 94 de la Constitution pour les collectivités locales de gérer leurs biens, affaires et administration et « de stipuler leurs propres règlements dans le cadre de la loi. » Mais l'article 14 de la Loi sur l'autonomie locale prévoit par ailleurs que cette stipulation ne doit pas être contraire à la loi., les juges estimèrent que l'article 3 de l'ordonnance prévoit que les manifestations doivent respecter « l'ordre du trafic », un champ d'application différent, plus large de l'article 77 de la loi et donc contraire à celui-ci. La Cour suprême les estima superposés, mais compatible car la réglementation « avait un sens et effet spécifique que la loi ne contredisait pas ». Pour vérifier la compatibilité de la réglementation locale et de la loi la Cour suprême estima : "In order to decide whether ordinances contravene national laws, it is to be decided by comparing not only the coverage and the language of both stipulations, but also the purpose, object, content and effect of them and by determining whether there are contradictions among them. For example, even if there are no provisions in national laws that regulate a specific matter, considering the laws as a whole, when the non-existence of such a stipulation intends to leave the matter as it is without any regulations in particular, the enactment of an ordinance that establishes regulations for it may contravene national law. On the other hand, even in a case where there are both national laws and ordinances which regulate a specific matter, when the ordinance has an intention of a regulation based on a different purpose from national laws and application of the ordinance doesn't harm the purpose or effect which is intended by the national laws, or even if they have the same purpose, when it can be interpreted that the national law doesn't intend to apply uniform regulations throughout the country, but to allow respective local public entities to apply specific regulations in accordance with the actual situation of the local public entities, there are no contradictions between national laws and ordinances, therefore, no problem can be seen concerning such ordinances contravening national laws.



inconstitutionnalité, dès lors que le juge arrive à en extraire un critère<sup>678</sup>. Ce critère devant permettre au citoyen de distinguer le comportement répréhensible du comportement autorisé.

550. Au-delà de la décision elle-même, il faut toutefois aller regarder du côté de l'opinion complémentaire du juge Shigemitsu Dando qui suit les conclusions de la Cour mais pose des limites pour les cas futurs en synthétisant la doctrine de la clarté et expliquant un problème important dit de « détérence », ou autolimitation des individus dans l'usage d'un droit par peur de sanction. Cette doctrine est nommée « chilling effect » aux États-Unis. Dando soutient clairement qu'un respect trop strict des conditions jurisprudentielles d'exercice du pouvoir judiciaire peut conduire le juge à manquer par ailleurs à ce qu'il estime être sa fonction de gardien des droits constitutionnels, mais tout en gardant ce problème à l'esprit, cette doctrine n'était pas applicable en l'espèce l'ordonnance limitant moins l'acte de manifester que la forme de la manifestation :

“1. L'article 3 de l'ordonnance stipule les éléments de l'infraction, mais l'article 3.3 mentionne simplement “maintenir l'ordre du trafic”, et bien que cela puisse être interprété “dans le but de maintenir l'ordre du trafic” comme le fait l'opinion majoritaire, cela devrait être considéré comme un “manquement extrême au caractère approprié des procédures législatives”. Le principe de légalité des délits et des peines demande que les éléments d'une infraction soient définis. La raison en est la suivante. Le code judiciaire prévoit que l'usage arbitraire de l'autorité punitive doit être évité. D'un autre côté, le code vise à garantir la liberté de comportement des citoyens en clarifiant les frontières entre le comportement punissable et non-punissable. Dans ce dernier aspect, la liberté de comportement est extrêmement importante au regard de la liberté d'expression. Lorsque cette frontière n'est pas définie elle cause une situation dans laquelle les citoyens vont hésiter à prendre des actions qui sont normalement du ressort de la liberté d'expression, et nous devrions que cela constitue une sérieuse violation de la liberté d'expression. Il s'agit d'un problème relatif à la fonction atrophique et déterrente causé par des éléments indéfinis d'une infraction au regard de la liberté d'expression des citoyens en général. Bien sur, il y a des réserves à pouvoir envisager dans cette affaire ce problème, puisque dans l'exercice du pouvoir judiciaire, nous ne devons pas examiner si les citoyens en général (les résidents ou personnes séjournant à Tokushima) ont souffert ou souffriront de l'effet atrophique et déterrent de l'ordonnance. Néanmoins, cette idée vient à restreindre grandement la fonction des cours qui doivent garantir la liberté d'expression des citoyens en général. Je ne pense pas que ce soit le but de la Constitution et vais donc prendre cet

<sup>678</sup> « Taking a literal reading of the above stipulation, the stipulation orders only to maintain road traffic order in an abstract manner, but it doesn't concretely mention the content of duty, for example, what kind of act must be done or must be avoided. For a large number of public safety regulations, the following method is adopted: That is, to adopt a permission system for a parade and in rendering such permission, to specify the duty to be observed in conditions with respect to the matters concerning the maintenance of traffic orders. Even in the case of the Ordinance, which stipulates duties to be observed, it is to be regarded as extremely inappropriate as legislative proceedings, because it does not make any consideration on specifying the content of duties as much as possible by enumerating typical acts which may infringe traffic order, although it is quite possible to clarify the content of the duties. However, for the following reason, a case where the element of an offence in a penal provision is regarded to contravene Article 31 of the Constitution and therefore, it is invalid due to its ambiguity and indefiniteness. That is, such a provision does not show the criterion that enables the discrimination of prohibited acts from other acts for an ordinary person who has a usual sense of judgment, therefore it does not carry out the function of notifying the public to what acts are covered by a penalty by the provision in advance. Additionally, how to implement the stipulation depends on the subjective judgment of the state or local public entities that are going to apply it, therefore, it tends to become arbitrary, which may cause a serious and harmful effect. Laws in general have a limitation in their expression and due to their characteristics, they are abstract to some extent. Penal provisions are no exception, therefore, the criterion that enables one to distinguish between prohibited acts and an accepted act is not always an absolute one, but it may require a rational decision for some cases. Therefore, in deciding that a penal provision contravenes Article 31 of the Constitution because of ambiguity should depend on whether a person with ordinary judgment can understand the criterion, by which he can decide whether the provision is applicable to an act in a specific case. (...) It can be interpreted that it is stipulated because it orders to prevent an act of particular disturbance of traffic order which exceeds the degree of traffic disturbance accompanied by an ordinary parade on roads in good order and smoothly. When a person with ordinary judgment decides in a specific case, whether his intended act would violate the prohibited matter by said stipulation or not, it would not be very difficult to generally determine this by taking the following matters into consideration; that is, whether their intended act would solely cause a usual disturbance of traffic accompanied by a parade carried out in good order and smoothly, or a particular disturbance of traffic order. For example, the following acts which can be seen often in a parade on a road in various places, such as walking in a weaving fashion, parading in a circle, a sit-down and a French demonstration that is carried out by occupying the road entirely, can easily be determined as being regarded as acts of disturbing traffic order in particular, which exceed the degree of traffic disturbance accompanied by a parade that is carried out in good order and smoothly. »

élément en considération. (...) 4. La décision de constitutionnalité de la loi est conduite dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Par conséquent, il est raisonnable de restreindre le champ de l'examen à ce qui est nécessaire à l'application des régulations à un fait spécifique au moment du procès, (...) Dans ce cas en particulier, il n'y a pas de raison pour rendre une décision arguant du problème de la clarté des stipulations comme dispositions pénales concernant le champ total d'application à d'autres cas, qui sont au delà du cas concret. Toutefois, dans le cas où l'acte régi par le droit pénal concerne la liberté d'expression, de pensée, ou des moyens de son expression qui sont inséparables de l'expression des pensées, et que l'existence de la régulation pourrait inhiber des actes qui devraient être conduits sans contrainte, ou qui pourraient causer une perte irréparable de la liberté, en privilégiant la signification de son but sur la garantie de la Constitution, il doit être conclu qu'il existe une rationalité constitutionnelle en vertu de laquelle une attention différente devrait être portée et qu'il existe des conditions qui sont dérivés de la Constitution. Mais en l'espèce, l'acte régulé n'est pas l'acte de manifestation comme moyen d'expression mais concerne la forme de la parade, et dans ce cas, nous ne pouvons entretenir de telle considérations".

551. Ce qui aurait pu être inconstitutionnel aurait été d'empêcher des expressions en défaveur de l'Etat ou des entités publiques, mais ce n'était pas le but de l'ordonnance de Tokushima<sup>679</sup>.

552. **L'affaire des douanes (税関検査事件)**<sup>680</sup>. A l'occasion d'un conflit l'opposant au directeur des douanes de Hokkaido, M. Matsuei contesta la constitutionnalité de la loi sur les tarifs douaniers ainsi que les mesures administratives d'inspection en découlant<sup>681</sup> au regard de la prohibition de la censure et la liberté d'expression prévues par les articles 21.2 et 21.1 de la Constitution. La loi prévoyait dans son article 21.1.3 la possibilité de saisir les "livres et dessins qui peuvent porter atteinte la morale publique" et le problème central fut de savoir comment interpréter cette disposition. La Cour rejeta l'appel en jugeant majoritairement qu'une saisie par les douanes ne constituait pas une censure, et que les dispositions de la loi n'étaient pas vagues en utilisant une interprétation restrictive visant un peu grossièrement à faire correspondre l'énoncé de la loi avec ce qui avait été saisi : des livres jugés obscènes<sup>682</sup>.

553. **Opinion majoritaire.** La quasi-totalité des juges s'accordèrent sur la question de la censure, le débat se cristallisa en revanche sur le problème de la liberté d'expression. Le juge utilisa alors la technique de *l'interprétation restrictive sauvegardant la norme* :

<sup>679</sup> « It is a different question whether an act of expression which may cause a particular disturbance of road traffic order, such as a parade by means of walking in a weaving fashion, parading in a circle, performing a sit-down and a French demonstration that is carried out by occupying the roads entirely deserve the name of the freedom of expression, but from the above viewpoint, I don't see any objection to decide that the regulations are constitutional. »

<sup>680</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 12 décembre 1984, *Inspection douanière (税関検査事件)*, Minshu Vol.38, n°12 p.1308, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=77](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=77), 1982 (Gyo-Tsu) 156, 判決 / 棄却.

<sup>681</sup> Pour le détail des arguments soulevés : (1) As the restriction of importation by means of the customs inspection of items as enumerated in sub-paragraph (3), paragraph 1, Article 21 of the Customs Tariff Law (that prior to the amendment by Law No. 7 of 1980; hereinafter the same) amounts to censorship, which is prohibited absolutely under the Constitution, or puts restrictions beforehand on the right to know of the people, it violates the provision of the former part of paragraph 2 or paragraph 1, Article 21 of the Constitution; (2) the words "to injure public security or public morals" as provided in sub-paragraph (3) paragraph 1 Article 21 of the Customs Tariff Law, is so vague that the restriction of importation using such a criteria violates the provisions of paragraph 1, Article 21, Article 29 and Article 31 of the Constitution; (3) the customs inspection of postal matters violates the provision of the latter part of paragraph 2. Article 21 of the Constitution, because they are likely enough to violate the secrecy of personal correspondence; (4) the judgment of the court below in this case which says that all goods at issue correspond to "books and drawings to injure public morals", etc. as specified in sub-paragraph (3), paragraph 1, Article 21 of the Customs Tariff Law, is illegal, having erred in interpretation and application of the said provision (The customs official's inspection conducted in the procedure of the importation of both foreign goods and postal matters referred to as "customs inspection"; hereinafter the same.).

<sup>682</sup> Opinion majoritaire: « Consequently, when interpreting rationally the provision of "books and drawings to injure public morals", etc. as provided in sub-paragraph (3), paragraph 1, Article 21 of the Customs Tariff Law, it can be said that the aforesaid "public morals" mean solely sexual morals, and that the object of prohibition of importation under the said provision is restricted to obscene books and drawings, etc. As far as the restricted interpretation is possible in this manner, the said provision is not lacking in definiteness, whatsoever, nor it is contrary to paragraph 1, Article 21 of the Constitution and should be said to be constitutional. »

« La disposition de l'alinéa précité fournissant» des livres et des dessins pour nuire à la morale publique «, etc. peut être interprétée restrictivement raisonnablement, et ne viole donc pas le paragraphe 1, l'article 21 de la Constitution. En interprétant rationnellement la disposition des «livres et dessins destinés à porter atteinte à la moralité publique», etc., comme prévu à l'alinéa (3), paragraphe 1, article 21 de la Loi sur le tarif douanier, on peut dire que la morale «signifie uniquement la morale sexuelle, et que l'objet de l'interdiction d'importation en vertu de ladite disposition est limité aux livres et dessins obscènes, etc. »

Dans la mesure où l'interprétation restreinte est possible de cette manière, cette disposition ne manque pas de précision, n'est pas contraire à l'article 21, paragraphe 1, de la Constitution et doit être considérée comme constitutionnelle. Ensuite, en ce qui concerne les dispositions de la loi qui ont été promulguées avant l'application de la Constitution du Japon, comme dans le cas présent, il faut l'interpréter de manière à l'harmoniser avec la Constitution et maintenir sa validité, aussi longtemps que cela est possible dans les limites de l'interprétation juridique rationnelle, et il n'est pas approprié de nier sa validité en respectant strictement le libellé de la loi.”

554. **Opinion minoritaire.** Un groupe de juge (Ito Masaami, Masataka Taniguchi, Mitsuhiko Yasuoka et Rokuro Shimatani) développèrent trois raffinements de la doctrine de la clarté : le problème de la restriction préalable en cas de disposition vague, la réglementation qui dépasserait son champ d'action, et le refus de l'interprétation restrictive sauvegardant la norme qui avait été utilisée par la majorité. Ces trois cas de figures peuvent selon eux conduire à une autolimitation du peuple dans l'exercice de sa liberté d'expression, rend possible l'application arbitraire de la norme, et doit par conséquent conduire le juge à l'*annulation*.

- Tout d'abord, si la disposition est vague, et à plus forte raison lorsque la restriction est préalable à l'exercice de la liberté d'expression, ils proposent de contrôler l'objet de la réglementation :

“Lorsqu'une disposition légale régule la liberté d'expression, qui est l'un des droits particulièrement importants parmi les droits fondamentaux, n'est pas claire et échoue à montrer un critère clair pour ce que sera l'objet de la régulation, elle ne remplit pas sa fonction de notifier correctement le peuple de quels actes seront l'objet de la régulation et il est probable qu'elle conduira à une application arbitraire par les autorités de régulation. Par conséquent, il ne peut être dénié que cela tend à pousser le peuple, qui a peur qu'il soit appliqué à ses actes, à retenir même des expressions qui sont dans le champ de qu'ils peuvent normalement librement faire. En particulier lorsque la liberté d'expression est restreinte à l'avance, il est requis que la réglementation présente le critère le plus claire possible dans la législation. Par conséquent, quand une disposition qui régule la liberté d'expression ne remplit pas sa fonction de notifier correctement au peuple ce que sera l'objet de la régulation et est si vague qu'elle laisse place pour la possibilité de son application arbitraire par les autorités en charge de la régulation, la disposition en question devrait être jugée contraire au paragraphe 1 de l'article 21 de la Constitution et est nulle et non-avenue.”

- Ensuite, si la réglementation n'est pas vague mais qu'elle dépasse son champ d'action :

“Au surplus, même si la disposition elle-même qui régule la liberté d'expression n'est pas vague au regard de l'objet de la régulation, dans les cas où la disposition inclut des actes que la Constitution ne permet pas de réguler au regard de l'objet de la réglementation, de la même manière, il est probable que cela conduira à une autolimitation des actes qui sont normalement permis. Par conséquent, quand l'étendue de l'application d'une loi qui régule la liberté d'expression est si large, et que la possibilité ne peut être nié qu'elle soit appliquée à des actes qu'il n'est pas normalement permis de réguler, elle doit également être jugée nulle et non-avenue au titre de l'article 21.1 de la Constitution”.

- Enfin le troisième cas de figure est relatif à la technique d'interprétation suivie par l'opinion majoritaire. L'opinion minoritaire critique cette technique en considérant que

cette technique d'interprétation rend seulement une partie de la disposition clair<sup>683</sup> et surtout que :

« Toutefois, étant donné que la liberté d'expression est le plus important des droits de l'homme fondamentaux, il devrait y avoir une limite plus sévère à l'interprétation restrictive de la loi qui restreint le droit que dans d'autres cas. Seule l'interprétation restrictive qui est raisonnablement déduite de l'objet et du contenu de la réglementation et en relation avec d'autres dispositions est permise. L'interprétation selon laquelle «les livres et dessins visant à nuire à la morale publique», etc., se limitent aux questions d'expression obscène ne doit pas seulement être considérée comme dépassant cette limite, mais l'interprétation ci-dessus n'est pas considérée comme possible par une personne moyenne disposant d'une capacité ordinaire de jugement.

En outre, nous considérons que pour juger si les dispositions visant à réglementer la liberté d'expression sont définies ou non, il est important de savoir s'il est possible ou non d'adopter une législation plus claire et, comme la disposition «livres et dessins pour nuire à la morale publique», etc. dudit alinéa a pour but de réglementer uniquement l'importation de sujets d'expression obscène, il devrait être facile dans pour le législateur de compléter cette disposition avec «livres et dessins obscènes», etc. pour la rendre plus clair. Compte tenu de ce qui précède, il est difficile de dire que ladite disposition dudit alinéa, qui a le caractère d'une restriction préalable de la liberté d'expression, répond à la définition requise par la Constitution et il n'est pas approprié de la rendre constitutionnelle moyennant l'ajout de l'interprétation restrictive. »

555. Comme l'explique le Professeur Itoh, après en avoir reçu la confiance, cette opinion fut l'œuvre le juge Ito Masami, dont nous avons déjà parlé dans la décision Hyakuri. Il a dû manœuvrer assez finement, nous laissant par son témoignage un bon exemple de la pratique judiciaire des juges. Ito expliqua avoir opté pour une position modérée afin d'éviter les répercussions immédiates qu'auraient eu une déclaration d'inconstitutionnalité sur la pratique des administration douanières, tout en signalant un problème constitutionnel important, sans braquer l'ensemble des juges. Le Professeur Itoh note que bien que l'opinion minoritaire n'ait pas valeur de précédent au Japon\*, sa démarche lui a permis de réunir derrière lui un groupe de juges dont l'opinion a dans les faits permis d'atténuer l'interprétation majoritaire, et qui guida par la suite l'interprétation de la Cour. A l'inverse, il voulait initialement traiter de l'affaire *Hyakuri* sous l'angle du procès en constitutionnalité, mais, sentant que la majorité était prête à déclarer les forces d'autodéfense constitutionnelles, il accepta d'utiliser l'évitement constitutionnel pour éviter une telle issue car : » une fois que la Cour confirme la constitutionnalité d'une politique, le public a tendance à la voir comme quelque chose de bon et de légitime. ». (Voir Itoh *supra note 59* *The Supreme Court and Benign elit democracy*, à la page 114). On peut considérer ici, faisant écho à la formule d'Higuchi sur le *passivisme judiciaire boiteux*, qu'il s'agit d'un *activisme judiciaire boiteux*. Il convient de noter que fort de son expérience de juge, Masaami Ito est par la suite devenu un professeur de droit constitutionnel extrêmement réputé, les parcours de juges étant valorisés dans le milieu universitaire japonais. Il a dans ses mémoires intitulées « Entre juge et chercheur », évoqué un grand nombre de problèmes liés au *judicial restraint*, mais s'est surtout toujours prononcé pour la mise en place d'une cour constitutionnelle, en faveur d'un courant dont il est le père fondateur.

<sup>683</sup> Mais nous sommes ici davantage dans le second argument « The contents and meaning of the words "public morals are so equivocal as to cover sexual, social and religious morals, etc. and there exists no ground to interpret that "books and drawings to injure public morals", etc. are limited to the matters of obscene expression confining it to be the sexual morals as stated in the majority opinion. Even if in the present practice of customs inspection, as the appellee admits, treatment of the said books and drawings, etc. are confined to the obscene matters, in view of the wording itself the possibility cannot be denied that the said provision might be applied to matters other than obscene ones. For example, although there is room for possible interpretation that the said provision is designed to include matters of cruel expression as the object of regulation, in the case of matters of cruel expression, it is not only unclear as to what kind of matters are included in it, but also it should be said that there is a possibility to connote even the expressions which is to be guaranteed by the Constitution, and the said provision is both vague and overbroad. » (...)

## TITRE 2 - DOCTRINES DU JUGEMENT ET DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE

556. On distingue au Japon deux groupe de doctrines : la théorie du jugement constitutionnel et les standards de l'examen de constitutionnalité.

557. **Les doctrines du jugement de constitutionnalité.** La théorie du *jugement constitutionnel* est un groupe de doctrines qui préparent le juge à accepter ou rejeter la demande : on y trouve la *maxime de l'évitement*, la doctrine de la *présomption de constitutionnalité*, la doctrine du *fait législatif*, les doctrines de la *discrétion et de l'inaction législative*, de la *discrétion et de l'inaction législative*. La doctrine ou maxime de l'évitement est particulière puisque le juge évite d'utiliser de son pouvoir de contrôler la constitutionnalité, évite de juger le texte, ou évite de déclarer la norme inconstitutionnelle. Nous l'avons étudiée dans le titre précédent. Les autres doctrines nous allons le voir, limitent ou modulent le pouvoir de contrôler la constitutionnalité du juge. C'est de ces dernières dont nous parlerons dans le chapitre 1.

558. **Les standards de l'examen de constitutionnalité.** Une fois que le juge a accepté de procéder au contrôle de constitutionnalité il y a différentes phases : le juge choisit un standard, l'utilise et rend sa décision. Nous étudierons le double standard et le standard de la rationalité dans un Chapitre 2.<sup>684</sup>

### CHAPITRE 1. La théorie du jugement constitutionnel

### CHAPITRE 2. Les standards de l'examen constitutionnel

---

<sup>684</sup>. Plusieurs nomenclatures existent suivant les auteurs :

Le premier bloc de doctrines que Fukase traduit par « théorie sur le jugement constitutionnel » se nomme en japonais kempo handan no riron (憲法判断の理論) et correspond à cette première phase du « jugement » nommée Kempo handan (憲法判断). Le second groupe, les « critères pour les jugements con(incon)stitutionnel » se nomment en japonais Gōken-sei hantei no kijun (合憲性判定の基準). Il s'agit de la phase du choix d'un standard et de son utilisation. Le troisième groupe les « formules du jugement constitutionnel et ses effets » se nomme Hanketsu no hōshiki to kōryoku (判決の方式と効力) et correspond à la décision constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité (合憲. 違憲の判断). Nous en avons parlé dans le titre précédent.

Le Professeur Takahashi distingue les méthodes du kempo handan, des méthodes d'examen. Pour les premières il distingue le jugement de l'application, et jugement du texte. Pour les secondes il distingue l'examen de l'application, de l'examen du texte. L'**examen de l'application** consiste à chercher la relation concrète des faits de l'espèce (le fait judiciaire 司法事実), d'appliquer les normes correspondantes, et si un problème constitutionnel est soulevé par rapport à la norme, d'aller examiner les faits législatifs (立法事実). Cet examen de l'application dépend du système de contrôle incident (付随審査制). L'**examen du texte** ne s'intéresse pas aux faits judiciaires, peut parfois s'intéresser aux faits législatifs et se concentre sur le texte de la norme. Les méthodes du kempo handan sont d'un autre ordre : le jugement de l'application est une méthode qui permet de dire la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité dès lors que la norme s'applique à l'espèce. Le jugement du texte qui vise la constitutionnalité de l'article lui-même. C'est ici que l'on déclare l'inconstitutionnalité (法令違憲). Takahashi admet un lien entre les deux groupes de méthodes. Dans l'examen de l'application on applique le jugement de l'application et le jugement du texte. Dans le jugement de l'application on évitera le jugement du texte.



## **CHAPITRE 1 – LA THEORIE DU JUGEMENT CONSTITUTIONNEL (憲法判断)**

559. Plusieurs doctrines permettent au juge de moduler le contrôle qu'il s'apprête à effectuer. La loi formellement votée est présumée constitutionnelle (doctrine de la *présomption de constitutionnalité*), le pouvoir de contrôle de constitutionnalité doit être limité dans toutes les matières relevant de la seule discrétion d'un autre « département » de l'administration d'Etat<sup>685</sup> (doctrine du *pouvoir discrétionnaire de l'exécutif et du législatif*), le juge ne doit pas substituer son interprétation de la Constitution (doctrine du *fait législatif*) ...

560. Nous allons étudier ces différentes doctrines.

### **Section 1. Le principe de la présomption de constitutionnalité.**

### **Section 2. La doctrine du fait législatif.**

### **Section 3. La doctrine de la discrétion législative.**

### **Section 4. La doctrine de la discrétion administrative.**

### **Section 5. La doctrine de l'inaction législative.**

---

<sup>685</sup> Matthew Lewans, « Pragmatism and judicial restraint » (2015) vol.1:1 Athens Journal of Law 9.

## SECTION 1 - LE PRINCIPE DE LA PRESOMPTION DE CONSTITUTIONNALITE

561. Admettant qu'une loi est votée par un législateur présumé rationnel, la doctrine qui défend le principe de présomption de constitutionnalité considère qu'une loi ne peut être déclarée inconstitutionnelle qu'en arguant que la méthode de régulation qu'elle prescrit n'est pas raisonnable, dès lors, et il peut ici exister des différences selon les auteurs, qu'il n'existe pas d'éléments factuels permettant de renverser cette présomption de constitutionnalité. Ce principe a été importé des États-Unis par Ashibe et s'inscrit dans une lecture axiologiquement passive du contrôle de constitutionnalité<sup>686</sup>.

562. Pour le Professeur Munai, le principe de présomption de constitutionnalité est « basé sur une égale division des pouvoirs et sur le fait que la reconnaissance mutuelle des institutions ne doit pas conduire à volontairement dénier leur intentions » (...), « un principe constitutionnel qui a été approuvé lorsque le système de contrôle de constitutionnalité a été introduit au États-Unis »<sup>687</sup>. Il est sous-entendu dans les écrits de Madison, de Thayer et de Holmes et pleinement affirmé par Brandeis et Frankfurter, écrit auxquels la DCC<sup>688</sup>. Cette vision passive s'oppose à l'activisme judiciaire. L'activisme est assimilé à cet usage particulier qu'ont fait une partie des juges de la Cour suprême américaine du *due process substantif*, pour déclarer l'inconstitutionnalité de la législation de Roosevelt qui visait à mettre en place le premier New Deal. Ces décisions de la Cour suprême donnèrent naissance à un conflit tout à fait politique opposant ce groupe de juges activistes à Roosevelt, au point que ce dernier proposa une réforme de la Cour suprême. Les juges de la Cour suprême américaine qui défendaient un passivisme judiciaire, auparavant minoritaire, sortirent victorieux de cette « Révolution constitutionnelle », leurs doctrines structurèrent la pratique jurisprudentielle américaine et la doctrine japonaise du contentieux constitutionnel les a importées au Japon<sup>689</sup>.

563. L'idée est au fond que le juge qui dépasse les limites de sa fonction n'est pas légitime face à la volonté populaire représentée par le corps législatif, et la DCC a pris position en faveur du passivisme, dont la première manifestation est le principe de présomption de constitutionnalité, un principe ancien et majoritaire, justifié par l'échec des juges activistes particulièrement marquant des années 30, de bon sens, constitutionnel et fondé sur la séparation des pouvoirs.

Nous allons donc retracer l'origine de ce principe (§1), puis les arguments de Ashibe en sa faveur (§2), avant de résumer son contenu (§3).

<sup>686</sup> Ce qui est notable est que cette lecture passive du contrôle de constitutionnalité est complètement assumée par la discipline du Contentieux Constitutionnel (DCC), et cela vient confirmer l'hypothèse de Fukase selon laquelle cette discipline importe des techniques en faveur du passivisme. La proposition de Fukase selon laquelle la discipline du contentieux constitutionnel est en faveur du passivisme est intéressante au niveau épistémologique car a priori, on peut supposer qu'une telle discipline est sensé expliquer le fonctionnement du procès constitutionnel, et non promouvoir une politique judiciaire minimaliste de l'usage du pouvoir de contrôler la constitutionnalité.

<sup>687</sup> 向井久了 (MUKAI Naganori), « 合憲性推定の原則 (Le principe d'estimation constitutionnelle) » dans *講座憲法訴訟 (Lectures de contentieux constitutionnel)*, 2, 2012, 37-66 à la p 37.

<sup>688</sup> G Edward White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2002. Montrant qu'il faut prendre garde à ne pas analyser ce qui est qualifié de Révolution constitutionnelle comme une opposition entre conservateurs et libéraux américains mais comme un débat entre doctrines dont nous avons donné certains éléments dans le premier paragraphe.

<sup>689</sup> Pour une retranscription des interventions ayant eu lieu lors du séminaire lui ayant rendu hommage après sa disparition en 2010 voir : <https://apps.main.teikyo-u.ac.jp/tosho/hougaku27-2-14.pdf>



## § 1 Conceptions du principe de présomption de constitutionnalité

564. Le principe de présomption de constitutionnalité s'inscrit dans un corpus doctrinal effectivement ancien. La doctrine japonaise le trouve sous-entendu dans les remarques initiales de Madison, la règle d'administration de Thayer, le *judicial restraint* interstitiel de Holmes, et la modestie judiciaire de Frankfurter<sup>690</sup>. En nous limitant au seul cas de la présomption de constitutionnalité, il faut noter que chacun de ses auteurs en a traité avec ses spécificités : pour Holmes il s'agissait d'un élément d'une attaque plus générale du « Langdellisme »<sup>691</sup>, et la présomption s'y concevait de manière quasi-irréfragable, c'est-à-dire dans le cadre de ce qui a été nommé le *contrôle interstitiel* du juge. L'argument fonctionne dans des formes similaires à celles défendues par Thayer dans *sa règle d'administration*. Un peu différemment pour Brandeis qui matérialisa plus précisément ce principe une fois juge, et pour lequel il s'agissait d'une présomption plus souple qui appelait à l'introduction de nouvelles méthodes d'argumentation juridique. Suivons cette évolution.

565. **Holmes « semper ubique et ab omnibus ».** En 1870, Holmes Jr, alors âgé de 29 ans est employé dans un cabinet à Boston. Il développe l'idée que : « Pendant que les cours doivent exercer leur propre jugement, il n'est en aucune raison vrai que toute loi est nulle car elle pourrait sembler excessive, inadaptée à ses fins ostensibles ou basées sur des conceptions de la morale que le juge désapprouve. Une grande latitude doit être accordée pour que les différences de vues ainsi que pour des raisons particulières que la Cour ne peut que connaître imparfaitement, si ce n'est totalement. Dans le cas contraire la Constitution, au lieu d'incorporer seulement de règles de droit relativement fondamentales, ainsi qu'entendues par toutes les communautés anglophones deviendrait partisane d'un groupe d'opinion étique ou économique particulière, qui ne peuvent en aucune sorte être tenues pour *semper ubique et ab omnibus*. »<sup>692</sup>. L'idée semble être de bon sens : la loi n'est pas inconstitutionnelle au motif

<sup>690</sup> Hormis Madison qui ne leur était pas contemporain, c'est plus qu'une communauté d'esprit dont il est question : Holmes et Brandeis étaient amis avant même de siéger à la Cour suprême, et connaissaient Thayer qui avait été pour le premier son patron et collègue, et pour le second l'un de ses professeurs les plus respectés. Frankfurter était un ami de Holmes et Brandeis. Bickel fut clerc de Learned Hand à New York. Holmes et Thayer furent personnellement proches de Chauncey Wright, Charles Sander Pierce et William James, fondateurs du pragmatisme américain. On pourrait y ajouter la retenue judiciaire de Learned Hand, juge de cour de district de New-York et les développements ultérieurs de Bickel.

<sup>691</sup> A la fin du 19<sup>ème</sup> siècle ce qui deviendra l'école américaine du réalisme au début du 20<sup>ème</sup> siècle visait surtout à s'opposer au « Langdellisme », c'est-à-dire à la quasi sacralisation du syllogisme juridique. Nommé en 1870 doyen de l'école de droit de Harvard le Professeur Langdell y introduisit les techniques de case law pour permettre aux étudiants de ne plus se voir simplement enseigner droit tel qu'il est mais tel qu'il pourrait être. Le point négatif de la méthode, largement répandue et améliorée depuis, est qu'elle pouvait amener à considérer le rôle du juge comme une application mécanique du droit préexistant aux faits de l'espèce. Selon la critique de Wechsler il s'agissait d'un système complètement fermé, un système où « l'ensemble du processus d'apprentissage, de compréhension et d'application du droit était un procédé visant à découvrir les cas principaux, les précédents, relatifs à une situation particulière, et par stricte déduction logique, à les appliquer à de nouvelles situations. Il n'y avait pas de place pour le jugement législatif ou quasi-législatif dans ce processus. Ce n'était pas une question de valeur. » (Norman Silber et Geoffrey Miller, « Toward "Neutral Principles" in the Law: Selections from the Oral History of Herbert Wechsler » (1993) 93:4 *Colulawrevi Columbia Law Review* 854-931 à la p 858.)

Ce débat entre réaliste et formalisme est une période importante de l'histoire doctrinale américaine, et est en soi aussi complexe que celui opposant passiviste et activistes, et certains auteurs ont tenté de résoudre cette opposition. Si l'on suit Posner, il y a pour Holmes deux espaces bien différents. Dans l'espace de common law, où de « loi légitimement construite par le juge », la question est de savoir comment raisonner. Il n'y a pas de textes, il y a des concepts : « negligence, consideration, possession, good faith, conspiracy, impossibility, and laches ». Le formalisme est relatif au raisonnement, à l'usage du syllogisme. Ces concepts sont des prémisses majeurs. Le réalisme lui consiste à aller chercher la prémisse majeure de son choix la plus à même de promouvoir le bien-être public. Ni réalisme ni formalisme n'ont à voir avec l'interprétation du statut ni de la Constitution, ils concernent le raisonnement, et ne sont pas contradictoires. A côté de cet espace de Common Law, il y a les textes votés par le législateur et cette volonté législative doit être protégée. Ajoutons que concernant le contexte particulier de la common law dans lequel l'opinion de Holmes a émergé et qui pose problème dès lors que l'on fait référence à cet auteur, le Japon n'est pas un pays de « common law », mais nous avons vu à de nombreuses reprises que le juge fait référence faite aux *principes objectifs contenus dans la constitution* et aux *principes de droit privé*. Il est possible d'y voir un parallèle.

<sup>692</sup> HOLMES, Oliver Wendell. Codes, and the Arrangement of the Law. *Am. L. Rev.*, 1870, vol. 5, p. 1, 1. « C'est le mérite de la Common Law de décider d'abord les cas et de déterminer les principes ensuite. D'un point de vue logique il peut être inférer que quand vous disposez d'une prémisse mineure et d'une conclusion, il doit y avoir une majeure, que vous êtes prêt à présenter ici et là. Mais en réalité les avocats, comme tous les hommes, voient fréquemment assez bien comment ils résoudreiraient une

qu'elle semble excessive, que le dispositif qu'elle emploie est inadapté aux fins poursuivies ou qu'on la désapprouve pour des raisons morales.

566. **La règle d'administration de Thayer ou le test du caractère rationnel de la loi.** L'un des collègues et supérieur de Holmes, Jr. A Boston fut James Bradley Thayer qui, devenu enseignant à Harvard, fut l'un des premiers à développer une théorie systématique du *judicial review* dans son article publié en 1893 « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law »<sup>693</sup>. Faisant suite aux anciennes interrogations des juges Pendelton<sup>694</sup> (1782) et Tilghman (1811)<sup>695</sup>, il considère que « ni la Constitution écrite ni le serment des juges n'impliquent le droit de renverser, déplacer, méconnaître quelque action de la législature ou de l'exécutif que ces départements sont constitutionnellement autorisés à prendre »<sup>696</sup>. Preuve en était pour lui l'absence de contrôle de constitutionnalité dans des pays disposant toutefois d'une telle constitution : France, Allemagne, Suisse (nous y ajouterons le Japon sous Meiji) : le contrôle de l'action de l'Etat ne repose pas *in fine* sur la loi mais sur des principes de morale politique. Comment agir ? En suivant ce qu'il nomme la règle d'administration<sup>697</sup>. Là encore le principe de présomption n'apparaît pas immédiatement,

---

affaire sur un état de fait donné sans être particulièrement clairs sur la ratio decidendi. (...) C'est seulement après une série de détermination sur le même (subject-matter) qu'il devient nécessaire de « réconcilier les cas », comme il est dit, par une véritable induction pour établir un principe qui aura été jusqu'ici entraperçu. Et cette déclaration de principe est souvent modifier plus d'une fois par les nouvelles décisions avant que les règles abstraites générales ne prennent leur forme finale. Toute doctrine juridique bien établie incorpore le travail de bien des esprits, et a été testée en forme et en substance par des critiques entraînés dont l'intérêt pratique est de lui résister à chaque étape. Il est vrai, sans doute que ni une législature d'Etat ni une Constitution d'Etat ne peuvent interférer arbitrairement avec les entreprises ou transactions privées, et que le simple fait qu'elles soient votées pour la protection de la sécurité publique, la santé ou la morale n'est pas concluant auprès des cours (...) Mais les propositions générales ne nous portent guère loin. Pendant que les cours doivent exercer leur propre jugement, il n'est en aucune raison vrai que toute loi est nulle car elle pourrait sembler excessive, inadaptée à ses fins ostensibles ou basées sur des conceptions de la morale que le juge désapprouve. Une grande latitude doit être accordée pour que les différences de vues ainsi que pour des raisons particulières que la Cour ne peut que connaître imparfaitement, si ce n'est totalement. Dans le cas contraire la Constitution, au lieu d'incorporer seulement de règles de droit relativement fondamentales, ainsi qu'entendues par toutes les communautés anglophones deviendrait partisane d'un groupe d'opinion étique ou économique particulière, qui ne peuvent en aucune sorte être tenues pour semper ubique et ab omnibus. »

<sup>693</sup> James B Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law » (1893) 7:3 Harvard Law Review 129-156, DOI : 10.2307/1322284. <http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf>

<sup>694</sup> Com v. Call, 4. Call, 5: « Jusqu'ou cette Cour, dans laquelle les pouvoirs judiciaires ont été en quelque sorte concentrés, peut avoir le pouvoir de déclarer nulle la loi votée dans les formes par le pouvoir législatif, sans exercer le pouvoir de cette branche, contrairement aux termes clairs de la Constitution, est évidemment une profonde, importante et j'ajouterais formidable question, une décision qui impliquerait des conséquences auxquelles les gentilhommes n'ont pas ... étendu leurs réflexions. ». Cité par Thayer page 140

<sup>695</sup> Com v. Smith, 4 Blin. 117. « Pour de lourdes raisons, il a été assumé comme principe de l'interprétation constitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis, par cette cour, et toutes les autres cours de réputations des États-Unis qu'un Act de la législature ne sera pas déclarer nulle à moins que la violation de la constitution ne soit si manifeste qu'elle ne laisse de place pour un doute raisonnable ». Cité par Thayer page 140.

<sup>696</sup> Thayer p.130.

<sup>697</sup> Thayer, *supra* note 733., page 144. « La règle en question est plus qu'une simple forme de langage, une simple expression de courtoisie et de déférence. Cela signifie bien plus que cela. Les cours ont perçu avec plus ou moins d'acuité que [le contrôle de constitutionnalité] va en vérité bien au-delà du simple exercice que les juges décrivent parfois. Si leur travail était en vérité de simplement et « nakedly » vérifier le texte de la Constitution et de l'Acte de législature contestée, et de déterminer, comme question académique, si dans le jugement de la Cour les deux sont en conflits, cela constituerait, c'est certain, une éminente et importante entreprise, une qui traiterait de grands problèmes impliquant de larges considérations publiques, mais néanmoins, une fonction bien plus simple qu'elle ne l'est réellement. Ayant établi ceci, il reste toutefois une question, la question capitale de savoir si, après tout la Cour peut écarter l'Acte. Elle ne peut pas le traiter comme un simple problème bien sûr, simplement en concluant que sur une juste et vraie interprétation la loi est inconstitutionnelle. C'est précisément la signification de la règle d'administration que la Cour dispose. Elle peut seulement l'écarter quand ceux qui ont le pouvoir de faire la loi n'ont pas simplement fait une erreur, mais en on fait une extrêmement claire, si claire que le questionnement rationnel de celle-ci ne se pose même pas. C'est le standard de l'obligation par lequel les cours portent les actes législatifs, c'est le test qu'elles appliquent, pas simplement à leur propre jugement de constitutionnalité, mais à leurs conclusions sur quel jugement est permis à un autre département auquel la Constitution en a confiée le devoir. Cette règle reconnaît que au regard des importantes, complexe, et en déploiement permanent exigences du gouvernement, beaucoup de ce qui semblera constitutionnel à un homme, ou groupe d'homme, peut être raisonnablement ne pas être considéré l'être pour un autre, la Constitution admettant souvent plusieurs interprétations, il y a souvent une gamme de choix et jugements ; que dans ces cas où la Constitution n'impose pas au législateur une opinion spécifique, mais laisse ouvert sa gamme de choix ; et que dès lors qu'un choix est rationnel il est constitutionnel. C'est le principe que j'ai illustré, affirmé et défend. Le sens et l'effet en sont brièvement et précisément enjoint par une remarque

mais l'idée est que la loi est présumée constitutionnelle, car établie par un législateur rationnel, et que dès lors que le juge peut construire cette rationalité, même *a posteriori*, la loi est sauvée. C'est ce que l'on appelle le test du caractère *rationnel de la loi*.

567. Devenu juge à la Cour suprême de 1902 et restant en fonction jusqu'en 1932, Holmes s'opposa avec éclat à une majorité adepte du *due process* substantif dans la décision *Lochner* (1905)<sup>698</sup>. Sa courte opinion dissidente, restée célèbre, importe le test de caractère rationnel de Thayer à la Cour suprême et pose les fondations de la doctrine du « fait législatif ». La loi pour Holmes « n'était un ensemble de concept préétablis mais un outil de gouvernance qui pouvait et devait être modifié à mesure que les désirs de la communauté (ou plus pragmatiquement) des groupes politiques dominants changeaient. » Un outil important d'expression de la volonté de la majorité qu'il fallait préserver. Le juge peut intervenir, mais son pouvoir créateur se limite à combler des lacunes. C'est ce que l'on appelle la doctrine du contrôle interstitiel<sup>699</sup>. Ainsi si l'on observe son opinion dissidente dans l'affaire *Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917) : « Les Cours ne peuvent pas donner ou retenir selon leur bon vouloir. Si la demande est exécutée, c'est parce que la demande est un droit, et si une demande dépend d'un statut étatique est exécutée, c'est par ce que l'Etat dispose du pouvoir constitutionnel à faire la loi »<sup>700</sup>

568. **Brandeis et l'importance des faits législatifs.** Nous arrivons désormais à Brandeis qui devenu juge à la Cour suprême fit avec Cardozo et Stone partie des trois mousquetaires pro-new-deal opposé aux Quatre Cavaliers anti-new Deal. A l'occasion d'un contentieux visant la mise en place au New Jersey d'un statut régulant les taux d'assurance, il énonça le principe

---

du juge Cooley que celui qui est membre de la législature peut voter contre une mesure comme étant, en son jugement, inconstitutionnelle ; et présentée par la suite sur les bancs (du tribunal), quand cette mesure, a été votée par la législature en dépit de l'opposition, vient à lui judiciairement, puisse le juge trouver que c'est son devoir, bien qu'il n'ait pas changé d'opinion, de déclarer la mesure constitutionnelle. »

<sup>698</sup> 198 U.S. 75 « Cette affaire est décidée sur une théorie économique qu'une grande partie du pays ne partage pas. S'il était question de savoir si je suis d'accord avec celle-ci, je souhaiterais l'étudier davantage et longuement avant d'en décider. Mais je ne crois qu'il s'agisse de mon devoir, parce que crois fermement que mon accord ou désaccord n'a rien à faire avec le droit qu'à la majorité d'incorporer leurs opinions dans la loi. Il est établi par des décisions variées de cette cour que les constitutions d'Etat et les lois étatiques peuvent réguler la vie d'une manière que nous, en tant que législateurs, pourrions juger non judicieuses, ou, si vous préférez, tyranniques, « as this, and which, equally with this » interfère avec la liberté contractuelle (...) Certaines de ces lois incorporent des convictions ou préjugés que les juges peuvent partager. D'autres non. Mais une constitution n'est pas destinée à incorporer une théorie économique particulière, de paternalisme, de la relation organique du citoyen envers l'Etat ou de laissez-faire. Elle est faite pour des personnes de points de vue fondamentalement différents, et l'occasion par laquelle nous trouverions une opinion naturelle, familière ou neuve voir choquante ne doit pas déterminer notre jugement sur la question de savoir si les statuts les incorporent est en conflit avec la Constitution des États-Unis. Les propositions générales ne décident pas des cas particuliers. La décision dépend d'un jugement ou d'une intuition plus subtile que n'importe laquelle prémisses majeure. Mais je crois que la proposition juste établie, si elle est acceptée, nous guidera. Chaque opinion tend à devenir une loi. Je pense que le mot « liberté » dans le 14ème amendement est perverti lorsqu'il est tenu pour prévenir les conséquences naturelles d'une opinion dominante, à moins qu'il ne puisse être dit qu'un homme rationnel et honnête admettra nécessairement que le statut proposé porterait atteinte aux principes fondamentaux tels qu'ils ont été compris par les traditions de nos peuples et de nos lois. Il ne nécessite pas de recherche pour montrer qu'aucune condamnation de la sorte ne peut être portée sur le statut devant nous. Un homme raisonnable peut penser qu'il s'agit d'une mesure nécessaire pour la santé. Des hommes que ne pourraient certainement pas qualifier d'irraisonnables le maintiendrait comme la première disposition d'une régulation générale sur les heures de travail. Il est je pense, non nécessaire de discuter que dans ce dernier aspect cela soit ouvert à l'accusation d'inégalité. »

<sup>699</sup> Riccardo Guastini, « Les juges créent-ils du droit ? », *Revus*, 24 | 2014, 99–113.

<sup>700</sup> Supreme Court, *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917) (244 U. S. 220) : « Les Cours ne peuvent pas donner ou retenir selon leur bon vouloir. Si la demande est exécutée, c'est parce que la demande est un droit, et si une demande dépend d'un statut étatique est exécutée, c'est par ce que l'Etat dispose du pouvoir constitutionnel à faire la loi (...) La Common law n'est pas une omniprésence couvant dans les cieux, mais la parole articulée d'un souverain ou quasi-souverain qui peut être identifiée, bien que certaines des décisions (de la Cour) avec lesquelles j'ai été en désaccord semblent avoir oublié ce fait »

de présomption de constitutionnalité dans des termes bien connus<sup>701</sup>. Ce principe fut modulé par le juge Stone quelques années plus tard<sup>702</sup>.

## § 2 Avantages du principe de passivisme

569. Avant de nous intéresser aux vertus qu'Ashibe attribue au passivisme (b.), quelques remarques préliminaires (a.).

### a. Remarques préliminaires

570. Tout d'abord ce principe est ancien mais il n'est pas uniformément accepté aux États-Unis et donne toujours lieu à des débats<sup>703</sup>.

571. Deuxièmement, en ce qui concerne cette mythologie de la Révolution constitutionnelle des années 30 américaines, il faut prendre garde aux anathèmes sur l'usage du *substantial due process* substantif ou économique car la question est complexe : c'est pour certains auteurs une période révolue, quand pour d'autres, une manière de faire que l'on retrouve dans toutes les grandes décisions de la Cour suprême (*Brown v. Board, Roe v. Wade etc.*). Le débat ne concerne pas simplement la légitimité de la Cour : rappelons que la Cour Warren a aussi été accusée d'activisme pour avoir dans les années 1970 assoupli les doctrines du standing, ouvert plus largement la prise en compte des droits objectifs et recentré le débat sur la question de l'accès au tribunal. Second point souvent omis, et indépendamment de l'objectif qu'il souhaitait atteindre, nous ne voyons pas en quoi les menaces de Roosevelt sur la Cour, pour tout habiles qu'elles soient, sont à glorifier.

572. Troisièmement, l'argument de Holmes est-il de bon sens ? Si l'on défend Holmes sur le plan des valeurs, il faut prendre garde à une critique du même ordre. Il peut en effet apparaître de « bon sens » de laisser au législateur le soin de représenter la voix de la majorité, mais on doit noter que ce même raisonnement a permis à Holmes de défendre la stérilisation forcée

<sup>701</sup> O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co., 282 U.S. 251 (1931), citée par Mukai page 41. « A state statute, dealing with a subject clearly within the police power, cannot be declared void, upon the ground that the specific method of regulation prescribed by it is unreasonable, in the absence of any factual foundation in the record to overcome the presumption of constitutionality. (...) The statute here questioned deals with a subject clearly within the scope of the police power. We are asked to declare it void on the ground that the specific method of regulation prescribed is unreasonable, and hence deprives the plaintiff of due process of law. As underlying questions of fact may condition the constitutionality of legislation of this character, the presumption of constitutionality must prevail in the absence of some factual foundation of record for overthrowing the statute. The statute here questioned deals with a subject clearly within the scope of the police power. We are asked to declare it void on the ground that the specific method of regulation prescribed is unreasonable, and hence deprives the plaintiff of due process of law. As underlying questions of fact may condition the constitutionality of legislation of this character, the presumption of constitutionality must prevail in the absence of some factual foundation of record for overthrowing the statute. »

<sup>702</sup> United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938), Footnote n°4 de son opinion. « There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. »

<sup>703</sup> « The Presumption of Constitutionality » (1931) 31:7 Columbia Law Review 1136-1148, DOI : 10.2307/1115339; Joseph Magnet, « The Presumption of Constitutionality » (1980) 18:1 Osgoode Hall Law Journal 87-145; Henry Burmester, « The Presumption of Constitutionality » (1982) 13 Fed L Rev 277; F Andrew Hessick, « Rethinking the Presumption of Constitutionality » (2009) 85 Notre Dame L Rev 1447.

des personnes handicapées dans la tristement célèbre décision *Buck v. Bell* et son lapidaire « trois générations d'imbéciles sont suffisantes ». <sup>704</sup>

573. Quatrièmement, nous maintenons notre objection quand au fait que ce principe n'est pas constitutionnel mais prudentiel, c'est-à-dire qu'il résulte d'une politique de self-restraint construite par le juge et qu'elle n'a que le fondement constitutionnel que l'on souhaitera lui donner. Rappelons que l'article 81 de la Constitution japonaise prévoit que « La Cour suprême est le tribunal de dernier ressort ; elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient. », que l'article 98 prévoit que « La présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. » et que, pour nous restreindre à la simple idée de présomption de constitutionnalité, elle n'est mentionnée ni dans ces articles, ni dans la Constitution américaine.

574. Cinquièmement, nous avons déjà montré qu'au Japon le principe de séparation des pouvoirs pouvait s'entendre de manière complètement opposée, les juges Mano et Kawamura défendant par exemple une division des pouvoirs souple fondé sur l'Etat de droit quand le juge Tanaka défendait une séparation stricte des pouvoirs dans laquelle l'Etat de droit est assimilé à la règle de droit. Dire que ce principe est fondé sur la « séparation des pouvoirs » signifie qu'il est fondé au Japon sur une vision stricte de la séparation des pouvoirs.

b. **Arguments en faveur du passivisme et de la présomption**

575. Pour Ashibe la Cour est en position d'infériorité par rapport au législateur, elle doit préserver la confiance du « public », elle doit s'appuyer sur les activités des autres institutions nationales.

576. **Le manque de légitimité démocratique de la Cour.** Ashibe considère ainsi que « parce que la Cour est une institution non-démocratique, elle doit respecter au maximum l'intention des représentants de la majorité, non la “sagesse ou son cœur” de la loi, mais ses raisons théoriques, l'existence de la possibilité raisonnable de légiférer”. (...). Pour Mukai cet argument du manque de légitimité démocratique de la Cour est le raisonnement central du passivisme juridique japonais qui vient englober toutes les doctrines subséquentes : “Il n'est pas autorisé qu'une poignée de juge en position d'infériorité démocratique défasse une loi que des centaines de parlementaires élus directement ont conçue, délibérée et formée. Le contrôle de constitutionnalité n'est pas dans cette théorie, relatif au jugement de la loi mais *au jugement de la raisonnable capacité à légiférer*. Même le critère d'examen rigoureux dérivé de la théorie du double standard doit être compris dans ce sens”.

577. Au niveau institutionnel, signalons tout d'abord qu'aux États-Unis le processus de nomination des juges et la confirmation du Congrès s'apparente à une élection indirecte, très suivie et que les juges sont nommés à vie. Ce n'est pas le cas au Japon. On peut donc soulever cet argument, toutefois, nous verrons tout d'abord lors de l'étude du fait législatif que la DCC elle-même soulève des différences essentielles dans le processus d'élaboration de la loi, extrêmement bureaucratisée au Japon. Ensuite si l'on souhaite soulever le manque de légitimité des tribunaux l'argument vaut également pour l'administration. Rappelons que le Professeur Itoh défend depuis 20 ans la théorie selon laquelle le Japon n'est pas une

<sup>704</sup> Stephen A Siegel, *Justice Holmes, Buck V. Bell, and the History of Equal Protection*, SSRN Scholarly Paper, ID 936698, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2006, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=936698>>. Il est réducteur de résumer Holmes à cette décision, comme il est réducteur de réduire Weschler à son avis à contre courant sur *Brown v. Wade*... Cet article propose donc un point de vue plus nuancé que le notre.

démocratie constitutionnelle, mais une démocratie représentative des élites<sup>705</sup>. Au niveau du débat doctrinal, la question de la légitimité de la Cour suprême est une question récurrente centrée autour de l'idée « coutermajoritarian difficulty »<sup>706</sup> mise en lumière par Bickel : comment un juge non élu pourrait-il annuler la loi d'un législateur élu sans atteindre la volonté de la majorité ? Comme l'explique le Professeur Brown, un grand nombre d'auteurs ont essayé de résoudre ce problème, « certains défendant l'idée que le *judicial review* n'est pas *contre-majoritaire*, mais est *supramajoritaire* (Bruce Ackerman) ou *paramajoritaire* (John Hart Ely), d'autres qu'il n'est pas *contre-majoritaire* (Barry Friedman), d'autres encore qu'il n'est pas *contre-majoritaire* (Frank N. Easterbrook) ». Nous considérons simplement, à titre personnel, que puisque les fonctions de juge judiciaire et de juge de la constitutionnalité sont prévues par la Constitution, le juge est légitime à les utiliser. Ensuite et plus généralement que la question de la légitimité est moins essentielle que la question de l'accès au tribunal.

578. **L'autorité du Tribunal constitutionnel de la Cour suprême.** Le second argument de Ashibe est que « l'autorité à juger constitutionnellement de la Cour suprême repose sur le fait qu'elle est perçue comme raisonnable, impartiale et digne de confiance. (...) un usage actif de ce terrible pouvoir de contrôle de constitutionnalité contre la volonté de la majorité entraînera une perte de confiance du public dans l'objectivité et l'honnêteté de la Cour, et son autorité ne serait plus respectée. ». Pour Mukai, cette perte de confiance peut pour le personnel politique être restaurée via l'élection, alors que la Cour ne dispose pas des moyens de démission ou dissolution permettant de regagner la confiance du peuple. C'est pour lui la raison principale pour laquelle elle doit, à la différence des représentants politiques, craindre la perte de confiance, et la raison pour laquelle le juge américain en son temps plia genou devant Roosevelt.

579. **Le processus de délibération législative.** Le troisième argument est que si le législateur fait des actes législatifs, il doit être au courant des faits qui supportent sa légitimité. Cet argument est basé sur l'opinion du juge Stone dans l'affaire *Carolene* « L'existence de faits supportant le jugement législatif doit être présumé, et la législation affectant les transactions commerciales ordinaires ne doit pas être prononcée inconstitutionnelle à moins, qu'à la lumière de faits connus ou généralement assumés, elle soit de nature à préclure la présomption qui repose sur un fondement rationnel inclus dans la connaissance et l'expérience du législateur ». <sup>707</sup>

<sup>705</sup> Itoh, *supra* note 59; Itoh, *supra* note 154.

<sup>706</sup> ALEXANDER M BICKEL et Harry H Wellington, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, en ligne : <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqmbmb>>; Anthony T Kronman, « Alexander Bickel's Philosophy of Prudence » (1985) 94:7 *The Yale Law Journal* 1567-1616; Thomas Polityka, « From Poe to Roe: A Bickelian View of the Abortion Decision—Its Timing and Principle » (1974) 53 *Neb L Rev* 31; Steven Croley, « The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law » (1995) 62:2 *University of Chicago Law Review*, en ligne : *University of Chicago Law Review* <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol62/iss2/4>>; Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, SSRN Scholarly Paper, ID 60449, Rochester, NY, Social Science Research Network, 1998, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=60449>>; Mark Graber, « The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary » [1993] *Faculty Scholarship*, en ligne : *Faculty Scholarship* <[http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/518](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/518)>; Michael J Klarman, « Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem » (1996) 85 *Geo LJ* 491; Friedman, *supra* ; Barry Friedman, *Reconstruction's Political Court: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two*, SSRN Scholarly Paper, ID 312023, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2002, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=312023>>; Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, SSRN Scholarly Paper, ID 242233, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2000, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=242233>>; Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law?S Politics*, SSRN Scholarly Paper, ID 213789, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2000, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=213789>>; Rebecca L Brown, « Accountability, Liberty, and the Constitution » (1998) 98:3 *Columbia Law Review* 531-579, DOI : 10.2307/1123423.

<sup>707</sup> Stones : « We see no persuasive reason for departing from that ruling here, where the Fifth Amendment is concerned, and since none is suggested, we might rest decision wholly on the presumption of constitutionality. But affirmative evidence also

580. **Se reposer sur les autres institutions nationales.** L'argument propose que dans le cas de la législation relative aux sujets sociaux, le législateur doit établir un équilibre des intérêts complexes entre les besoins publics et les intérêts publics. La Cour sait qu'elle ne pourra probablement pas construire un mécanisme alternatif. Puisque la Cour a pour fonction de régler le litige concret, elle risque de causer plus de problèmes qu'elle ne sera en mesure d'en résoudre. « La question de la constitutionnalité dans un contentieux constitutionnel sérieux est réduit au jugement des circonstances entourant l'incident (...) le problème constitutionnel, abstrait, peut donner lieu à de mauvaises conclusions sans lien avec le cas concret ». Cet argument est inspiré de l'opinion dissidente de Frankfurter dans la décision *Irvin*<sup>708</sup>.

### § 3 Contenu du principe et lien avec la doctrine du fait législatif

581. Le principe de présomption de constitutionnalité peut être résumé en 4 points :

582. Tout d'abord, c'est une présomption qui touche les raisons ayant conduit à l'élaboration de la loi et les faits qui supportent la rationalité de la loi. Ensuite, s'il manque un fondement de faits raisonnables dans le jugement de valeur du Congrès, le principe de présomption s'apparentera à un contrôle de la rationalité, c'est-à-dire qu'il visera la rationalité des objectifs établis par la loi et de l'existence de moyens raisonnables pour atteindre ces objectifs. Puisque le principe de présomption de constitutionnalité est une présomption des conditions factuelles qui supportent la législation, c'est un problème de la preuve (ou de *judicial notice*). C'est un principe utilisé dans l'évaluation de la législation ayant trait au domaine économique, où le juge utilise le test de la rationalité, mais qui ne s'applique pas dans le cas des libertés mentales<sup>709</sup>.

---

sustains the statute. In twenty years, evidence has steadily accumulated of the danger to the public health from the general consumption of foods which have been stripped of elements essential to the maintenance of health (...) hird. We may assume for present purposes that no pronouncement of a legislature can forestall attack upon the constitutionality of the prohibition which it enacts by applying opprobrious epithets to the prohibited act, and that a statute would deny due process which precluded the disproof in judicial proceedings of all facts which would show or tend to show that a statute depriving the suitor of life, liberty or property had a rational basis. But such we think is not the purpose or construction of the statutory characterization of filled milk as injurious to health and as a fraud upon the public. There is no need to consider it here as more than a declaration of the legislative findings deemed to support and justify the action taken as a constitutional exertion of the legislative power, aiding informed judicial review, as do the reports of legislative committees, by revealing the rationale of the legislation. Even in the absence of such aids, the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless, in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators »

<sup>708</sup> Page 347 U. S. 147 « « Since due process is not a mechanical yardstick, it does not afford mechanical answers. In applying the Due Process Clause, judicial judgment is involved in an empiric process in the sense that results are not predetermined or mechanically ascertainable. But that is a very different thing from conceiving the results as ad hoc decisions in the opprobrious sense of ad hoc. Empiricism implies judgment upon variant situations by the wisdom of experience. Ad hocness in adjudication means treating a particular case by itself and not in relation to the meaning of a course of decisions and the guides they serve for the future. There is all the difference in the world between disposing of a case as though it were a discrete instance and recognizing it as part of the process of judgment, taking its place in relation to what went before and further cutting a channel for what is to come. »

<sup>709</sup> Note perso je pense que je vais supprimer. A comparer avec Frankfurter : « Judicial self-restraint is equally necessary whenever an exercise of political or legislative power is challenged. There is no warrant in the constitutional basis of this Court's authority for attributing different roles to it depending upon the nature of the challenge to the legislation. Our power does not vary according to the particular provision of the Bill of Rights which is invoked. The right not to have property taken without just compensation has, so far as the scope of judicial power is concerned, the same constitutional dignity as the right to be protected against unreasonable searches and seizures, and the latter has no less claim than freedom of the press or freedom of speech or religious freedom. In no instance is this Court the primary protector of the particular liberty that is invoked. This Court has recognized what hardly could be denied, that all the provisions of the first ten Amendments are "specific" prohibitions, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4. But each specific Amendment, insofar as embraced within the Fourteenth Amendment, must be equally respected, and the function of this Court does not differ in passing on the constitutionality of legislation challenged under different Amendments. » pp. 648-649 Son opinion dissidente cite avec lyrisme Thayer (p.668) et Holmes. Voir également *Irvin V. Dowd* 359 U.S. 394. Voir également : « In our country, law is not a body of technicalities in the keeping of specialists or in the service of any special interest. There can be no free society without law administered through an independent judiciary. If one man can be allowed to determine for himself what is law, every man can.

583. A cet égard, une dernière remarque peut être faite, le professeur Nonaka note fort justement que le terme de présomption est probablement mal choisi et propose de parler selon la nature des droits de l'homme considérés d'estimation, de présomption irréfragable/forte ou de présomption réfragable/simple : il sera question d'*estimation* lorsque l'on fourni ou imagine rétrospectivement les raisons de la loi, et qu'elle ne sera pas renversée même si la preuve opposée est apportée par les parties. On parlera de présomption irréfragable/forte lorsque le juge fait prévaloir les faits fournis par la partie défendant la constitutionnalité de la loi contre ceux présentés en soutien d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Enfin on parlera de présomption simple, lorsque la présentation d'un fait législatif par la partie demandant la déclaration d'inconstitutionnalité peut conduire à écarter la présomption de constitutionnalité.<sup>710</sup>

---

That means first chaos, then tyranny. Legal process is an essential part of the democratic process. For legal process is subject to democratic control by defined, orderly ways which themselves are part of law. In a democracy, power implies responsibility. The greater the power that defies law, the less tolerant can this Court be of defiance. As the Nation's ultimate judicial tribunal, this Court, beyond any other organ of society, is the trustee of law and charged with the duty of securing obedience to it. » Page 330 U. S. 312 (Unlike the instances we have cited, the case before us is not concerned with an exertion of legislative power for the promotion of some specific need or interest of secular society -- the protection of the family, the promotion of health, the common defense, the raising of public revenues to defray the cost of government. But all these specific activities of government presuppose the existence of an organized political society. The ultimate foundation of a free society is the binding tie of cohesive sentiment. Such a sentiment is fostered by all those agencies of the mind and spirit which may serve to gather up the traditions of a people, transmit them from generation to generation, and thereby create that continuity of a treasured common life which constitutes a civilization.

<sup>710</sup> 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), « 立法裁量論 (La doctrine de la discrétion législative) » dans 講座憲法訴訟 (*Lectures de contentieux constitutionnel*), 2, 2012, 93-123. Page 41.



**SECTION 2 - LA DOCTRINE DU FAIT LEGISLATIF (立法事実)**

584. Ce que Fukase nomme fait législatif est défini au Japon comme « les faits généraux qui forment la base pour l'élaboration de la loi et qui supportent sa rationalité, des faits sociaux, économiques, politiques ou scientifiques. » Tous les juges font référence à un moment ou un autre les faits législatifs. Cette doctrine toutefois, est une spécificité du contentieux constitutionnel japonais et américain et de la manière de penser le contrôle de constitutionnalité comme *incident*, c'est-à-dire fondé sur la notion de litige. Quelques explications préalables sont donc nécessaires (§1), avant d'envisager leur contenu (§2)

**§ 1 Typologie des faits du contentieux constitutionnel**

585. Selon la typologie proposée par le Professeur Ebashi<sup>711</sup>, en contentieux constitutionnel japonais, les « faits » relatifs à la Constitution apparaissent dans une structure à trois niveaux : les faits adjudicatifs, les faits législatifs et les faits constitutionnels.

a. **Les faits adjudicatifs**

586. Ce que la doctrine américaine nomme *adjudicatives facts* est subdivisé au Japon en faits du litige (事件事実) ou fait judiciaire (司法事実)<sup>712</sup>, qui peuvent devenir des faits judiciaires constitutionnels (憲法的司法事実). Commençons par les faits du litige et les faits judiciaires. Dans un contentieux subjectif, lorsqu'une partie soulève qu'un de ses droits constitutionnels a été atteint, les faits de l'affaire sont utilisés pour appuyer cette demande. Par exemple, si, comme dans l'affaire Tokushima, la partie soulève que le droit de se réunir et de manifester est atteint par le régime d'une ordonnance sur la sécurité publique, le *fait du litige* est qu'il n'a pas possible pour cette partie de demander une permission. C'est ce qui constitue le litige. Dans les contentieux objectifs, la notion de litige n'est pas importante. Les parties ne soulèvent jamais l'atteinte à leurs droits subjectifs, on soulève simplement qu'une atteinte a eu lieu à des principes constitutionnels ou droits objectifs comme la séparation de l'état et de la religion, ou l'égalité du droit de vote, la situation de fait d'inégalité dans la valeur du vote, le fait que l'élection a eu lieu de manière non représentative, ou le fait qu'une cérémonie Shinto a eu lieu dans une municipalité qui a engagé des fonds publics pour payer cette cérémonie sont nommés *faits judiciaires*.

587. Ces deux types de faits peuvent être pris en compte par le juge et devenir des faits judiciaires constitutionnels définis comme un « un jugement de faits concernant une application spécifique de la Constitution dans l'affaire constituant la base pour le jugement constitutionnel. »<sup>713</sup> On propose toutefois de distinguer les faits judiciaires constitutionnels des faits judiciaires relatifs à des problèmes constitutionnels aussi nommés *background facts* ((憲法事実たる司法事実/背景事実) : la charge de la preuve est stricte pour les premiers et libre pour les seconds.

<sup>711</sup> 江橋崇 (EBASHI Takashi), « 立法事実論 (La doctrine du fait législatif) » dans 講座憲法訴訟 (*Lectures de contentieux constitutionnel*), 3, 2012, 69-91.

<sup>712</sup> On parlera également de faits du jugement (判決事実).

<sup>713</sup> Toutefois, le système judiciaire japonais est fondé sur la notion de litige, qui active le pouvoir judiciaire du juge, et la question est de déterminer le lien entre pouvoir judiciaire et pouvoir constitutionnel, et suivant que l'on intègre ou non le contentieux objectif au sein du pouvoir judiciaire, le lien de ce contentieux objectif avec le contentieux constitutionnel. Si l'on prend l'exemple du contentieux pénal ou le lien entre litige et problème constitutionnel est fort puisque le litige constitue souvent la base de l'argumentation constitutionnelle, la doctrine considère que ce lien n'est pas nécessaire : « la personne qui refuse de montrer son permis de conduire lors d'un contrôle de police n'envisage pas de devenir une partie test pour un long contentieux constitutionnel ». On estime donc que le lien n'est pas déterminé a priori mais dépend du type de contentieux. Si le

« Par exemple, dans le cas d'un crime d'interférence avec l'exécution de devoirs publics, la prévention de l'illégalité par la défense que son exécution publique était inconstitutionnelle n'est pas autorisée. Dans un tel cas, les faits liés à la question de l'exécution inconstitutionnelle des lois et règlements demeurent des données pour le jugement des circonstances et sont sujets à la libre preuve (...). En revanche, compte tenu de la demande de réparation pour des droits de propriété directement en vertu des dispositions de l'article 9, paragraphe 3 de la Constitution, et le cas de l'exclusion de la preuve au motif que la confession est due à la contrainte, l'incident lui-même a un caractère constitutionnel, tant de faits connexes exigent des preuves strictes. »

b. **Les faits législatifs**

588. Les faits législatifs ne sont pas en réalité des faits à proprement parler mais des théories sociales, économiques, politiques et scientifiques : « la peine de mort n'empêche pas le crime », « l'homicide sur ascendant crée un grand trouble à la société », « plus vite la légitimation d'un enfant à lieu plus certains sont les liens de filiation », « un bon parent psychologique est plus important qu'un mauvais parent biologique », « les femmes sont de constitution physique plus faibles que les hommes » etc... Ils sont présentés en soutien d'une argumentation visant à obtenir une décision de confirmation ou infirmation de la constitutionnalité par un juge. Cette décision aura des conséquences sous-entendues dans le fait législatif présenté au juge : maintien ou abolition de la peine de mort, sanction spécifique de l'homicide sur ascendant, maintien ou suppression du délai de forclusion pour les demandes en reconnaissance judiciaire de paternité, prendre en compte les meilleurs intérêts de l'enfant, maintien ou suppression d'une législation limitant les horaires de travail des femmes.

589. Le fait législatif le plus connu dans la doctrine constitutionnelle comparée : « la femme est de constitution plus faible qu'un homme » est attribué à Brandeis, lorsqu'il n'était encore qu'avocat pour l'Etat de l'Oregon et a ici servi de justification permettant de déclarer la législation constitutionnelle. En 1908 l'Oregon souhaita pour défendre la constitutionnalité d'une loi visant à réduire les heures de travail des femmes dans l'affaire Muller c. Oregon<sup>714</sup>. Brandeis présentât à la Cour un mémoire de plaidoirie, un « brief » de 113 pages<sup>715</sup> pour soutenir la constitutionnalité d'une loi considérée comme progressiste car limitant les heures de travail des femmes. Le mémoire était constitué de 98 pages uniquement dédiées à des analyses statistiques et sociologiques, et a défaut d'être le premier du genre<sup>716</sup>, influença fortement la Cour, qui jugea à l'unanimité la loi constitutionnelle. Le juge Brewer connu pour son laissez-faire le mentionna expressément dans la décision. Bien que ce mémoire constitue encore aujourd'hui un standard dans les arguments relatifs aux droits sociaux, notons immédiatement qu'un tel argumentaire est aujourd'hui particulièrement critiqué par les courants doctrinaux féministes américains.<sup>717</sup> On remarque dès l'origine une caractéristique importante du fait législatif : il n'a pas à être vrai, il doit simplement à avoir pu rétrospectivement être conçu comme vrai pour un législateur raisonnable lorsqu'il a édicté la loi<sup>718</sup>. Les États-Unis favorisant une interprétation statutaire littérale, la prise en compte de ces faits a rapidement posé question et le Professeur Kenneth Culp Davis leur a dans un ouvrage de référence donné un nom : « une cour se débat avec des questions de droit ou de

<sup>714</sup> Muller ayant été condamné a une amende de 10\$ sur la base de la loi sus-mentionnée, il l'en attaqua la Constitutionnalité.

<sup>715</sup> <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety>

<sup>716</sup> David E. Bernstein, Brandeis Brief Myths, 15 GREEN BAG 2D 9 (2011) Notant que ce n'est pas le premier exemple de ce type, mais le plus célèbre.

<sup>717</sup> Kathryn M Stanchi, Bridget J Crawford et Linda L Berger, *Feminist Judgments: Rewritten Opinions of the United States Supreme Court*, Cambridge University Press, 2016 aux pp 78-83.

<sup>718</sup> Kenneth L Karst, « Legislative Facts in Constitutional Litigation » (1960) 1960 Sup Ct Rev 75-112 à la p 84. Notant que ce constat est partagé par tout ceux qui ont écrit sur le fait législatif.

politique, elle agit de manière législative et les faits qui permettent de former son jugement peuvent être nommés faits législatifs (*legislative facts*) »<sup>719</sup>.

590. Mais la question resurgit dès qu'une nouvelle théorie sociale, économique ou scientifique dépasse le cadre universitaire pour entrer dans les cercles juridiques et dans la société au sens large. Prenons l'exemple de la théorie du parent psychologique qui place au centre de son raisonnement la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Elle fut introduite en 1963 dans les cercles juridiques par les professeurs Goldstein, Freud et Solnit par une note au *Yale Law Journal*<sup>720</sup> et développée dans un ouvrage<sup>721</sup>. Dans les années qui suivirent leur publication, un nombre considérable de décisions s'y référèrent, certaines l'acceptant totalement d'autres la refusant, l'une des décisions de refus ayant eue d'ailleurs, pour l'anecdote, la particularité d'avoir l'un des trois auteurs comme expert.<sup>722</sup> En général lorsque les experts ne s'accordent pas devant le juge, celui-ci rejette le fait législatif, mais l'influence des faits législatifs est difficilement contestable et vient parfois se matérialiser dans les textes. Ainsi depuis 1981 la Convention Internationale des Droits de l'Enfant prévoit dans son article 9 que :

« Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans **l'intérêt supérieur de l'enfant**. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant. »

591. Nous avons évoqué le cas des professeurs et juges Japonais ayant été formés après guerre aux États-Unis aux spécificités du droit constitutionnel américain. La doctrine du contentieux constitutionnel japonaise contemporaine synthétise leurs réponses et poursuit leurs réflexions. Première différence importante : au Japon, l'interprétation de du but de la loi a été traditionnellement favorisée par rapport à l'interprétation littérale centrale aux États-Unis, les enjeux sont donc différents<sup>723</sup>. Il est rare que la Cour se contente d'un examen de conformité entre la loi et la Constitution en se basant sur les seules dispositions et il est fréquent pour la Cour de faire référence aux faits législatifs et de baser son jugement dessus. Ainsi la Cour de district de Sapporo fit expressément référence à la théorie du fait législatif

<sup>719</sup> Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, Harvard Law Review Association, 1941 à la p 404.

<sup>720</sup> « Alternatives to "Parental Right" in Child Custody Disputes Involving Third Parties » (1963) 73:1 *The Yale Law Journal* 151-170, DOI : 10.2307/794597.

<sup>721</sup> Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J Solnit, *Beyond the best interests of the child [by] Joseph Goldstein, Anna Freud [and] Albert J. Solnit.*, New York, Free Press, 1973; Nanette Dembitz, « Beyond Any Discipline's Competence » (1974) 83:6 *The Yale Law Journal* 1304-1313, DOI : 10.2307/795484; Jane M Spinak, *When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate*, SSRN Scholarly Paper, ID 1030575, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1030575>>.

<sup>722</sup> Peggy C Davis, « "There Is a Book out...": An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts » (1987) 100:7 *Harvard Law Review* 1539-1604, DOI : 10.2307/1341230.

<sup>723</sup> ref« In contrast, in the past, in the United States, when invoking the unconstitutional review system, a method of judging contradiction and harmony between specific constitutional norms and the language of laws and regulations only by legal reasoning has been adopted, and later in the century It began to use it for the first time and then came to use a method to judge the constitutional suitability of laws and ordinances in response to knowledge such as history, philosophy, political thought, statistics, economics, sociology and so on. In the Constitutional Lawsuit in Japan, we have never seen such a change, but from the outset we have naturally seen how to proceed with discussions that use social facts. (...) What is noteworthy as a stepping stone of the theory of legislative fact in Japan is that Mr. Shiichiro Kawahara who was in charge of the position of the Supreme Court investigator at the time seems to have said "Can we review the legislative policy on criteria for unconstitutional judgment?" After that, at time both Judge Yasuo Kunio and Professor Shihi Ashi strongly tackled this problem and under the influence Masa Hasegawa On the other hand, Many keen points have been made, byTakeo Hayakawa ».

le 30 novembre 2001<sup>724</sup>. Les plaignants, fonctionnaires dans une école primaire et élémentaire à Hokkaido, étaient membre de l'Association des Enseignants d'Hokkaido. Ils participèrent à une grève le 13 Novembre 1954 d'une durée 1h30, furent disciplinairement sanctionnés par le défendeur sur la base de l'article 37.1 de l'Acte sur le service local. Les plaignants demandèrent la révocation de la sanction puis contestèrent la Constitutionnalité de la Loi au regard de l'article 28 de la Constitution qui prévoit que : « Le droit des travailleurs de s'organiser, de négocier et d'agir collectivement est garanti. »

« Malgré la nécessité à prendre en compte les faits économiques et sociaux (faits législatifs) qui supportent les fondations de la loi afin de rendre les décisions constitutionnelles plus concrètes et objectives, il n'y a pas de fait législatif qui supporte la rationalité d'une loi qui restreint le droit de grève des fonctionnaires. En d'autres termes, pendant la législation spécifique à la période d'occupation, la législation interdisant le droit de grève au Japon a été prise sous le pouvoir supra constitutionnel du commandement spécial des forces d'occupations par leur commandant, et a été accompagné par la répression des unions syndicales et un changement dans la politique régulatoire. Elle constitue une législation non ordinaire dans des circonstances où les faits législatifs étaient absents ou grandement distordus. A l'égard d'une telle législation, bien qu'il soit de la responsabilité du législateur de les réexaminer sur la base de faits législatifs (actuels) cela n'a pas été fait à ce jour. Par conséquent l'article 37.1 du 公地法 qui interdit les officiers publics entièrement et uniformément le droit de grève, viole le principe de nécessité minimum (必要最小限度の原則), et les principes de l'alternative la moins restrictive, et puisque qu'il n'y a pas de fait législatif qui en soutient la rationalité, elle viole l'article 28 de la Constitution ».

592. Au Japon le problème n'est donc pas tant de savoir s'il est légitime ou non de les utiliser mais de savoir quand et comment les utiliser. Et les recherches récentes montrent que l'obligation d'examiner le fait législatif n'est pas la même selon le type d'argument soulevé. Dans le système de contrôle incident de constitutionnalité, on traite de la conformité constitutionnelle de l'application des lois et des règlements à l'affaire, on peut soit soulever que ces normes sont inconstitutionnelles, soit soulever que ces normes sont constitutionnelles mais que l'état d'inconstitutionnalité résulte d'une erreur dans l'application à l'affaire. Bien les arguments que l'inconstitutionnalité soit intrinsèque ou relative à l'application ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, il y a une différence. Dans le second cas d'application inconstitutionnelle, l'application a eu des conséquences de fait que les parties sont les plus à même de pouvoir fournir. Il n'est pas nécessaire ici d'étudier le fait législatif. Au contraire dans le premier cas d'inconstitutionnalité intrinsèque, l'argument d'atteinte à ses droits constitutionnels est soulevé mais ne forme pas pour la doctrine japonaise le cœur du contentieux, c'est simplement que l'état d'inconstitutionnalité étudié dans le procès de la norme empêche la résolution du litige dans le procès ordinaire. Ici le juge peut prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi et du règlement (法令違憲判決) et l'étude du fait législatif est alors nécessaire.

<sup>724</sup> Cour de district de Sapporo, 30 novembre 2001, *Droit de manifester des enseignants de Sapporo*, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=008689](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=008689), 1993 (Gyo-u) 14. 判決 / 棄却 《 また、憲法判断をより具体化、客観化するため、法律の基礎にあって、それを支えている社会的、経済的事実（立法事実）を検討することが必要不可欠であるにもかかわらず、公務員の争議行為を制限する法律の合理性を支える立法事実は存在しない。すなわち、わが国の争議行為禁止法制は、占領下という特別な状況の中で、占領軍による労働組合の抑圧、規制政策への転換に伴い、占領軍最高司令官の指示という超憲法的権力により一方的に制定されたものであって、立法事実が事実上存在しない又は大きく歪められた状況の下での異常な立法であった。そして、このような立法については、その後、立法府の責任において、立法事実に基づいて再検討を行わなければならないにもかかわらず、今日に至るまでそれが行われていない。よって、公務員に対して争議権を全面的かつ一律に禁止する地公法37条1項は、必要最小限度の原則及びLR Aの原則に反しており、また、その合理性を支える立法事実が存在していないから、憲法28条に違反する。 ”

c. **Les faits constitutionnels**

593. Le troisième type de fait du contentieux constitutionnel est pour Ebashi celui qui apparaît lors de l'interprétation de la norme-attribution dans la Constitution.

« Alors qu'en Angleterre Dicey a par exemple déclaré que « le contenu de la Rule of Law est l'ensemble des droits individuels normalement jugés par la Cour des procès individuels ». Dans ces pays de Constitution non-écrite (Constitutionnalisme non-compositionnel 非成文憲法主義) l'examen des faits législatifs va conduire à l'examen et à la garantie des droits de l'homme. Mais dans les pays de Constitution écrite comme le Japon (Constitutionnalisme compositionnel 成文憲法主義), le contenu de la procédure constitutionnelle est interprété par les Cours. Elle se concentre sur les cas d'application de la Constitution aux cas concrets, et demande une base factuelle pour cette interprétation. Par conséquent, lorsque le jugement de la Cour de la justiciabilité constitutionnelle des lois, règlements ou dispositions administratives est sollicité par les parties, elle ne peut pas immédiatement procéder à un jugement substantiel. Avant un tel jugement substantiel de l'affaire, elle décide d'abord si elle peut ou non faire un kempo handan, c'est-à-dire qu'elle examine si la Constitution lui donne une telle autorité. Pour cela, il est nécessaire d'interpréter les lois et réglementations qui fixent l'autorité de la Cour<sup>725</sup>, la Constitution et la LOC, mais il est également nécessaire d'interpréter les faits qui supportent cette interprétation. Ainsi, le choix du système incident de contrôle de constitutionnalité est justifié par la volonté d'éviter les recours superflu (濫訴の弊害). On peut voir pareils phénomènes dans la théorie de l'acte de gouvernement et dans la théorie du jugement de circonstance. (...)»

594. Un exemple de ces faits constitutionnels relatifs à la norme d'attribution et examiné par le juge se trouve dans la décision Réserve Nationale de Police<sup>726</sup> :

« Le plaignant affirme que la Cour Suprême, tout en ayant le caractère d'une cour judiciaire présente également un caractère additionnel dans l'exercice d'une autorité spéciale extrajudiciaire qui n'est ni législative, ni exécutive en nature consistant à pouvoir déterminer, en tant que Cour de premier et dernier ressort, la constitutionnalité d'une loi, réglementation ou acte officiel de manière abstraite, en l'absence de tout problème juridique concret. Lorsque nous examinons les institutions correspondantes d'autres pays, il est vrai que, en plus des pays où le pouvoir de review des questions de constitutionnalité est investi dans les cours judiciaires, il y a d'autres pays où ce n'est pas le cas et où, à la place, un organe spécial établi pour ce but a été habilité pour prendre des décisions générales et abstraites concernant la constitutionnalité des lois, ordres et affaires, et de les rendre nuls et non avenue, peu importe l'existence d'un litige juridique concret. Toutefois, l'autorité qui a été investie dans nos cours sous le système actuellement en vigueur consiste dans l'autorité à exercer le pouvoir judiciaire, et pour que ce pouvoir judiciaire puisse être invoqué, un litige juridique concret doit être présenté à la Cour. Nos cours ne peuvent exercer un pouvoir où, dans l'absence d'un tel litige juridique concret, elles rendraient un jugement abstrait anticipant le futur et relatif à des problèmes douteux ou controversés concernant l'interprétation de la Constitution, des Lois, Ordres... |Actuellement, la Cour Suprême possède le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, ordres et assimilés, mais cette autorité ne peut être exercée que dans les limites du pouvoir judiciaire ; sur ce point la Cour Suprême n'est pas différente des juges du fond (art. 76 de la constitution ). Le plaignant base ses demandes sur l'article 81 de la Constitution ; toutefois l'article 81 qui stipule que la Cour Suprême est la cour de dernier ressort pour les cas impliquant la Constitution, ne permet pas l'inférence que la Cour a un pouvoir spécifique de contrôler la constitutionnalité de manière abstraite, ni quelle dispose d'une juridiction exclusive (c'est-à-dire, une juridiction comme cour de première et dernière instance) sur de telles affaires. L'argument du plaignant concernant les qualifications spéciales requises au juge de la cour suprême fait référence au but de l'article 41, paragraphe 1 de la loi sur l'organisation des cours. Toutefois, ces exigences se rapportent

<sup>725</sup> Reflexion indiquant le caractère « législatif » de la Constitution et supra-législatif de la LOC maintes fois évoqué. La Constitution est la Loi Suprême, mais une loi. La LOC est une loi quasi constitutionnelle.

<sup>726</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 8 octobre 1952, Suzuki contre Japon ou Affaire concernant la Réserve de Police Nationale. (警察予備隊事件), Minshu, Vol.6, n°9, p.783, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=4](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=4), 1952 (Ma) 23, 判決 / 棄却.

au fait que la Cour Suprême porte la grave responsabilité de décider de problèmes importants, comme les questions de constitutionnalité, comme Cour de dernier ressort. «

595. Mais ce fait constitutionnel apparaît également dans l'interprétation de la norme-référence. Ainsi «un grand nombre de dispositions de la Constitution ne peuvent être interprétées sans avoir recours aux théories sociales, politiques ou économiques dominantes dans la société» Ebashi cite l'article 9, le minimum pour le «niveau minimum de vie matérielle et culturelle» de l'article 25, ou la «juste compensation» de l'article 29, «l'arrestation ou détention prolongée» de l'article 38.

## § 2 La prise en compte des faits législatifs

596. Le professeur Ebashi reprend une analyse proposée par Karst en 1960<sup>727</sup>, qu'il adapte au système japonais, considérant que «ce diagramme pose les droits de l'homme en position dominante (...) sans intégrer la doctrine du double standard». Il distingue les faits basés sur les mérites et démérites de la loi.

597. En ce qui concerne ce qu'il nomme **les faits basés sur les mérites de la loi** (立法のメリットに関する事実). Ebashi distingue deux problèmes. Tout d'abord l'importance du droit régulé et la nature du but législatif : quel type d'intérêt légal et dans quelle mesure sera-t-il réalisé par l'application de la régulation ? Est-ce substantiel et d'une grande importance pour le gouvernement, ou s'agit-il d'un simple bénéfice juridique ? La législation a-t-elle un but passif visant à prévenir l'atteinte à un intérêt légal ou un but actif visant à réaliser l'Etat providence ?

598. Second problème : le **potentiel de la régulation**. Quelles sont les probabilités de réalisation de cet objectif ? Cette méthode de régulation montre-t-elle des avantages comparatifs objectifs par rapport à une régulation plus douce ? En second lieu en ce qui concerne les **faits basés sur les démérites de la loi** (立法のデメリットに関する事実). Ici aussi Ebashi distingue deux problèmes. Tout d'abord de degré de la contrainte sur les libertés et la liberté accordée à l'administration dans son action, et ensuite la faisabilité de la régulation. Dans quelle mesure cette régulation sera complètement déployée ? Dans quelle mesure cela accroît les contraintes sur les libertés par rapport à d'autres méthodes d'atteindre le même objectif ? (LRA) Il propose ensuite un test de mise en balance de ces mérites et démérites : si le *droit* régulé est important, est-ce que l'*intérêt légalement protégé* l'est également ? Est-ce que la régulation est un minimum nécessaire à l'accomplissement de l'objectif, ou seulement l'un des moyens raisonnables pour cela, mais non minimum ? Il précise toutefois que son propre diagramme se lit de manière axiologique.

<sup>727</sup> Karst, *supra* note 758 à la p 84; 江橋崇 (EBASHI Takashi), *supra* note 751 aux pp 79-81. (...) every constitutional issue contains important factual elements which control the decision whether they are expressly considered or remain buried in the mental equipment which the judge brings to the decisional process.

A. On the objective (or purpose, or utility) side of the balance, the questions of legislative fact are these:

1. How much will this regulation advance the chosen governmental objective? It is essential to recognize that there are two parts to this question:

a) If the regulation is completely successful, how much more safe, or healthy, or moral will the community be?

b) What is the chance of complete success for the regulation? Of partial success?

2. How much more will this regulation advance the objective than some other regulation which might interfere less with constitutionally protected interests?

B. On the impact (or cost) side, the questions of legislative fact are exact parallels:

1. How much will freedom (of speech, of commerce, etc.) be restricted by this regulation? This question also divides into two parts:

a) If the regulation operates with its maximum restrictive effect, how, and how much, will freedom be restricted?

b) What is the chance that the regulation will have its maximum restrictive effect? A partial effect?

2. How much more restrictive is this regulation than some other regulation which might achieve the same objective?

599. Mais Ebashi soulève également le problème de leur découverte car le système législatif japonais est extrêmement bureaucraté :

« Aux États-Unis, l'autorité législative est en pratique concentrée dans les mains du Congrès qui dispose de la capacité de recueillir des informations connexes par le parlement et les législateurs, la capacité de délibérer des projets de loi est élevée, la conservation des dossiers au Parlement est efficace, compréhensible. Cependant, dans le cas du Japon, c'est un système de cabinet parlementaire, la pratique normale est la présentation d'un projet de loi par le Cabinet, l'opinion des différents « mondes » et les opinions des experts sont consolidées par les bureaucrates avant la soumission du projet de loi. Lorsqu'ils discutent d'un projet de loi au Congrès, les bureaucrates n'utilisent les faits législatifs que pour la défense indirecte du projet, (...) ils sont annoncés indirectement. Les conflits d'intérêts dans divers domaines ont été réglés par les bureaucrates avant de soumettre le projet de loi. (...) le processus d'intégration dynamique au Congrès n'est pas nécessaire, c'est-à-dire que le rôle du pouvoir administratif dans la fonction législative est élargi (...). L'examen du processus législatif est inadéquat. De plus, la partie parlementaire ne conserve pas nécessairement systématiquement les documents de référence utilisés dans la discussion du projet de loi. De plus, récemment, il y a de plus en plus de cas où des décisions législatives spéciales sont prises par des organisations spéciales comme le comité d'enquête administrative extraordinaire et l'organisation du parti du PLD, et l'autorité législative est limitée par le mécanisme national (...) Par conséquent, au Japon, il est nécessaire de mener une enquête approfondie sur le processus législatif qu'aux États-Unis. »<sup>728</sup>

600. Ebashi défend enfin l'idée qu'il est souhaitable de considérer les parties comme une source d'information sur l'Etat de la société et de ne pas rester en vase clos législateur-juge-experts, même en y ajoutant l'*amicus curiae*.

---

<sup>728</sup> 江橋崇 (EBASHI Takashi), *supra* note 751 à la p 85.

## SECTION 3 - LA DISCRETION LEGISLATIVE (立法裁量論)

601. Il sera question de la définition de la doctrine de la discrétion législative (§1) puis nous présenterons son usage par le juge selon qu'il s'agisse, selon le critère majoritairement reconnu au Japon, d'une discrétion législative large (§2) ou d'une discrétion législative étroite (§3).

## § 1 Définition de la discrétion législative

602. La doctrine de la discrétion législative, en tant que pratique de la Cour est ancienne, mais variable : le juge justifiant son refus d'examiner la constitutionnalité par la mention *c'est du ressort de la politique législative*, alors qu'il a parfois pu s'intéresser au contenu de la législation et donc passer la porte du *kempo handan*, sans montrer une telle retenue. Le respect attaché à la discrétion législative n'est donc toujours le même. En tant qu'objet d'étude par les universitaires, la question est de savoir où la localiser et de définir un critère permettant de savoir quand le juge l'utilise.

603. Lorsque l'on cherche à comprendre ce qu'est doctrine de la discrétion législative, il est utile de commencer par bien saisir ce qu'elle n'est pas. Cette doctrine ne concerne pas l'étude du *pouvoir discrétionnaire* des assemblées ou du gouvernement, c'est à dire des actes d'autonomie du Parlement (自律権に関する行為) pris volontairement pour assurer la bonne organisation et le bon fonctionnement interne d'une des chambres du parlement, ou des actes discrétionnaires du Gouvernement (自由裁量に関する行為), que nous avons étudiés dans la *doctrine du problème politique*.

604. Pour les universitaires, comme le note le Professeur Kai Sunao : "la discrétion législative est un des aspects de la retenue du pouvoir judiciaire, comme peut l'être la doctrine du double standard"<sup>729</sup>. C'est donc une prudence qui vise le pouvoir d'examen constitutionnel, et non la capacité à déclarer la norme inconstitutionnelle. Mais la doctrine de la discrétion législative et celle du double standard ne se situent pas au même niveau.

605. La discrétion législative se situe est à la phase préliminaire au jugement, le *kempo handan*, tandis que la doctrine du double standard a lieu pendant l'examen constitutionnel. Pour le Professeur Nonaka la doctrine de la discrétion législative « n'est pas un problème de contradiction de la loi avec la Constitution, ni un problème de légitimité de la loi, cela signifie simplement que ce qui est soulevé dans l'argumentaire des parties n'est pas la cause d'un problème constitutionnel, mais que c'est un problème de fait. Car la Constitution reconnaît naturellement au législateur un pouvoir de décider du contenu de la loi aussi longtemps qu'ils n'entrent pas en contradiction avec la norme constitutionnelle »<sup>730</sup>.

606. C'est alors un synonyme de politique législative, « qui fonctionne comme une paraphrase signifiant : c'est une question de choix dans le cadre permis par la Constitution »<sup>731</sup>. C'est en tout les cas pour le Professeur Shiki Ashi un problème pour le futur et « il est nécessaire de distinguer les types de discrétion, les modes de raisonnement ».

<sup>729</sup> [http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1017ommission\\_of\\_legislation.htm](http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1017ommission_of_legislation.htm) Pour une transcription de son cours sur la question.

<sup>730</sup> 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko), *supra* note 750 à la p 99.

<sup>731</sup> « However, as in the case of the legislative policy, the words legislative discretion are often shown as the conclusion of the interpretation of the court. In other words, when it is said that "it is a matter of legislative discretion", it also includes the meaning "it is a matter of choice within the framework permitted by the Constitution", in other words even when it is only a paraphrase that it is constitutional. This tendency seems to be strong especially when the words of legislative discretion and legislative policy are used irrespective of examination criteria. »



607. Pour le juge Yokota Kisaburo, «le problème de la politique législative est une question qui est du ressort de la machinerie législative et que le corps législatif peut décider de manière appropriée par discrétion, en considérant les circonstances réelles de la société et d'autres facteurs. Par conséquent, la légitimité de la législation peut devenir un problème, mais la pertinence constitutionnelle n'en n'est pas un, c'est à dire, que ce soit légal ou illégal sous la Constitution n'est pas la question.»<sup>732</sup> D'autres juges sont plus sceptiques le juge Yukio Sonobe énonçant par exemple, à l'occasion d'une table ronde intitulé *30 ans de contentieux constitutionnel*, « que la tendance du législateur à arguer de la discrétion législative dès que possible pose problème ».
608. En quoi est-elle différente du fait législatif ? L'Assemblée Nationale évalue les *faits législatifs* et produit sa législation par rapport à ceux qu'elle privilégie, mais certains faits législatifs ne nécessitent pas de législation particulière. Le législateur à la liberté d'exercer une certaine discrétion sur certains d'entre eux : par exemple, le fait législatif « élire des parlementaires qui vont représenter l'ensemble de la Nation » peut conduire à opter pour un système de représentation proportionnel, uninominal, plurinominal etc. Avec toutes les réserves nécessaires (cette recherche ne vise pas à établir une théorie du contentieux constitutionnel), on pourrait dire que le fait législatif, c'est la justification de la loi construite par le juge, et que la discrétion législative, c'est la marge de manœuvre accordée au législateur sur le but et les moyens.
609. La théorie la plus connue sur la question est celle de Hidenori Tomatsu et nous allons suivre ses développements. Pour lui la discrétion législative porte, «lorsque l'on demande à la Cour d'examiner la constitutionnalité de la loi », sur « son refus d'examiner les moyens d'atteindre le but de la loi et ce but lui même, et son refus de faire son propre jugement de la politique législative, en raison du respect qu'elle attache au jugement politique du législateur»<sup>733</sup> Il établit 4 éléments qui déclenchent son usage (input) et deux conséquences sur le test qu'il va utiliser (output). Tomatsu organise la jurisprudence faisant usage de cette doctrine de la manière suivante : «(1) Lorsqu'il est nécessaire de faire un jugement sur différents éléments des mesures législatives, (2) lorsqu'il s'agit d'un jugement sur la situation fiscale du pays, (3) lorsque le jugement est accompagné d'une expertise technique, (4) lorsqu'il s'agit de l'évaluation d'une politique législative complexe ou subtile, la branche législative est plus à même de décider que la branche judiciaire et le juge évite en général l'examen.»<sup>734</sup> Toutefois si le juge décide de procéder à l'examen cela va influencer sur le choix du type de test de la rationalité. Lorsque le juge reconnaît une **discrétion législative large**, il utilise le test de la clarté, lorsqu'il reconnaît une discrétion législative modérée, il utilisera le test de la stricte rationalité, lorsqu'il ne reconnaît aucune **discrétion législative**

<sup>732</sup> 横田喜三郎 (YOKOTA Kisaburō), 違憲審査 (*L'examen d'inconstitutionnalité*), 東京, 有斐閣, 1968. Cité par Nonoka page 101, nbp. 1,2 et 3. « 立法政策の問題ということは、立法機関にまかされた問題であって、立法機関が社会の実情、その他諸般の事情を考慮し、裁量によって適宜に決定のできるものであるということになる。その帰結として、立法上の当否は問題になるけれども、憲法上の適否は問題にならない。つまり、憲法上で適法か違法かということとは問題にならない。なお、立法機関にまかされた問題というのは、法律にまかされた問題とか、法律にまかされ、法律で決定する問題とかいうのと実質的に同じである。また、社会の実情、その他の諸般の事情を考慮するということが、裁量によって適宜に決定するということが密接な関係のあることで、諸般の事情を考慮して決定するときは、お右のような分析はあたっていい。ただここでは右のように理解された立法政策ないし立法裁量の観念自体を問題にしたい。 »

<sup>733</sup> 戸松秀典著 (HIDENORI Tomatsu), 立法裁量論 (*Théorie de la discrétion législative*), 有斐閣, 1993 à la p 3. Il n'y a pas de contradiction entre les propos de Nonoka qui signale des cas où la Cour ne fait pas mention du type d'examen, et le lien établi par Tomatsu et la doctrine et l'examen. Cela correspond à une période allant de 1947 à 1955, le lien ayant été établi par la Cour elle-même comme nous allons le voir. Considérons simplement qu'il s'agit dans ce cas d'une discrétion législative totale.

<sup>734</sup> 戸松秀典 (TOMATSU Hidenori), 憲法訴訟 (*Procédure constitutionnelle*), 東京, 有斐閣, 2008 à la p 253.

**étroite**, il utilisera le test de la rationalité rigoureuse<sup>735</sup>. Ces travaux mettent ainsi en lumière une caractéristique particulière de cette doctrine, il s'agit davantage d'une doctrine *préalable* que d'une doctrine de *l'évitement*.

## § 2 La discrétion législative large (広い立法裁量)

610. Ce type de discrétion est utilisée lorsque la Cour considère manquer d'expertise (compétence épistémique), ou de compétence juridique (légitimité démocratique). Commençons par les cas où elle considère manquer d'expertise. Le juge respectera les choix du législateur, sauf s'ils sont clairement irraisonnables. Ce test de la clarté distingue la discrétion législative large de la doctrine du fait législatif où la clarté de la loi n'est pas étudiée. Ainsi dans l'affaire sur *les petits commerces* du 22 novembre 1972 que nous avons déjà étudiée la Cour déclara que :

« Afin de parvenir un développement équilibré et harmonieux de l'économie sociale dans son ensemble, avec pour but de parvenir à un développement de l'économie nationale et de la stabilité dans la vie des gens, il est possible de prendre des mesures législatives et réglementaires restreignant l'activité économique d'un individu, aussi longtemps que cela reste dans un cadre raisonnable et nécessaire pour parvenir à cette fin. Les mesures légales régulatrices du champ social et économiques sont laissées à la discrétion politique et technique du législateur, et elles sont inconstitutionnelles seulement si elles sortent clairement du champ de ce pouvoir discrétionnaire et sont irrationnelles. (...) Les mesures de la Loi sur les petits commerces sont adéquates au but recherché et ne peuvent être considérées comme clairement extrêmement irraisonnées et ne sont donc pas contraire à l'article 22 de la Constitution ».

611. Cette décision ne signifia pas que le demandeur ne verrait pas sa demande se concrétiser. Le juge envoie ici un message au législateur : « Qualifier les mesures destinées à achever un développement « harmonieux » de l'économie et à prendre en compte les circonstances spéciales des petits et moyens commerces (...) la décision de circonstance peut apparaître inutile pour les Américains qui voient simplement que le plaignant a perdu l'affaire. Mais en réalité cela à une grande signification. Le respect qui existe pour le judiciaire signifie que des changements (législatifs) auront lieu afin d'atteindre certains si ce n'est tous les objectifs du plaignant, pendant que le défendant (l'Etat) ne perdra pas la face. »<sup>736</sup>

612. Différemment, dans l'une des premières affaires sur les bains publics (浴場距離制限判決 (datant du 26/01/1955), le juge procéda directement à un examen approfondi du système, mais le refus de déclarer l'inconstitutionnalité est le même. Rappelons au préalable

<sup>735</sup> Kai Sunao : « Tomatsu argues that if the type of legislative discretion theory enters a specific examination of legislation, it responds to the rationality standard theory. That is, in the case of broad legislative discretion, a rationality standard in a narrow sense, a strict rationality standard (intermediate examination standard) in the case of narrow legislative discretion. (i will add) a rigorous examination standard in case of not applying the legislative discretion theory, i.e legislative inaction.

<sup>736</sup> Carl F Goodman, *The rule of law in Japan: a comparative analysis*, The Hague; New York, Kluwer Law International, 2003 à la p 503. "Regardless of the specific terms of the anti trust laws, it is harmony and cooperation not anticompetitive legislation that is at the foundation of Japan's economic system and the relationships between companies and the government. The Supreme Court in The Osaka Small Business Restraint case" referred to the Special Measures Law to Regulate Retail Commerce as a measure designed to achieve 'harmonious' development of the economy by taking into account the special problems of small- and medium-size business. **The circumstance decision may appear to be useless to Americans who simply see the plaintiff as having lost the case. But the reality is that the decision has great meaning. The respect for the judiciary means that changes will likely take place to achieve some if not all of the plaintiff's objectives, while the defendant is not faced with a loss of face.** In the *Nibutani Dam* case, the dam was built so the administrators got what they wanted and could say. 'we did not lose the dam\*. At the same time, the Diet obviously took account of the decision in passing the Ainu Shinpou, which while not giving the Ainu advocates all they wanted did start the process of education and preservation and respect for Ainu culture and values. The need for consensus in board decisions at most Japanese companies is a reflection of the need to achieve harmony. The process may be infuriating to the American businessperson who wants a decision NOW. but once consensus is achieved, the carrying out of the policy is eased. Semi-annual bonuses may be an act of grace by management as a matter of law. but negotiating the amount of the bonus and coming to agreement on the bonus creates a more harmonious relationship with the employee force and is better for the company, the workers and the society". Voir également Matsui p.219 sur les liens entre administration et secteur économique.

qu'au sortir de la guerre, des problèmes de distribution d'eau se posaient dans certaines préfectures et qu'une partie non négligeable de la population n'avait pas de salles de bains dans leurs domiciles :

« Les bains publics sont des établissements de bien-être qui implique leur caractère public, peut-être indispensable à la vie quotidienne de nombreux citoyens, et il est sage d'en confier l'installation (à l'initiative privée). Lorsque des mesures nécessaires au maintien d'un emplacement correct ne sont pas prises, il est difficile de maintenir la possibilité d'accès à de nombreuses personnes qui seront gênées dans l'usage quotidien de ces bains en raison d'une distribution inégale d'eau. Il est difficile de préserver une compétition non nécessaire pour la gestion des bains, de rendre cette gestion irraisonnable, sans craindre que cela aurait des conséquences sur la qualité sanitaire des bains publics. Au regard de ceux-ci, il est souhaitable de prévenir de tels effets en raison de la santé et de l'hygiène nationale, et souhaitable que les bains publics soient installés à des emplacements corrects (...) l'argument que le refus de permission d'installation ne respecte pas l'article 22 de la Constitution ne peut être accepté. »

Cette justification fut critiquée sur le plan technique, juridique et économique : l'évolution des techniques d'approvisionnement en eau pose rétrospectivement de sérieux doutes quant à sa pérennité, la situation de fait n'était pas valable pour tous les bains public<sup>737</sup> et plus généralement que le système de permission révèle des enjeux économiques que le juge comprend et fait sien (il accepte ou construit le fait législatif que la doctrine peut critiquer)<sup>738</sup>. La seconde chambre de la Cour suprême privilégia finalement la jurisprudence *petits commerces* le 20 janvier 1989 dans une autre affaire concernant les bains publics, en requalifiant l'objectif législatif visé par la distance d'installation en considérant qu'il s'agissait désormais d'une mesure *protectionniste* visant à protéger les *sentos* existant permettant de fournir à la population ne disposant pas de bains un accès<sup>739</sup>.

« En ce qui concerne cette législation qui a un but de politique socioéconomique actif, nous ne le déclarerons inconstitutionnel que s'il est clair/manifeste que les moyens pris par le législateur dévient de son pouvoir discrétionnaire et sont particulièrement irrationnels (référence à l'affaire des marchés) et la question de la réglementation de l'emplacement des distances d'installations ne rentre pas dans ce cas. »

613. Ce type de discrétion ne s'applique pas qu'au problème de la liberté d'installation et de commerce. En 1982 Dans *l'affaire Horiki*<sup>740</sup>, une mère aveugle divorcée se vit refuser l'allocation d'aide pour parents élevant seuls leur enfant prévue par la Loi de soutien à l'enfance car elle percevait déjà sa propre allocation. La Cour de district jugea que

<sup>737</sup> Kamata, *supra* note 198 à la p 189.

<sup>738</sup> J Mark Ramseyer, « Doctrines and Rents in Japan: A Comment on Professors Osuka and Nakamura » (1990) 53:2 Law and Contemporary Problems 29-33 à la p 31. Pour une analyse économique très intéressante: « Consider some of Professor Nakamura's examples. Rules establishing minimum distances between bathhouses effectively raise profits to existing bathhouses. After all, by increasing the cost of patronizing a rival, the rules make geographic monopolization easier. True, because the state prohibits price competition in the bathhouse industry, the restrictions may not affect price. They will, however, lessen the competition in the quality of bathhouse services. Limits on the distances between retailers and pharmacies accomplish much the same thing. As a result, each of these regulations enables firms in an industry to extort wealth from consumers who purchase the services, and to impose on society a net loss in the form of reduced consumption. Take bathhouses again. By reducing competition, the restrictions raise the price of a bath (given the quality of the service) above competitive levels. In so doing, they (a) transfer wealth to bathhouses from those patrons who continue to bathe at the higher price (given the level of service) and (b) create a social loss when some patrons who would have bathed in a competitive bathhouse market go unwashed because they find the services too poor (given the price). Much the same analysis applies to the other industries involved. Under current doctrine, however, so long as the industry explicitly and elaborately invokes the public interest, such restrictions are generally constitutional. That Japanese firms manipulate the state to obtain advantageous regulatory schemes should not surprise us; much the same thing happens in most societies.' Nor should the willingness of Japanese courts to protect such ploys surprise us; much the same thing happens in the United States. »

<sup>739</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 20 janvier 1989, *Loi sur les bains publics* (公衆浴場法違反), Keishu, Vol.1, n°1, p.43, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50334](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50334), 1981 (A) 1140, 判決 / 棄却.

<sup>740</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 7 juillet 1982, *Horiki ou Jugement pour savoir si l'article 4 (3) (iii) de la Loi sur l'allocation pour enfants (avant modification par la loi n° 93 de 1973) est contraire à l'article 25 de la Constitution* (堀木訴訟 / 行政処分取消等請求事件), Minshu, Vol. 36, No. 7, at 1235, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=68](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=68), 1976 (Gyo-Tsu) 30, 判決 / 棄却.

l'interdiction de double allocation était inconstitutionnelle car elle violait les dispositions constitutionnelles d'égalité de protection entre une famille type qui aurait inclus un père et/ou une mère en bonne santé cherchant pareille allocation. Cette décision influença la Diète qui supprima cette disposition de la loi.<sup>741</sup>

« L'article 25 de la Constitution est, par nature, destiné à fixer un objectif pour la fonction de l'État et s'attend à ce que le gouvernement de l'État exerce activement le pouvoir de l'État pour atteindre ces objectifs. En outre, les « normes minimales de vie saines et cultivées » prévues dans cet article sont un concept extrêmement abstrait ou relatif. Le contenu concret de ce concept devrait être déterminé au cas par cas, en tenant compte du niveau de progrès culturel, des circonstances économiques et sociales et du niveau de vie moyen. En outre, afin de matérialiser l'attente de cette disposition dans des lois spécifiques, les conditions fiscales de l'État ne peuvent pas être ignorées, et des questions complexes et diverses devraient être envisagées d'un point de vue hautement technique et les décisions politiques devraient être prises en fonction de cette considération. Par conséquent, quant à savoir quelles mesures législatives devraient être prises spécifiquement au regard de l'article 25 de la Constitution, et il est laissé au large pouvoir d'appréciation de l'autorité législative, et ce choix ou décision ne doit pas être soumis à un contrôle ou à une décision par voie judiciaire, à moins qu'il soit extrêmement déraisonnable et dépasse évidemment les limites ou constitue un abus du pouvoir discrétionnaire. »\*

614. D'autres cas sont fondés sur le manque de légitimité démocratique de la Cour, et montrent que la Cour estime que le représentant du peuple est le plus à même de décider. Dans l'affaire *Sunagawa*<sup>742</sup> de 1959 (砂川事件判決), la Cour suprême considéra que, à moins qu'un acte politique (ici le traité de sécurité organisant la présence américaine au Japon d'après-guerre et les actes en découlant) ne présentât un caractère évident d'inconstitutionnalité et de nullité, il tombait en dehors du domaine du pouvoir judiciaire<sup>743</sup>.

« Le Traité de sécurité, (...) se caractérise par un degré extrêmement élevé de considération politique, en raison de l'existence même de notre pays en tant que puissance souveraine et, toute détermination juridique quant à la constitutionnalité du traité ou non, est à bien des égards indissociables du haut degré de considération politique et du pouvoir discrétionnaire du cabinet qui a conclu le traité et de la part de la Diète qui l'a approuvé. Par conséquent, en règle générale, il existe un certain élément d'incompatibilité dans le processus de détermination judiciaire de sa constitutionnalité par un tribunal qui a pour mission l'exercice de la fonction purement judiciaire. En conséquence, à moins que ledit traité ne soit manifestement inconstitutionnel et nul, il échappe au pouvoir de contrôle judiciaire accordé au tribunal. Il convient de penser que la question de la détermination de sa constitutionnalité doit être laissée

<sup>741</sup>Si l'on regarde les conséquences de ce jugement, la Cour a mis en perspective en 2007 ce large pouvoir discrétionnaire du législateur en prenant en compte l'effort fait par le citoyen dans la mise en place du système lui-même. Le dispositif originel de l'Acte national sur les pensions dont la souscription était obligatoire par principe et volontaire sous certaines conditions notamment pour certains étudiants tout en prévoyant des exemptions sous conditions de ressources. Mais il existait plusieurs trous législatifs dont le suivant : il n'était pas prévu de pension pour les personnes devenues invalides mais inéligible au système de pension d'invalidité lorsqu'elles étaient étudiantes de plus de 20 ans à la date du premier examen médical et n'avaient pas choisi de participer au système de pension à cette date. La justification de la Cour fut systémique, elle n'attribua pas le même pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'un système de pension non contributif. « La faisabilité d'un régime de pension non contributif dépend en grande partie de la base financière du programme national de retraite et de la situation financière de l'État. Nous devrions conclure que le pouvoir législatif dispose d'un pouvoir discrétionnaire plus large pour choisir d'accorder ou non une pension non contributive en tant que pension complémentaire en vertu du système national de retraite qui est en principe un système de retraite de type assurantiel, et pour fixer les bénéficiaires admissibles et établir les conditions de paiement des pensions, **par rapport à ce que serait son pouvoir discrétionnaire concernant le système de pension contributif.** (...) Nous ne pouvons pas trouver l'incapacité du législateur à prendre de telles mesures comme étant significativement déraisonnable. En outre, bien qu'il existe une disparité en termes de recouvrement de la pension non contributive entre les étudiants âgés de 20 ans et plus et les personnes reconnues invalides avant l'âge de 20 ans, cette différence de traitement ne peut être considérée comme un traitement discriminatoire injuste appliqué sans motif raisonnable. Par conséquent, nous ne pouvons pas constater que l'omission du législateur est inconstitutionnelle en vertu de l'article 25 et de l'article 14, paragraphe 1 de la Constitution. »

<sup>742</sup>Cour Suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 1959, *Affaire Sunakawa*, Violation de la loi pénale spéciale adoptée à la suite de l'Accord administratif conclu en vertu de l'article III de la Politique de sécurité entre le Japon et les États-Unis d'Amérique (砂川事件), Keishu, Vol.13, n°13, p.3225, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=13](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13), 1959 (A) 710, 判決 / 破棄差戻, *supra* note 309.

principalement au Cabinet qui a le pouvoir de conclure des traités et la Diète qui a le pouvoir de les ratifier ; et finalement à la considération politique du peuple avec qui repose la puissance souveraine de la nation. Cela est vrai si la question de la constitutionnalité du traité sur la sécurité ou de l'action du gouvernement découlant de l'obligation conventionnelle est directement devant le tribunal ou si une telle question doit être déterminée comme condition préalable à la détermination d'un autre problème comme c'est le cas en l'espèce. »

615. Mais dans ce cas précis, si ce critère est suivi, et l'argument est le même depuis que le critère de la rationalité a été utilisé par Holmes aux États-Unis, la Cour ne prononcera quasiment jamais d'inconstitutionnalité. Mais cela peut arriver. Sous ces conditions, elle procéda à l'examen et déclara la loi inconstitutionnelle dans l'une des affaires dites du Parricide, mais elle est l'aboutissement d'une inflexion progressive de la Cour que nous allons expliquer.
616. Le Code criminel a longtemps disposé d'un traitement différencié de l'homicide volontaire et involontaire selon qu'ils étaient ou non commis sur ascendant ou épouse. L'homicide volontaire est passible d'un emprisonnement d'au moins 3 ans, d'emprisonnement à vie, ou de la peine de mort (art. 199 du Code pénal). Le régime de l'homicide volontaire sur ascendant était bien plus strict. Il ne prévoit que deux condamnations : l'emprisonnement à vie assorti de travaux forcés ou la peine de mort (art.200 du Code pénal). L'homicide involontaire est passible d'une peine à durée fixe aux travaux forcés d'au moins trois ans (art.205.1 du Code pénal). Cette peine peut aller jusqu'à la perpétuité lorsqu'il est commis sur un membre d'une même famille (art.205.2 du Code pénal). En 1950, dans l'affaire du *Parricide Yamato*, le défendeur fut jugé pour avoir tué son père à la suite d'une dispute familiale. La Cour de district de Fukuoka déclare l'article 205 inconstitutionnel en considérant que la possible appréciation différenciée des relations familiales dans l'évaluation des peines n'est pas une base raisonnable justifiant l'inégalité devant la loi. Pour le juge, l'emphase mise sur **les relations morales entre parents et enfants** était moyenâgeuse et anti-démocratique, **une loi traduisant cette conception** est inconstitutionnelle, et que toute prise en compte de ces **circonstances** l'était également<sup>744</sup>. La Cour suprême renversa la décision de la cour de district en jugeant constitutionnelle à 13 voix contre 2 la différence de traitement entre les deux types d'homicides involontaires en réaffirmant le « principe moral éternel de pitié familiale ». Dans la minorité, le juge Mano s'opposa à la décision car la différence de traitement constituait pour lui une rupture d'égalité devant la loi, et le juge Hozumi insista plus particulièrement sur le caractère irraisonnable de la possible condamnation à mort<sup>745</sup>.
617. Le 4 avril 1973, la Cour suprême, réunie en assemblée plénière et désormais rajeunie renverse complètement sa position antérieure, à l'occasion de trois affaires concernant l'homicide sur ascendant ou époux. Dans l'affaire du *Parricide Aizawa*, 6 juges rejoignent la position défendue par Mano pour lequel le double traitement de l'homicide est discriminatoire, et 8 autres admettent, comme le juge Hozumi, une distinction entre les deux régimes mais critiquent la lourdeur des peines envisagées. Dans cette affaire, la Cour suprême fait face au cas d'une femme violée et battue par son père, forcée à vivre comme sa conjointe et à élever leurs enfants. Tombant amoureuse d'un autre homme et craignant que son père ne s'oppose au mariage, elle le tua. Se basant sur des statistiques montrant que la majorité des cas de parricide étaient dû à des abus<sup>746</sup>, la Cour déclare par un vote de 14 contre 1, l'article 200 inconstitutionnel. La Cour identifie dans la loi un **objectif législatif d'établissement de**

<sup>744</sup> Kamata, *supra* note 198 à la p 183.

<sup>745</sup> Itoh, *supra* note 59 aux pp 148-149.

<sup>746</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 avril 1973, *Parricide Aizawa ou Togichi* (尊属殺法定刑違憲事件), Keishu, Vol.27, n°3, p.265, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=38](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38), 1970 (A) 1310, 判決 / 破棄自判. Kamata, *supra* note 198 à la p 189.

**peines différenciées.** Cet objectif est du ressort de la discrétion législative. Il est donc constitutionnel de fixer une condamnation plus importante en matière d'homicide sur ascendant. En revanche, il faut dans la poursuite de cet objectif permettre effectivement un choix raisonnable de peine différenciée au juge. A la différence de l'article 199, la formulation de l'article 200 empêche la suspension de peine<sup>747</sup>. C'est cette disposition qui est constitutive d'une atteinte irraisonnable au principe d'égalité. Elle limite les moyens d'action du juge. Elle dépasse la limite nécessaire à la poursuite de l'objectif législatif. Le juge appliqua à la défenderesse le régime général de l'homicide volontaire de l'article 199 du Code pénal.

« Si le degré de discrimination est extrême et que l'on ne peut trouver de fondement pour justifier ce moyen d'atteindre l'objectif législatif fixé ni de justification à l'objectif, la discrimination doit être considérée comme extrêmement irrationnelle et viole l'article 14 de la Constitution ».

618. Le seuil de tolérance vis-à-vis des inégalités tend simplement à s'abaisser au fur et à mesure que la société évolue, et l'évolution engagée par la Constitution de 1947 est substantielle, mais en matière d'interprétation de la Constitution, les juges de la Cour suprême ont fait perdurer dans leur jurisprudence une conception néoconfusucianiste de la société bien après 1947. Dans son opinion complémentaire à la décision *Aizawa* le juge Okahara Masao trace la limite suivante :

« En examinant la question de savoir si l'invalidité présumée d'un « statut » dépend uniquement de la pertinence de sa politique législative, il est souhaitable que la Cour, en tant que moyen d'exercer le contrôle judiciaire, respecte le jugement de la législature concernant la validité d'une loi. Mais, en fonction de la question, il existe des cas où le contenu d'une loi est si problématique à la lumière de l'histoire législative, de la réalité des pratiques, du sens commun social, de la tendance des législations étrangères et d'autres facteurs qu'elle tant à provoquer une appréhension selon laquelle la validité de la loi ne dépend pas seulement de la pertinence de sa politique législative. De plus, au regard d'une loi principale à ce point liée au jugement de valeur de la norme juridique dans la vie sociale que constitue le code pénal, un doute peut voir jour qu'une disposition originellement regardée comme n'ayant aucun problème en vient à porter une infirmité constitutionnelle avec le progrès\* du temps et les vicissitudes des conditions sociales. Dans un tel cas, la cour n'est pas autorisée à s'accrocher à des pratiques d'autolimitation, et a pour responsabilité d'examiner la validité des « statuts » en exerçant sa fonction de contrôle judiciaire dont elle est investie par la Constitution. Et lorsque la Cour atteint la conclusion que le caractère irraisonnable du « statut » dépasse les limites de certaines clauses de la Constitution et que par conséquent le champ de la discrétion législative a été dévié, la Cour doit déclarer inconstitutionnel. (...) »

619. Par la suite, la Cour étendit ce raisonnement à une épouse ayant tenté d'empoisonner sa belle-mère dans l'affaire du *Matricide Takizawa* et à une épouse ayant, dans une tentative de double suicide, empoisonné son beau-père<sup>748</sup> dans l'affaire de *Parricide Matsumoto*. Néanmoins, la déclaration d'inconstitutionnalité n'emporte pas au Japon l'annulation de la norme. Il est du ressort du législateur d'abroger la disposition. Jusqu'à lors, c'est sur instruction du Ministre de la Justice que les procureurs décidaient de ne pas baser leur argumentaire sur ces dispositions. L'article 200 fut abrogé en 1995<sup>749</sup>. En 1996 dans l'affaire

<sup>747</sup> Matsui, *supra* note 100 à la p 182.

<sup>748</sup> Itoh, *supra* note 59 à la p 149.

<sup>749</sup> Kamata, *supra* note 198 à la p.151, Itoh *supra* note 59 à la p 31, Shigeru Minamino & Uchiyama Natsuki, *Constitutionnalisme : l'essence non-écrite dans le texte, à la page* (内山奈月,南野森, 憲法主義: 条文には書かれていない本質 2014) à la page 53. Ce dernier livre est un livre de vulgarisation pour le grand public. Nous retenons surtout généralement l'excellente observation de Kamata p.191 et suivantes sur la différence entre le *categorical decision making* et l'*individual decision making* : « A second feature of the "legislative discretion" test is that it requires decisionmakers or judges to make a categorical decision. In categorical decisionmaking, the only task judges have is to find whether the predetermined factors that constitute the rule exist in a particular case. Thus, as a result of recognizing that some rules are matters of "legislative discretion," the Supreme Court rejects the need for individualized decisionmaking in each case. »

du *Parricide Kitagawa*, la Cour suprême réunie en petite chambre jugea constitutionnelle la différence de régime relative à l'homicide involontaire sur ascendant prévue par l'article 205.2.

### § 3 La discrétion législative étroite (狭い立法裁量)

620. Dans ce cas de figure, la Cour montre également du respect pour le législateur mais réduit le champ de la discrétion législative. On peut distinguer les cas où la Cour met en balance sa capacité épistémique avec celle du législateur et les cas où le problème est lié à la perception qu'elle se fait de sa légitimité démocratique.

621. A la suite de la jurisprudence sur les marchés, le système permis d'installation et des distances d'installation s'est étendu. L'*Acte pharmaceutique*<sup>750</sup> prévoit ainsi, comme condition d'attribution d'un permis d'ouverture pour les pharmacies ou les drugstores, le respect d'une distance d'installation spécifiée par ordonnance locale (art.6.2.4). En 1975, dans l'*affaire Sumiyoshi K. K.*<sup>751</sup>, cette distance fut également contestée par le biais d'un recours administratif en révocation et pour violation de l'article 22 de la Constitution. La Cour procéda à un test cette fois très poussé en commençant par analyser la liberté d'entreprendre. L'entreprise « est l'activité continue par laquelle un individu trouve ses moyens de subsistance », qui contribue « au développement de la société », et à l'épanouissement et la valorisation de l'individu. C'est, pour la Cour, l'un des droits fondamentaux nommément garantis par l'article 22 de la Constitution, ce qui est significatif de sa place dans une société moderne de « division du travail ». Elle en trace des contours larges, tout en insistant par ailleurs que ce n'est pas une liberté personnelle, mais éco-sociétale<sup>752</sup> qui emporte donc une demande de régulations par les autorités publiques plus forte que s'il s'agissait d'une liberté mentale (de conscience). Par principe, le juge refuse de « se prononcer de manière indiscriminée » et rappelle que l'opportunité et les modalités d'une législation sont le droit et devoir du législateur.

« Mais, les frontières d'une discrétion raisonnable sont, en raison du sujet, différentes suivant chaque circonstance et la Cour devrait à leur lumière juger le but, l'objet, la nature et le contenu de la disposition concrète. »

622. Le juge s'emploie donc à analyser dans une décision bien plus longue que celle de 1955, les différents objectifs législatifs<sup>753</sup>, les types de restrictions<sup>754</sup>, leur nécessité, leur contenu et leur degré avant de finalement s'autoriser à procéder à son contrôle de constitutionnalité

<sup>750</sup> Law Partially Amending the Pharmaceutical Affairs Law." (Yakuji ho no ichibu o kaisei suru horitsu; Law No. 135, 1963

<sup>751</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬事法事件, 薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却. Voir Itoh supra note 59 page 132, 252, 242 ; voir Mastui supra note 104 217. Cour Suprême, Assemblée plénière, 22 novembre 1972, *Violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces* (小売商業調整特別措置法違反), Keishu, Vol.26, n°9, p.586, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50995](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50995), 1970 (A) 2, 判決 / 棄却.

<sup>752</sup> Elle ne doit pas seulement être considérée comme la liberté de commencer, continuer ou abandonner une activité mais également comme la liberté dans la forme et le contenu de l'entreprise. (...) Etant par essence sociale et principalement économique c'est dans sa nature d'être une chose dans laquelle les relations sociales mutuelles sont d'importance, en particulier au regard des autres libertés constitutionnellement garanties, telles que les libertés mentales. (...)

<sup>753</sup> Elles peuvent répondre à des **objectifs positifs** de politique économique et sociale, de développement harmonieux de l'économie de la nation, de la promotion des comodités scoiales et publiques et de la protection des personnes économiquement faibles, ou viser des **objectifs négatifs** tels que garantir la communauté de vie et maintenir l'ordre social.

<sup>754</sup> Certaines restrictions empêchent totalement les personnes privées de mener à bien certaines activités, en en faisant un monopole national ou local ; d'autres les permettent aux seules personnes qui remplissent un certain nombre de conditions et parfois, au surplus, leur imposent des devoirs dans l'exercice et la continuation de celle-ci. D'autres enfin, tout en permettant la liberté d'initiative, de poursuivre et d'abandonner une entreprise, en régulent la manière et la forme. (...)

non pas simplement du principe du système de permission comme en 1955, mais « la pertinence des conditions individuelles pour l'octroi d'un permis ». Le permis est une limitation **puissante** de la liberté d'entreprendre qui ne restreint pas seulement celle-ci dans les modalités de son exercice mais dans sa prime possibilité. Elle doit donc pour être constitutionnelle être nécessaire et raisonnable à l'atteinte d'un important objectif public. Si cet objectif est « négatif », c'est-à-dire s'il vise à protéger d'une atteinte et non actif, comme dans la décision du 20 janvier 1989, le juge procède au test de la stricte rationalité :

« Concernant les mesures policières visant à prévenir les dommages causés au public par les activités professionnelles, il est nécessaire de constater que l'objectif ci-dessus ne peut être entièrement atteint par la réglementation de la forme et du contenu des activités professionnelles, ce qui comparaison avec un système de licences, constitue une restriction plus souple de la liberté d'occupation. »

623. La cour justifie également le recours à la discrétion législative étroite pour des raisons démocratiques, comme dans les affaires de répartition disproportionnée du droit de vote :

« Le mécanisme d'une élection sous la démocratie représentative visant à ce que les intérêts et les opinions publiques soient représentés impartialement et efficacement au gouvernement par des délégués, devrait être décidé en considération de l'exigence de la stabilité de la politique et d'autres circonstances nationales. Il n'y a pas de modèle universel et inaltérable qui soit logiquement requis. Pour cette raison, notre Constitution, prévoit que le nombre de membres de chaque Chambre, les circonscriptions électorales, le mode de scrutin et d'autres questions relatives à l'élection des membres des deux Chambres seront fixés par la loi (articles 43, paragraphe 2, et 47) et laisse la décision sur les mécanismes d'une élection à la discrétion de la Diète.

La Constitution ne considère pas l'égalité du poids de chaque vote comme le seul et absolu facteur d'une mécanique d'élection à prendre en compte par la Diète. La Diète peut considérer d'autres facteurs qui pourraient être requis par les conditions individuelles de chaque Chambre et créer le mécanisme approprié d'une élection qui pourrait réaliser une représentation impartiale et efficace. L'égalité du poids de chaque vote devrait être harmonisée avec d'autres objectifs et facteurs politiques dûment pris en considération par la Diète, sauf pour les facteurs discriminatoires susmentionnés qui contrediraient manifestement l'égalité ou des facteurs discriminatoires déraisonnables comme la race, la religion ou le sexe.

Cependant, dire cela, ne signifie pas que l'égalité du poids de chaque vote en tant qu'élément de la clause d'égalité est seulement l'un des points de considération de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Diète et n'a pas de signification ou de valeur particulière en tant qu'exigence constitutionnelle.

Bien que l'égalité du poids de chaque vote ne nécessite pas toujours d'être réalisé absolument, l'exigence constitutionnelle d'égalité a une signification et de l'efficacité parce qu'une inégalité réelle du poids de chaque vote créé sous une mécanique électorale concrète choisie à la discrétion de la Diète, doit être raisonnablement justifié par des considérations politiques importantes dûment prises en compte par la Diète. Pour cette raison, le mécanisme concret d'élection que la Diète a mis en place pour chaque Chambre devrait être examiné de près et scruter si elle est en accord avec l'exigence constitutionnelle d'égalité du poids de chaque vote. »



## SECTION 4 - LA DISCRETION ADMINISTRATIVE

624. La doctrine de la discrétion administrative consiste à respecter la liberté dans l'appréciation factuelle menant la prise de décision de l'administration. La principale limite au pouvoir discrétionnaire de l'administration est l'article 30 du Code du contentieux administratif qui prévoit qu' « une disposition prise à la discrétion d'une entité administrative peut être révoquée par la Cour s'il est constaté qu'elle a impliqué quelque exercice au-delà du champ de la discrétion administrative que ce soit ou non un abus. » Le juge sanctionne l'absence de justification factuelle ou le caractère inapproprié de la décision au regard des vues socialement acceptées : l'évaluation des faits était manifestement déraisonnable. Auquel cas la disposition est considérée prise au-delà du champ de l'autorité discrétionnaire administrative ou constitutive d'un abus de cette autorité discrétionnaire. Le contentieux est particulièrement important au regard de la liberté de croyance et du principe de laïcité<sup>755</sup>.

## § 1 Discrétion administrative large : le cas spécial des étrangers

625. Envisageons d'abord le cœur du pouvoir discrétionnaire administratif où le juge ne s'aventure que peu : lorsque les étrangers sont concernés. D'une manière générale, la Cour juge que les étrangers disposent des mêmes droits fondamentaux que les japonais, sauf ceux liés à la citoyenneté et à l'exercice de la souveraineté nationale : droit de vote, droit au bien-être. Par extension, certains droits accordés sont pour partie limités, comme c'est le cas pour la liberté d'expression lorsqu'elle concerne des sujets qui dépendent des seuls citoyens japonais comme la politique étrangère de l'Etat. Ce principe de l'extension des droits fondamentaux aux étrangers mais leur limitation par le principe de souveraineté populaire et nationale fut dégagée le 4 octobre 1978 dans *l'affaire McLean*<sup>756</sup> où un résident américain d'était vu refusé le renouvellement de son titre de séjour, après avoir participé à des manifestations contre la guerre du Vietnam. La Cour procéda de la manière suivante : elle vérifia d'abord le statut juridique des droits revendiqués. Les étrangers n'ont pas **un droit garanti au séjour** ou à la poursuite de celui-ci. L'article 21.3 de l'ordre ministériel relatif au Contrôle migratoire prévoit la possibilité du refus, et les conditions en sont laissées à l'appréciation discrétionnaire du Ministère de la Justice. Toutefois la manière dont *in fine* la décision est prise par l'administration est floue, les seules limites claires sont le refus de débarquement dans le pays de renvoi ou tout autre situation similaire. En revanche, ils bénéficient du **droit à la liberté d'expression**.

626. Mais cette liberté ne s'étend pas au point de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Etat, ne doit pas empiéter sur l'exercice de la souveraineté du peuple japonais et surtout n'inclue pas la garantie que des actes autorisés par la Constitution ne peuvent pas être regardés comme des circonstances négatives pour renouveler le titre de séjour :

« Les garanties constitutionnelles sur la liberté des activités politiques s'étendent aux étrangers résidant au Japon, sauf celles qui sont considérées inappropriées car ayant une influence sur la prise de décision politique et son implantation au Japon. (...) Les activités de l'appelant ne peuvent être écartées du champ de la garantie constitutionnelle accordée à un étranger pendant son séjour, mais il ne peut être dénié que ces activités qui incluent la critique la politique migratoire du Japon, ou la politique étrangère du Japon peuvent affecter la relation amicale entre le Japon et les États-Unis. Même si le Ministère

<sup>755</sup> Ueno, supra note 209 aux pp 236-238 ; Matsui, supra note 100 aux pp 189-196.

<sup>756</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 4 octobre 1978, McLean (マクレーン事件, 在留期間更新不許可処分取消), Minshu, Vol.32, n°7, 1223, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=56,1975](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=56,1975) (Gyo-Tsu) 120, 判決.

décidait, en les prenant en compte, de ne pas trouver de base raisonnable de les trouver appropriés pour renouveler les termes du séjour, ce ne serait pas un excès ou un abus du pouvoir discrétionnaire. »

## § 2 Discrétion administrative limitée : le contentieux lié à la liberté religieuse et au principe de laïcité

627. La Cour laisse une moins grande marge de manœuvre à l'administration lorsqu'un citoyen japonais est concerné. La doctrine du contentieux constitutionnel se concentre en général sur l'analyse du contentieux lié à la liberté de croyance et au principe de laïcité. La liberté religieuse au sens large comprend des éléments permettant à l'individu de croire ce qu'il souhaite et l'interdiction pour l'Etat de prendre position pour ou contre une religion donnée. L'article 20.1 de la Constitution prévoit que « la liberté de religion est garantie à tous. Aucune organisation religieuse ne peut recevoir de privilèges quelconques de l'État, pas plus qu'elle ne peut exercer une autorité politique » et l'article 20.2 de la Constitution que : « nul ne peut être contraint de prendre part à un acte, service, rite ou cérémonial religieux. » L'article 20.3 de la Constitution prévoit que « L'État et ses organes s'abstiendront de l'enseignement religieux ou de toutes autres activités religieuses ». L'article 89 prévoit que « aucun denier public, aucun bien de l'État ne peut être affecté au profit ou au maintien d'une institution ou association religieuse, quelle qu'elle soit, ou d'une entreprise charitable, pédagogique ou bénévole échappant au contrôle des pouvoirs publics ».

628. **Liberté de croyance.** Le 8 mars 1996, la Cour eu à juger dans l'*affaire du collège technique de Kobe ou « Kendo »*<sup>757</sup>, le cas d'un étudiant d'une section technique de l'université de Kobe (équivalente à une formation au BTS) qui avait refusé de prendre part à la pratique scolaire du Kendo pour des raisons religieuses. Le principal le sanctionna de deux ans de maintien dans la même classe en considérant qu'il n'avait pas reçu les crédits nécessaires à l'obtention du certificat d'éducation. L'étudiant contesta la mesure du directeur notamment sur la base de l'article 30 du Code de contentieux administratif et de l'article 3.1 de la Loi sur l'éducation qui prévoit que « tous les gens doivent se voir fournir des opportunités égales à recevoir une éducation correspondant à leur capacité et ne doivent pas être discriminés lorsqu'ils reçoivent ladite éducation en raison de leur race, croyance, sexe, statut social position économique ou origine familiale ». La Cour établit tout d'abord l'importance du refus des pratiques violentes pour l'étudiant, constitutives du « cœur/noyau » de sa pratique religieuse. Il releva que ce dernier avait accepté de prendre part à toute autre activité et avait par ailleurs d'excellents résultats scolaires. Selon une jurisprudence constante le principe est que :

« Il doit être laissé en premier lieu à la discrétion éducative et rationnelle du principal d'un établissement technique de savoir si une disposition visant à maintenir un étudiant dans la même classe pour une année supplémentaire ou de l'exclure de l'établissement doit être prise. Et lorsqu'il en vient à l'examen d'une telle disposition, la Cour ne doit pas débattre de la disposition en terme de sévérité, (...) en déterminant si une telle disposition devait ou non être prise du point de vue du directeur, ni en comparant les résultats de ce choix avec la disposition, mais devrait la juger illégale dès lors que la disposition prise est trouvée sans raison de fait ou manquant du caractère approprié au regard des vues communément admises en société, et prise au-delà du champ de l'autorité discrétionnaire administrative ou comme abusant de cette autorité discrétionnaire »<sup>758</sup>.

<sup>757</sup> Cour suprême, 2ème chambre, 8 mars 1996, *Sanction sur un étudiant refusant de pratiquer le kendo pour des raisons religieuses* (神戸高専剣道実技拒否事件, 進級拒否処分取消、退学命令処分等取消), Minshu, Vol. 50, n°3, p.469, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=294](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=294), 1995 (Gyo-Tsu) 74, 判決 / 棄却.

<sup>758</sup> Voir aussi Cour suprême, 3ème chambre, 30 juillet 1954, Minshu Vol. 8, No. 7, p.1463 1953 (O) 525; Cour suprême, 3ème chambre, 30 juillet 1954, Minshu, Vol. 8, No. 7, p. 1501, 1953 (O) 745; Cour suprême, 3ème chambre, 19 juillet 1974, Minshu, Vol. 28, No. 5, p.790, 1967 (Gyo-Tsu) 59 ; Cour suprême, 3ème chambre, 20 décembre 1977, Minshu Vol. 31, No. 7, p.1101 Case 1972 (Gyo-Tsu) 52.

629. Pour la Cour ici la décision de maintien dans la même classe pendant 2 ans est équivalente à une décision de renvoi. De fait si l'appréciation du juge « du point de vue communément admis en société » est vague et du ressort du propre pouvoir discrétionnaire du juge, il s'appuie surtout sur les limitations légales guidant l'action de l'administration. Et l'article 13.3 des Règles d'application de la Loi sur l'éducation ne prévoit que 4 cas de figure justifiant l'exclusion d'un élève du point de vue éducatif, que la Cour estime devoir être utilisé avec plus grande prudence au regard des autres type de mesures disciplinaires. Par conséquent :

« (...) chacune de ces dispositions à la nature d'infliger un grave désavantage à l'étudiant, le forçant à agir d'une manière contraire à la doctrine sous-tendant sa foi religieuse pour éviter un tel désavantage, que bien que l'étudiant ait demandé à l'établissement de lui proposer des mesures alternatives (écriture de rapports, etc. L'établissement les refusèrent, bien que ces mesures alternatives n'étaient pas inenvisageables, sans leur accorder la moindre considération, par conséquent, chacune de ces dispositions devrait être jugée comme manquant d'un caractère approprié au regard du point de vue communément accepté dans la société et illégal au-delà du champ de l'autorité discrétionnaire (...) ».

630. Suivent des développements sur le test du but et de l'effet <sup>759</sup> : le terme « *activité religieuse* » de l'article 20.3 y est interprété à minima : il ne signifie pas que toutes activités de l'Etat et de ses organes sont interdites, mais que celles qui excèdent les limites raisonnables comme ayant un but religieux et dont l'effet est de supporter, promouvoir ou inversement, de s'opposer ou d'interférer avec une religion sont interdites. Pour se faire le juge ne se contente pas des aspects externes de la conduite, mais observe le type d'acte et l'existence ou l'étendue de l'intention religieuse de l'auteur, le lieu où elle se produit, le moment où elle se produit c'est-à-dire la cérémonie et son but, la perception qu'un citoyen ordinaire s'en fait et les effets ou l'influence de cette cérémonie sur les individus.

631. **Principe de laïcité : test du but et de l'effet.** La séparation complète de l'Eglise et de l'Etat est considérée impossible au Japon pour des raisons principalement pratiques et historiques dont la remise en cause poserait plus de problème qu'elle n'en résoudrait : par exemple certaines écoles sont dans des bâtiments annexés à des temples, comme en France elles peuvent parfois l'être des mairies. Toutefois, reste alors la question de savoir quels sont les contours de cette séparation partielle de l'Etat et du religieux.

① **L'acte.** Certains actes sont courants dans la société civile, le *koden* est un petit don aux familles de personnes décédées et le *saisen*, une sorte de droit d'entrée versé anonymement pour visiter un temple. D'autres actes, cérémonies, temples ont un caractère religieux plus prononcé : *tamagushiryō*, *kumotsuryō* consistent à offrir des présents aux Dieux Shinto et l'argent offert pour le *kentoryō* implique en retour de disposer une petite lanterne avec le nom du contributeur dans les ressorts du temple. Toutefois la rémunération du prêtre en elle-même n'est pas considérée comme religieuse, mais comme le paiement d'un service.

<sup>759</sup> **Yukinobu Ozaki** : The idea that "religious activity" bears similar restriction seems to have been born in our country as well, following the fact that a case that adopted the purpose-and-effect test as to the similar clause of the Constitution of the United States (Amendment I), which influenced Article 20(3) of the Constitution, ruled that this clause prohibits activities that have certain purpose and effect. However, this idea neglects the difference between the clause of the U.S. Constitution and that of our country. The U.S. Constitution provides that "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ...," and prohibits only activities establishing national religion or prohibiting the free exercise of religion. So it is necessary to define the extent of prohibited activities. The case therefore set a test to determine prohibited activities. On the other hand, our Constitution directly prohibits all religious activities, so it is natural to set a test to prohibit every religious activity univocally and to tolerate special cases. According to the difference between the clauses of both constitutions, the different approach to set a test fits each constitutional text

② **Le moment.** Au Japon, où il y a peu d'anciennes bâtisses, un changement de propriétaire entraîne en général la destruction du bâtiment et une reconstruction à neuf pour prévenir des risques sismiques et cycloniques. Encore aujourd'hui, on fait alors venir un ou plusieurs prêtres d'un temple proche qui conduisent un court rituel visant à apaiser les esprits de la terre : cette cérémonie se nomme *Jichinsai*. Certaines cérémonies suivent un calendrier religieux comme le festival de *Mitamisai*, la cérémonie de l'Automne et du Printemps.

③ **Le lieu.** Certains actes religieux sont conduits en dehors des frontières du temple, pour le *Jichinsai*, il s'agit d'aller sur le lieu de construction. Bien évidemment le caractère religieux est plus fort si l'acte a lieu dans la proximité du temple. Par ailleurs, tous les temples n'ont pas le même statut : le temple de Yasukuni par exemple est le lieu de sépulture de criminels de guerre ou militaires japonais honorés chaque année ou presque de manière politique par certaines factions politique de droite.

④ **La perception.** Certains actes sont considérés comme séculier, conduits par coutume, habitude ou superstition plus que par foi religieuse, d'autres ont un sens religieux plus prononcé. Pour le lecteur français éventuellement plus familier des pratiques chrétiennes que Shintoïstes ou Bouddhiques, pensons à Pâques, au mariage ou à l'enterrement par rapport à la messe ou au carême.

⑤ **Les effets.** L'idée est de savoir si la cérémonie a un but prosélytique ou non.

632. Dans l'affaire *Jinchinsai*<sup>760</sup>, ou cérémonie purificatrice du sol Shinto, le maire de la ville de Tsu utilisa des fonds publics pour rémunérer 4 prêtres (4000 yens) et faire une offrande au temple de Oichi (3663 yens) pour la conduite d'une cérémonie visant à purifier le terrain du futur gymnase municipal. La Cour de première instance considéra que cette cérémonie, bien que traditionnellement shinto, était davantage une cérémonie populaire et non une activité religieuse visant à promouvoir le shintoïsme, et ne violait pas l'article 20.3 de la Constitution. Que l'usage des fonds ne visât pas non plus à aider une organisation religieuse et était donc compatible avec les articles 89 de la Constitution et 138.2 de la Loi d'autonomie locale. La Cour d'appel jugea, au contraire, que cette cérémonie ne pouvait pas être vue comme une coutume ni comme une pratique sociale et qu'en tant que cérémonie spécifique au Shintoïsme, en vertu du principe de séparation *complète* de l'église et de l'Etat imposé avec la Constitution de 1947 suite aux excès auxquels la religion d'Etat avait pu conduire par le passé<sup>761</sup>. Dans l'affaire *Jinchinsai* ou cérémonie Shinto de purification du sol, la Cour suprême jugea que :

« Le public japonais en général ne fait pas montre d'un grand intérêt pour la religion. Ils ont, à la place, une conscience religieuse mixte : en tant que membre d'une communauté, beaucoup de gens croient au Shinto, et en tant qu'individus, croient au Bouddhisme. Ils ne ressentent pas d'incohérence particulière à utiliser différentes religions à différentes occasions. De plus, un Temple Shinto est caractérisé par l'attention particulière aux formes cérémonielles et une absence virtuelle d'activité extérieure de prosélytisme actif vu dans d'autres religions. Ces circonstances prises ensemble, ainsi que l'attitude du public à l'égard de la cérémonie de purification (note : la cour notant que les employés de construction préfèrent que la cérémonie ait eu lieu pour avoir bonne fortune), font qu'il est improbable que cette cérémonie célébrée sur le site de construction, même par des prêtres shinto et selon les formes établies par le Temple, élèveraient la conscience religieuse des participants ou des gens en général, ou qu'elles auraient pour but d'assister, favoriser ou promouvoir le Shinto. **C'est également vrai lorsque le mécène**

<sup>760</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 13 juillet 1977, *Jichinsai, cérémonie de purification shinto de la ville de Tsu* (津地鎮祭訴訟), Minshu, Vol.31, n°4, p.533, [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=51](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=51), 1971 (Gyo-Tsu) 69, 判決 / 破棄自判.

<sup>761</sup> Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et la doctrine du Kokutai.

**de cette cérémonie est l'Etat, agissant en capacité de citoyen privé.** Il est inconcevable qu'un tel mécénat ne résulte dans le développement d'une relation spéciale entre l'Etat et le Temple, ou qu'elle entrainerait le rétablissement du Shinto dans son statut de religion d'Etat, ou limiterait la liberté des autres religions. Considérant l'ensemble des circonstances, bien que la Cérémonie de purification soit indéniablement connectée avec la religion, nous l'estimons être une cérémonie séculière conduite en accord avec des pratiques sociales générales au début d'une construction pour assurer des fondations stables et la sécurité des travailleurs. Ces effets ne sont pas de subventionner ou de promouvoir le Shinto, ou, inversement, de supprimer ou interférer avec d'autre religion. Par conséquent, cela ne constitue pas une activité prohibée par l'article 20.3 de la Constitution. »

633. Dans l'affaire Ehime *Tamagushiryo*<sup>762</sup>, la Cour jugea le 2 avril 1997 que le don de type tamagushiryo, effectué par la préfecture au temple Yasukuni, à l'occasion du festival de Mitasai était illégal et inconstitutionnel : le *Tamagushiryo* est un acte religieux<sup>763</sup>, le festival de *Mitasai* est une cérémonie religieuse déconnectée du calendrier civil<sup>764</sup>, le temple de *Yasukuni* est évidemment religieux et au surplus doté d'un statut particulier. Regardons plus particulièrement le raisonnement de la Cour sur l'effet de l'action de l'administration :

« Les présents dans le cas d'un *Tamagushiryo* peuvent difficilement être considérés comme une courtoisie séculière. (...) Ils sont en général faits par des personnes leur attribuant un sens religieux, et c'est le cas des appelants dans cette affaire. Par ailleurs, le fait que la préfecture était intentionnellement impliquée avec certains groupes religieux ne peut être dénié puisque la préfecture n'a jamais fait de présents aux autres groupes religieux ayant recours à de tels rites. Au regard de ces analyses, si un gouvernement local a une implication particulière avec un groupe religieux, le citoyen ordinaire sera incliné à croire que la préfecture supporte tout particulièrement ce groupe précis et que ce groupe religieux est spécial et différent des autres groupes. En conséquence, un intérêt dans la religion spécifique sera stimulé. (...) Il est clair que les Temples Yasukuni et Gokoku sont des organisations religieuses telles que prévues par l'article 89 de la Constitution, et, ainsi que mentionné plus haut, nous considérons que les présents tamagushiryo manifestent une relation spéciale entre le gouvernement local et ces temples qui excède les limites sociales et culturelles raisonnables du Japon. La dépense était un type d'usage des fonds publics interdits par cet article et donc illégale. (...) Il est raisonnable d'assumer que ces présents constituent une activité religieuse interdite par l'article 20.3 de la Constitution, parce que la raison de ces présents avait une signification religieuse particulière et que ceux-ci avaient pour effet de promouvoir une religion particulière. »

634. **La résolution alternative du litige.** Pour finir, remarquons que le juge laisse également une marge de manœuvre à l'administration quand aux moyens de mettre fin à l'illégalité ou à l'inconstitutionnalité. Un bâtiment était mis à disposition d'une organisation religieuse (Ujiko) par une entité locale, sans compensation, depuis plusieurs années sur lequel un sanctuaire (Sorachta) avait été établi. Le 20 janvier 2010 la Cour reconnut dans l'affaire *Sorachta*<sup>765</sup> que cet acte était inconstitutionnel mais :

« Il peut y avoir des moyens plus appropriés que de retirer le temple et voir le terrain évacué. Par exemple, des dispositions après guerre ont permis de voir les environs de temples qui avaient été nationalisés mis en location ou vendus au prix du marché. L'appelant dispose d'un pouvoir

<sup>762</sup>Cour suprême, Assemblée plénière, 2 avril 1997, *Ehime Tamagushi-ryo* (損害賠償代位請求事件), Minshu, Vol.51, n°4, p.1673, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=312](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=312), 1992 (Gyo-Tsu) 156, 判決, その他. Voir Matsui supra note 100 page 147 et 197.

<sup>763</sup> "However, reviewing the above-mentioned process of establishing the Constitution, in which the relationship between the state and Shinto had such a harmful effect after the Meiji Restoration on that the Constitution now stipulates the separation of state and religion, the relationship between a local government and a specific religion cannot be allowed as not exceeding the reasonable limit that the Constitution stipulates, even if not a few local residents wish so. We consider that it is possible to mourn for the war dead and to console the bereaved families without such a special relationship with a specific religion. Moreover, as we mentioned above, we do not consider that the offering of tamagushiryo to a shrine's ceremonies has become a social courtesy. Thus, the offering of tamagushiryo is not a social convention with a secular purpose and does not violate the Constitution, even if it is intended primarily only to mourn for the war dead and to console the bereaved families."

<sup>764</sup> Attention Mitasai est suivi par les universités japonaises également ici c'est la conjonction des critères qui l'emporte.

<sup>765</sup> 20 janvier 2010 Volumes civils 64 vol 1 N° 1 page

discrétionnaire à choisir la méthode qu'il estime la plus raisonnable, en prenant en considération l'Etat du terrain, du bâti, des biens liés au temple, de l'impact de ces éventuelles mesures de rectification d'inconstitutionnalité sur les parties et de leur difficulté de réalisation ».

## SECTION 5 - LA DOCTRINE DE L'INACTION LEGISLATIVE (立法の不作为)

635. La doctrine japonaise distingue la condition substantielle du contrôle de l'inaction législative, c'est-à-dire de la nature de l'obligation pesant sur le législateur et de l'existence d'un période de grâce laissant un délai au législateur (§1)<sup>766</sup>, des conditions procédurales du contrôle de l'inaction législative (§2), c'est-à-dire les modalités de réparation dont le juge dispose pour sanctionner l'inaction du législateur.

### § 1 Les conditions substantielles de l'inaction législative (立法の不作为の実体法上の問題)

636. Le problème du droit substantiel à l'inaction législative vise le contenu positif de l'obligation d'action pesant sur l'autorité détentrice du pouvoir législatif. Il faut définir à travers l'étude de la jurisprudence et des textes les critères possibles. Il y a inaction inconstitutionnelle des autorités législatives si deux conditions sont remplies : lorsque pèse sur le législateur une obligation à légiférer (a.) et qu'une certaine période de temps s'est écoulée nommée délai de grâce<sup>767</sup>(b.).

#### a. L'obligation législative

637. Il ne s'agit pas des cas seuls cas où la loi stipule des dispositions constitutionnelles, mais également des cas où l'obligation peut être sous-entendue et construite par le juge. Prenons le cas de l'article 29, paragraphe 3 de la Constitution qui prévoit le principe de la compensation pour toute expropriation de propriété privée aux fins d'utilité publique. Dans l'affaire de *Restriction activités de dragage de rivière*<sup>768</sup>, une société ayant entrepris le dragage de roche à proximité d'une rivière s'était vue interdire, par ordonnance, cette activité - après avoir contracté du personnel, du matériel. La Cour imposa des mesures compensatoires non prévues par l'ordonnance et appliqua directement l'article 29. L'interprétation créatrice du juge se base ici sur une idée de mesure compensatoire déjà présente dans d'autres secteurs. L'atteinte est « sédimentée » du fait de l'accumulation de débats théoriques et pratiques, admettons que ce type de perte implique une compensation. Il n'y a ici pas de retenue particulière dans l'exercice du pouvoir judiciaire et du pouvoir de contrôler la constitutionnalité.

« Au regard des restrictions de l'article 4 paragraphe 2 de l'Ordonnance, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de dispositions relatives à la compensation pour perte dans cet article, qu'il peut être soutenu que cet article dénie le droit à compensation dans tous les cas, et que la preuve de cette perte doit être apporté dans une procédure disjointe (...)».

638. Si la perte est due à l'activité de l'administration, il n'y a pas de place pour la période de grâce.

<sup>766</sup> Cette classification est propre à Sunao, et il précise que ce n'est pas une condition de droit substantif, mais une typologie permettant de distinguer cette question des conditions procédurales qui ont trait à la procédure judiciaire.

<sup>767</sup> 佐藤幸治 (SATO Koji), 憲法 (Constitution) (東京: 青林書院, 1995), pp. 346-347. « 一般的にいて、国会が立法の必要性を十分認識し、立法をなそうと思えばできたにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなお放置したというような状況の存する場合に、その立法の不作为が具体的に違憲となるものと解される。 »

<sup>768</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 27 novembre 1968, *Violation de l'ordonnance de restriction des activités de dragage de rivière* (河川附近地制限令違反), Keishu, Vol 22, n° 12, p.1402, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=050697](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=050697), 昭 1962 (A) 2922, 判決 / 棄却.

b. La période de grâce

639. Pour Sunao, le temps législatif est dans une certaine mesure incompressible, il doit ménager des moments de pause, de discussion de réflexion essentiels au débat démocratique que le Professeur Sunao nomme une période de grâce. Pour lui la législation n'est pas un travail mécanique, mais « un choix qui existe à travers un certain champ des possibles, nécessaire à la création d'une situation qui devrait être, et que, pour trouver le meilleur choix possible, du temps est nécessaire à la discussion et à la réflexion ».

640. Cette période de temps peut être proche de zéro si la violation est particulièrement forte : il est alors question de l'*inaction législative absolue*. De manière inversement proportionnelle, cette certaine période de temps peut être longue, (entre 5 et 60 ans) lorsque le juge laisse un délai au législateur et que la violation met du temps à se sédimenter et que l'on prend conscience de l'atteinte aux droits, du fait du changement des opinions publiques. On parle alors de la doctrine de l'inaction législative relative. Nous allons illustrer ces points par la jurisprudence.

641. **Inaction législative absolue.** Dans *l'affaire de la lèpre*<sup>769</sup>, la Cour de district de Kumamoto condamna l'inaction du législateur à changer une loi de 1953 maintenue jusqu'en 1996 qui prévoyait une quarantaine dans des sanatoriums et sur des îles pour des patients atteints de la lèpre. Cette ségrégation fut maintenue après la découverte d'un traitement et la possibilité d'un soin complet autorisant aux malades leur retour à la vie en société.<sup>770</sup> La doctrine reconnue très majoritairement qu'il fallait abolir ces dispositions, et le juge comme les parties ont pu en l'espèce aller chercher dans différentes dispositions de la Constitution de quoi tisser un bouquet de droits : le droit moral au respect (art.13), l'interdiction de l'esclavage (art.18), la liberté de résidence (art.22), le *due process* (art.31). Dans ce cas de figure, qualifier de l'obligation pesant sur la Diète ne pose guère de problème, pas plus que la gravité de la violation, et si la procédure s'arrêta au niveau de la Cour de district, c'est que le gouvernement ne fit pas appel de la décision en raison de pressions subies par le premier ministre Koizumi de la part du ministre de la Santé Chikara Sakaguchi, un membre du Komeito. Notons enfin que supervisant le processus d'indemnisation ultérieur la Cour suprême, s'est récemment excusée de n'avoir pas voulu recevoir les plaignants en personne.

642. Dans *l'affaire de la Garantie à un procès rapide*<sup>771</sup>, la Cour jugea que l'absence de disposition garantissant la tenue d'un procès rapide était contraire à l'article 37 de la Constitution qui prévoit qu'au criminel, « l'accusé jouit, dans tous les cas, du droit d'être jugé rapidement et publiquement, par un tribunal impartial ». Dans cette affaire et en l'absence de

<sup>769</sup> Cour de district de Kumamoto, 11 mai 2001, *Quarantaine pour cause de lèpre* (ハンセン病違憲国家賠償請求訴訟). Décision difficilement accessible En ligne : [http://www.hansenkokubai.gr.jp/topics/20010511\\_2.html](http://www.hansenkokubai.gr.jp/topics/20010511_2.html), Voir rapport et excuses de la Cour suprême [http://www.courts.go.jp/about/siryu/hansenbyo\\_chousahoukokusyo\\_danwa/index.html](http://www.courts.go.jp/about/siryu/hansenbyo_chousahoukokusyo_danwa/index.html), et celles du ministre de la santé <https://www.eda-jp.com/pol/hansen/010511dpj.html> "From the time the new law was enacted, it was said that the new law's quarantine provision imposed excessive restrictions on human rights beyond the necessity for prevention of leprosy, and that it had deviated from rational restrictions by public welfare, in 1960, its unconstitutionality became obvious, but in view of the seriousness of human rights damage caused by the continuation of the quarantine provisions of the new law and the necessity of judicial remedy against extremely special and exceptional difficulties, such as, in 1965 the legislative inaction of parliamentarians that did not abolish the isolation provisions of the new law, it is reasonable to admit the illegality under the state compensation law."

<sup>770</sup> Le Japon n'est évidemment pas le seul pays concerné, la France a également vu se déployer des pratiques éminemment contestables pour les personnes considérées handicapées, mais il ne s'est pas seulement s'agit de ségrégation : ces patients s'étaient vus infligés des avortements, des stérilisations forcées ainsi que des conditions de travail forcées assimilable à de l'esclavage.

<sup>771</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 20 décembre 1972, *Le sens de la disposition constitutionnelle sur la garantie d'un procès rapide (article 37 (1) de la Constitution)* (住居侵入、暴力行為等処罰に関する法律違反等), Keishu, Vol. 26, n°10, p.631, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=37](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=37), 1970 (A) 1700, 判決 / 破棄自判.



garde-fous procéduraux, 15 ans s'étaient écoulés sans que la procédure criminelle entamée ne soit poursuivie. Les juges estimèrent qu'il était extrêmement difficile de découvrir la vérité et, que quand bien même la procédure aurait été poursuivie, il n'était plus possible d'assurer un procès équitable. Au contraire, la poursuite des procédures aurait augmenté le désavantage individuel et social pesant sur le défendant. La Cour jugea par conséquent inapproprié de continuer le procès au fond.

643. Le « délai de grâce » est réduit à zéro en raison de la gravité de l'atteinte et de l'état de conscience générale de cette gravité. Mais il ne faut pas confondre délai de grâce (combien de temps accorde-t-on au législateur), durée de la violation (depuis combien de temps la violation dure-t-elle ?) et la durée du vide législatif (depuis combien de temps le législateur ne fait-il pas son travail ?). Dans la première affaire, s'il y a effectivement un long délai dans la situation de fait des plaignants et que l'on peut dire que la violation a duré longtemps, il ne s'agit pas d'une période de grâce : à partir du moment où la procédure judiciaire est déclenchée, la réaction des autorités a été immédiate. Dans la seconde affaire, il ne faut pas confondre la question de la durée de la procédure qui constitue la violation, mais qui n'est pas une question d'inaction législative, de la question de l'absence de garde-fous procéduraux. C'est celle-ci qui fonde la reconnaissance de l'inaction législative.

644. **Inaction législative relative** (相対的立法の不作为). La période de grâce est ici accordée au législateur. Dans l'*affaire du Vote à domicile*<sup>772</sup>, une personne handicapée contesta l'abolition d'un système de vote à domicile et **l'échec du législateur à un réintroduire un système équivalent**. Elle demanda réparation au gouvernement du préjudice causé en se basant sur l'article 1, paragraphe 1 de la Loi d'indemnisation d'Etat de 1947<sup>773</sup> prévoyant la responsabilité de l'Etat des dommages causés par un agent dans l'exercice de l'autorité publique. Constat partagé par la doctrine : plus d'un million de personnes avaient perdu de facto la possibilité d'exercer leur droit de vote. La Haute Cour de Sapporo considéra en 1978 dans une décision fondatrice que la Diète avait dépassé les limites de son pouvoir discrétionnaire et n'avait pas fourni des modes alternatifs d'exercices du droit de vote<sup>774</sup>.

645. Mais cette décision fut renversée en 1985 par la Cour Suprême, qui exigea la violation de dispositions précises et non équivoques de la Constitution, en considérant que par principe les membres du Parlement avaient une responsabilité politique envers le peuple et non une obligation juridique spécifique envers le citoyen, sauf dans le cas de l'action du gouvernement violant clairement les fondamentaux de la Constitution. La doctrine de l'inaction législative absolue seule, efficace dans le cas de l'affaire de la lèpre, entra ici en conflit avec celle du pouvoir discrétionnaire du législateur, ne permettant pas selon le juge de considérer le manquement du législateur comme illégal. Il préféra lui laisser du temps pour régler la situation<sup>775</sup>.

<sup>772</sup> Cour Suprême 1ère chambre, 21 novembre 1985, *Abolition du système de vote à domicile* (在宅投票制度廃止事件), Minshu, Vol.39, No.7, at 1512, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=80](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=80), 1978 (O) 1240, 判決 / 棄却.

<sup>773</sup> (国家賠償法) *Acte de réparation d'Etat*, Acte No. 125/1947, 27 octobre 1947.

<sup>774</sup> Hiroshi Itoh, « Judicial review and judicial activism in Japan » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 169–179 à la p 141.

<sup>775</sup> Par ailleurs le juge se basa sur l'article 51 de la Constitution qui stipule que les membres de la Chambre des représentants ne peuvent pas être tenu responsables en dehors de la Chambre pour les discours, débats ou votes, les exemptant par conséquent de responsabilité juridique afin de permettre le bon exercice de la procédure législative. Le raisonnement du juge est le suivant : « Les actes législatifs, qui sont essentiellement politiques, des membres de la Diète ne sont, par leur nature, pas susceptibles de contrainte légale. Il n'est donc pas permis, en principe, de postuler un acte législatif idéal et de l'utiliser comme base pour évaluer la validité juridique d'un acte législatif réel pour déterminer la responsabilité de l'indemnisation d'un particulier. Dans le cas où une plainte est déposée en vertu de laquelle une loi enfreint des droits ou intérêts particuliers d'un individu, le tribunal peut déterminer si la loi est constitutionnelle ; son jugement concerne toutefois la validité d'une loi qui a déjà été promulguée.

646. Cette décision unanime de la première chambre de la Cour suprême fut extrêmement critiquée<sup>776</sup> comme empêchant les recours en dommages et intérêts contre le Parlement. Vingt-ans plus tard, la situation n'étant toujours pas réglée, la Cour suprême présidée alors par le juge Machida assouplit<sup>777</sup> finalement sa position. Dans l'affaire *du droit de vote à l'étranger de 2005*<sup>778</sup>, relative aux élections à de la chambre des représentants de 1996, la Cour constata que les citoyens japonais vivant à l'étranger étaient autorisés à voter dans les élections proportionnelles de la Chambre de représentants et de la Chambre des Conseillers, **mais pas lors des élections de district au scrutin uninominal, en raison des difficultés techniques**<sup>779</sup>.

647. La Cour modula tout d'abord son champ d'interprétation hors de la simple idée de disposition claire et précise<sup>780</sup>. Elle reprit l'idée socle de violation claire et précise de la constitution mais pour mieux s'en détacher, en admettant qu'il pouvait *par ailleurs* apparaître absolument nécessaire et évident de prendre des mesures législatives pour assurer aux citoyens l'opportunité d'exercer leurs droits constitutionnels. Enfin, elle appuya son argumentation sur le temps écoulé. A date des élections de 1996, la dernière proposition de loi visant à régler cette situation avait été abandonnée depuis plus de 10 ans.

## § 2 Conditions procédurales de l'inaction législative (立法の不作为の訴訟法上)

648. On peut théoriquement contester l'inaction législative par voie de contentieux subjectif, par voie de contentieux objectif tel que le permet la loi sur les compensations nationales. Il y a débat sur la possibilité de produire une telle demande par un recours en confirmation de l'illégalité, position défendue par Akira Osuka qui assimile ce recours à un contentieux objectif, mais la majorité de la doctrine considère qu'il s'agit d'une demande abstraite que la Cour, en l'état actuel de son interprétation de l'article 81 de la Constitution, n'acceptera pas.

### a. Par voie contentieuse subjective

649. On peut agir en contentieux civil/administratif par demande en déclaration en illégalité pour inaction (*Fusakui no ihō kakunin no uttae* 不作为の違法確認の訴え) comme ce fut le cas dans l'affaire *Horiki*, ou de la *mauvaise répartition du droit de vote*), en contentieux pénal (*Dragage près de la rivière, Confiscation des biens d'un tiers*). Le problème qui va se poser est de savoir quel type de remède la Cour peut apporter.

650. Dans le cas d'une contrainte pesant sur l'exercice d'une liberté, cette contrainte sera supprimée par l'invalidation de la loi. Mais l'état d'inconstitutionnalité ne peut être éliminé aussi simplement s'il a pour origine l'inaction législative<sup>781</sup>. Le juge procède de manière différente selon l'espèce : dans l'affaire *Dragage près de la rivière*, le juge a rejeté la

Il ne s'ensuit pas que, parce que la validité d'une loi existante fait l'objet d'un contrôle judiciaire, les actes des membres de Diet dans le processus d'élaboration de cette loi, c'est-à-dire leurs actes législatifs, font l'objet d'une évaluation de la légalité ».

<sup>776</sup> Matsui, supra note 100 à la p 140.

<sup>777</sup> Bien qu'elle rechigna à admettre ce que la doctrine analyse comme un revirement de jurisprudence pur et simple en prenant soin de préciser que sa nouvelle jurisprudence était compatible avec celle de 1985

<sup>778</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 14 septembre 2005, *Affaire de la demande en déclaration d'illégalité de la privation du droit de vote des citoyens japonais résidant à l'étranger* (在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件), Minshu, Vol. 59, n°7, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1264](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1264), 2001 (Gyo-Tsu) 82, 判決, rejet et cassation partiels.

<sup>779</sup> Ici, fournir des bulletins de vote nominatifs le jour du vote.

<sup>780</sup> Elle abandonna tout le pan de sa démonstration précédente relative à l'article 51 Voir nbp 762.

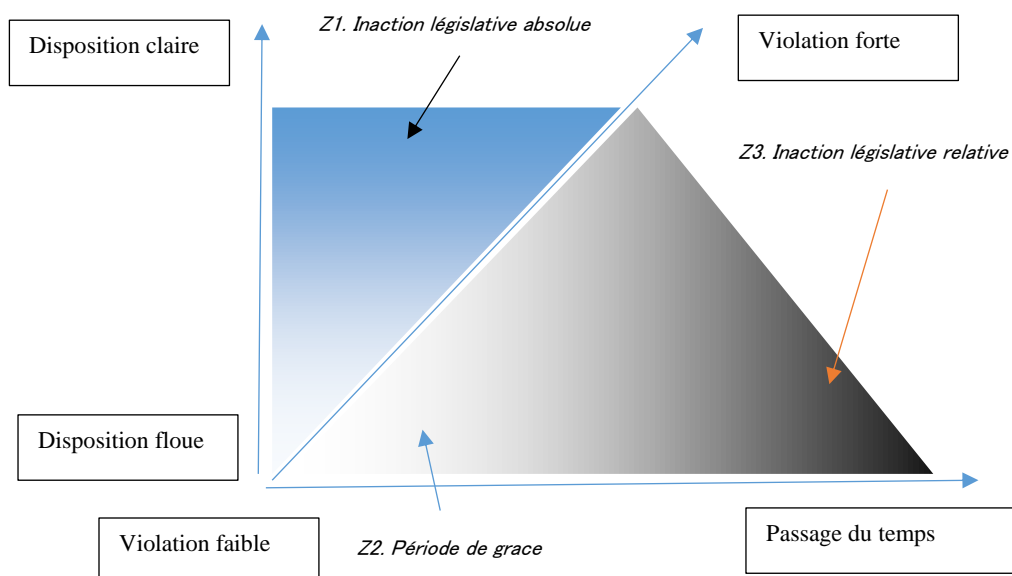
<sup>781</sup> 自由権侵害のような単純な方法による違憲状態の解消ができない

constitutionnalité de l'ordonnance par application directe de l'article 29.3 de la Constitution. Dans le cas de la Malrépartition du droit de vote, le juge a créé la technique du jugement de circonstance.

651. La méthode de l'application directe des droits fondamentaux est la plus efficace, mais on peut alors reprocher le juge d'agir en législateur. Cette technique sera limitée aux cas où la théorie ou la pratique protège les droits constitutionnels en cause. La discrétion législative est faible. En revanche dans le cas des affaires de *Malrépartition*, le juge aurait dû créer de toute pièce un nouveau système électoral et à donc, à de nombreuses reprises, déclaré l'inconstitutionnalité sans annuler les élections et demandé clairement au législateur d'intervenir.

b. **Par voie contentieuse objective**

652. Si les conditions du contentieux subjectif ne s'appliquent pas, les conditions substantielles de l'inaction législative doivent malgré tout être remplies. C'est ce qui s'est passé dans le cas de *l'affaire sur la lèpre*. La quarantaine prolongée de patients aurait dû être supprimée par le législateur, l'obligation législative était claire : ne pas porter atteinte à de nombreux droits fondamentaux. Récemment l'idée fait son chemin que la déclaration d'inconstitutionnalité et le contentieux subjectif ne sont pas les meilleurs moyens d'action quand on peut au contraire solliciter les deniers publics. Le juge Izumi note ainsi que « ... les tribunaux devraient s'efforcer activement de corriger le traitement discriminatoire relatif à l'exercice du droit de vote en raison de l'inaction législative, mais s'ils utilisent une compensation monétaire comme moyen de correction, cela imposerait un fardeau excessif aux contribuables en raison de la large gamme de personnes ayant droit à une indemnisation, ce qui pourrait affecter la liberté de jugement du tribunal. Je recommande que les tribunaux travaillent sans relâche à la correction des inégalités dans l'exercice du droit de vote sans ces préoccupations financières ».



653. Tentative de synthèse des positions Sunao / Tonami<sup>782</sup>.

<sup>782</sup> [http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1017ommission\\_of\\_legislation.htm](http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/seminar/1017ommission_of_legislation.htm)

654. **Remarque.** « Définir c'est limiter » disait Oscar Wilde. On pourrait envisager qu'une doctrine soit prudente dès lors qu'elle catégorise un problème donné, établie des conditions d'application, et des cas d'exceptions lorsque ces conditions d'applications sont remplies. Mais ce critère peut poser un lourd problème conceptuel en droit car tout type de doctrine qualifie, pose des conditions et peut prévoir des exceptions, et si nous suivons ce critère strictement, toute doctrine serait donc susceptible d'être prudente. Il faut donc savoir ce qu'elles limitent. Les doctrines que nous avons étudiées jusqu'ici limitent deux choses, l'accès au tribunal et le pouvoir judiciaire et constitutionnel du juge.
655. Nous avons entamé cette recherche en considérant que toute doctrine limitant l'accès au tribunal est susceptible d'être qualifiée de prudente, et la totalité des doctrines citées par Fukase ont cet effet, en limitant le pouvoir judiciaire ou de contrôler la constitutionnalité. Si l'on prend le cas des doctrines du préalable au jugement constitutionnel, elles ont cette particularité de ne pas empêcher l'accès au tribunal mais de limiter le pouvoir de contrôler la constitutionnalité en prédéterminant le type de test que le juge va utiliser.
656. La doctrine de l'inaction législative qui fait partie de ce groupe doctrinal pose un problème spécifique : on doit admettre qu'en soi, reconnaître le manque législatif est une démarche active, et on peut donc s'interroger sur ce qui est susceptible d'en faire une doctrine en faveur du passivisme. Est-ce le fait qu'un juge refuse de l'utiliser est un critère suffisant pour en faire une marque de prudence ? Oui, mais la doctrine en elle-même n'est pas prudente.
657. Il faut peut être tout simplement voir ici que l'ajout par les universitaires de conditions successives pour accéder au remède juridique une forme spécifique de prudence. C'est en tout cas la question que l'on se pose quand on voit que les critères d'un Professeur de « droit constitutionnel » (Kai Sunao) et d'un Professeur de « contentieux constitutionnel » (Koji Tonami), les conditions substantielles de l'inaction législative ne sont pas les mêmes et ne sont pas organisées de la même manière<sup>783</sup>.

<sup>783</sup> Koji Sato, explique que si l'on défend l'idée d'un Etat-Libertarien (Jiyu Kokka 自由国家), l'absence de loi n'est pas un problème puisque l'individu peut jouir d'un état de totale liberté, et que l'inaction législative est plus du ressort de la procédure législative que de la procédure judiciaire. On peut aussi considérer que le principe de séparation des pouvoirs pose des problèmes sur l'idée même de pouvoir de contrôler la constitutionnalité mais peut s'en accommoder dès lors que l'on limite le pouvoir du juge à une fonction de législateur négatif, alors que sanctionner l'inaction législative, c'est agir comme législateur positif. Ce problème est, comme l'explique Sunao, le même que celui qui s'est posé pour la judiciarisation progressive du droit administratif. Pendant longtemps, nous avons vu que le recours gracieux préalable était nécessaire à l'action judiciaire administrative. Le principe de séparation des pouvoirs était entendu comme justifiant du droit de l'administration à pouvoir en cas de problème, répondre en premier, avant le pouvoir judiciaire. Depuis les recours en mandamus et le contrôle de l'inaction administrative ont été admis. De nos jours, plus personne ne défend une vision pure de l'Etat libertarien ou de l'action de l'administration pour justifier de limites au pouvoir judiciaire ou au pouvoir de contrôler la constitutionnalité.

**CHAPITRE 2 - LES STANDARDS DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE**

658. Avec les doctrines du droit de juger de la constitutionnalité et du droit de poursuivre dans le procès en constitutionnalité de la norme, le juge définit les limites de son pouvoir et fixe des conditions d'accès à ce type de procès de la norme. En surplus des règles établies pour le contentieux ordinaire, le juge utilise la maxime de l'évitement pour éviter de sanctionner d'inconstitutionnalité la norme législative ou réglementaire.
659. Avec les doctrines de la théorie du jugement constitutionnel je juge module son pouvoir de contrôler la constitutionnalité. Le contrôle de la constitutionnalité japonais est compris comme un contrôle des restrictions touchant les droits fondamentaux et est construit autour de l'idée que ces restrictions doivent être limitées à un but et à des moyens raisonnables. Le problème est qu'appliqué strictement, ce critère ne sera que rarement franchi, le juge pouvant aller construire rétroactivement le fait législatif permettant de donner un caractère rationnel à la loi, ou rejeter certains arguments des parties grâce à la doctrine de la discrétion législative.
660. Lorsque les étapes de l'évitement et des doctrines préalables sont franchies, et que le juge accepte d'examiner la conformité constitutionnelle de la loi ou de son application au cours d'un procès ordinaire, entre dans la phase de l'examen de constitutionnalité ou il va utiliser différents standards.
661. **Standard de constitutionnalité et standards de la preuve.** Le Professeur Ebashi opère une distinction entre standards de constitutionnalité et standards de la preuve, qui ont selon lui souvent été confondus par les premiers auteurs japonais et dans les premières décisions de la Cour. Les standards de constitutionnalité (実体の判定基準) sont les conditions que l'on doit remplir pour déclarer l'inconstitutionnalité. Ces conditions relèvent de l'interprétation des dispositifs de la constitution relative aux droits fondamentaux et fondent le cœur du concept de jugement constitutionnel. Nous voyons deux questions ici : tout d'abord, la *qualification de la norme référence*. Ensuite le poids que l'on accorde à celle-ci par rapports aux autres droits fondamentaux.
662. Le second type de standards, les standards de la preuve (審査基準) sont le test que le juge utilise dans l'affaire qui lui est présentée pour voir si les lois et ordonnances s'appliquent à un standard de constitutionnalité : le test du lien de rationalité, de rationalité rigoureuse, d'examen strict. La DCC regroupe ces tests dans ce qu'elle nomme *le standard de rationalité*.
663. Nous allons consacrer quelques développements à l'étape de la qualification juridique de la norme-référence.
664. **La qualification de la norme référence.** Le juge est totalement libre, en tout cas dans les premières années suivant la promulgation de la Constitution. Pour Ebashi la première tâche du juge est de déterminer quelle partie de la norme constitutionnelle va être jugée et on estime qu'il faut que les parties au procès soient au minimum d'accord sur la localisation du problème constitutionnel<sup>784</sup>. Le problème est que cet accord dépend d'un facteur sociétal : la localisation de la norme référence pour l'interdiction de publication dans l'intérêt public, ou la création d'une religion ne posent pas débat, il s'agit de la liberté d'expression et de la liberté de conscience. En revanche d'autres cas sont plus problématiques, car ce critère « sociétal » est temporel.

<sup>784</sup> La reconnaissance mutuelle de la localisation de la question constitutionnel ne signifie pas qu'il y a un problème constitutionnel pour le juge (il ne faut pas confondre qualification et état d'inconstitutionnalité).

665. En effet la perception d'un même problème peut évoluer et on peut distinguer trois étapes : un problème constitutionnel est progressivement reconnu, les positions opposées peuvent donner lieu à un *statu quo*, et lorsque la question semble tranchée de nouveaux éléments qui, jusqu'ici ne posaient pas de problèmes, peuvent apparaître. A titre d'exemple, si la question de l'autorisation des manifestations est aujourd'hui localisée dans la liberté d'expression, ce ne fut pas toujours le cas.

666. Dans sa décision du 4 juillet 1956 dite de *la publication forcée d'excuse*<sup>785</sup> la Cour suprême confirma l'injonction de publication dans les journaux d'une lettre d'excuses d'une personne ayant porté atteinte à l'honneur d'une autre. Deux juges seulement considérèrent que cette personne pouvait être simplement condamnée à une peine ou à une amende, et qu'il ne fallait pas confondre droit et morale en forçant, contre le principe de liberté de conscience, le condamné à publier sur la place publique une opinion morale qu'il ne défendait pas<sup>786</sup>.

667. Dans l'*affaire de l'ordonnance de Tokyo*<sup>787</sup> la Cour suprême jugea le 20 juillet 1960 de l'*ordonnance N°44 de 1950 sur les rassemblements, processions et démonstrations* compatible avec l'article 21 de la Constitution<sup>788</sup>. Cette ordonnance prévoyait dans son article 1 la demande d'autorisation de la commission à la sécurité publique pour **toute activité collective**, activités auxquelles la Cour retrancha les excursions scolaires, cérémonies traditionnelles d'accès à la majorité, mariage, enterrement et assimilés... Le juge du fond avait critiqué la formulation ordonnance comme trop large, pas assez concrète celle-ci concernant « les rues et espaces publics ». La Cour suprême développa à cette occasion la doctrine des circonstances spéciales (集団暴徒化論) :

“L'activité collective est une force matérielle. Un dangereux attribut de la force matérielle est qu'elle peut dépasser les limites du pur exercice de sa liberté de conscience ou d'expression (qui devrait se comporter pacifiquement, en respectant l'ordre) et perturber la paix, développant de la violence. Par conséquent, il ne peut pas être dénié qu'un certain degré de régulation est nécessaire. Bien sur l'Etat et la société doivent accorder le maximum de respect à la liberté d'expression (...) Les force potentielles (...) peuvent être stimulée facilement de l'intérieur ou de l'extérieur, auquel cas, ce qui était un groupe pacifique peut être pris dans un tourbillon d'excitation et d'agitation, et dans des circonstances spécifiques se transformer en foule portant atteinte à l'ordre et au droit, situation ne pouvant être résolue par les forces de polices standard. Les autorités doivent être informé à l'avance pour déterminer les activités qui sous couvert de liberté d'expression pourraient perturber la paix, et qu'elles puissent se préparer à prendre les actions appropriées pour des situations imprévues. Néanmoins il ne peut être dit que l'ordonnance n'est pas exempte du danger de porter atteinte aux libertés.”

668. Et le juge de conclure que le gouvernement doit donc faire attention à ne pas abuser de l'ordonnance et qu'il est impropre de considérer cette dernière inconstitutionnelle pour une simple possibilité d'abus. L'opinion du juge Tarumi Katsumi (垂水克己) est diamétralement opposé. Pour lui une manifestation n'est pas l'échange pacifique de personne du même avis dans un endroit calme qui ne dérange pas les personnes d'un avis opposé mais justement, la démonstration dynamique dans l'espace publique d'un avis politique :

« (c'est) ... l'expression externe des idées partagées d'un groupe sur un sujet particulier. Son but est d'exprimer leur espoirs, oppositions, protestations, accords et plaintes sur leurs conditions de vie au

<sup>785</sup> *Lettre d'excuse*, supra note 365; Maki, supra note 56 aux pp 47-69. Voir l'opinion opposée du juge Tarumi.

<sup>786</sup> Fukase et Higuchi, supra note 118 à la p 141; Matsui, supra note 100 à la p 188.

<sup>787</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 20 juillet 1960, *Ordonnance de Tokyo n°44 et license pour rassemblements publics* (昭和二年東京都条例第四四号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例違反), Keishu, Vol.14, n°9, p.1943, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51694](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51694), 1960 (A) 112, 判決 / 破棄差戻; Maki, supra note 56 aux pp 84-122.

<sup>788</sup> Article 21 de la Constitution : « Est garantie la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression. Il n'existe ni censure, ni violation du secret des moyens de communication. »

gouvernement, au peuple, une portion de celui-ci, ou une personne particulière (...) une procession se déplace (...) on utilise des drapeaux et des pancartes et parfois on crie. Il y a même parfois des haut-parleurs. [Le terme utilisé pour manifestation dans la constitution] *jiundo*, n'a pas la connotation du mot *iryoku* (menace) utilisé dans le code pénal. *Ji* signifie faire voir. *I* signifie influence. *Jiundo* signifie donc un mouvement d'influence. On ne doit pas perdre cela de vue. (... *plus loin*) Nous devons préserver l'injonction suprême de la Constitution que les restrictions à la liberté d'expression ne doivent pas dépasser le strict minimum nécessaire. Si ce n'est pas le cas il y a un risque que le droit, la justice, l'administration ne tendent vers le totalitarisme. ».

669. Dans certains cas, la position de la Cour n'est pas claire le débat n'est aujourd'hui pas encore tranché sur le point de savoir si l'interdiction des publicités commerciales relève des libertés économiques ou de la liberté d'expression (décision *Sumiyoshi KK*)<sup>789</sup> : lorsque le juge commence par interpréter l'article 22 de la Constitution il donne un sens précis à la liberté d'occupation en incluant la liberté d'installation et la liberté du choix de l'activité.
670. Enfin ensuite, si le problème de la sécurité sociale a initialement été considéré comme un problème relevant de l'article 25 de la Constitution, il est depuis la décision *Horiki*<sup>790</sup> étendu au problème de la clause d'égalité de l'article 14 du même texte. A l'inverse, un problème parfois attendu par la doctrine peut ne jamais faire l'objet d'un contentieux<sup>791</sup>.
671. Nous allons consacrer ce chapitre, à la théorie du double standard qui donne une valeur différente aux libertés économiques ou mentales (Section 1), et au standard de rationalité, qui décrit les différents tests employés par le juge (Section 2).

### **Section 1. Le double standard.**

### **Section 2. Le standard de rationalité.**

<sup>789</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬事法事件, 薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却. Ebashi : « Regardless of the posting regulations of the same outdoor advertisement, there is a possibility that handling may be different between cases where the content is regulated to be inconvenient and where it is regulated regardless of the content in order to maintain the aesthetic appearance of the city. »

<sup>790</sup> Qui est peut-être l'origine du triple standard.

<sup>791</sup> Ebashi « On the contrary, the issue that is expected to be contested naturally does not rise to the court. As an example, in ITOCHU Corporation, which was questioned for the secrecy leakage of the Self Defense Force Law, despite the fact that the Self-Defense Forces Law was first applied in trial, The issue in the court is confined to whether or not confidentiality protection violates the guarantee of freedom of expression in the constitutional clause 9, and other disagreements on self-defense force in relation to Article 9 of the Constitution, such as other Self Defense Force trials And the theory of peaceful survival rights where not examined. »

## SECTION 1 - DOUBLE STANDARD (二重の基準論)

672. D'après la théorie du double standard (*Nijū no kijun no riron* 二重の基準の理論), les critères pour juger de la constitutionnalité sont plus stricts lorsque le contentieux porte sur une liberté socio- économique que lorsqu'il s'agit d'une liberté mentale ou politique.

673. C'est dans le contexte japonais de restriction intrinsèque des droits fondamentaux (§1) que la « théorie » du double standard fut introduite au Japon par le juge Ito après qu'il eu longuement étudié le droit américain. Elle fut contestée par Ashibe qui était initialement en faveur d'un standard unique (§2). La position de Ito fut en partie recue par la Cour suprême (§3).<sup>792</sup>

## § 1 Le contexte japonais de la restriction des droits constitutionnels

674. Comme l'explique le Professeur Mamiko Ueno<sup>793</sup>, rétrospectivement, le double standard est la réponse à une impasse doctrinale liée à la notion de « bien-être public », qui a d'abord justifiée une restriction totale des droits constitutionnels, restrictions ensuite limitées à un aspect intrinsèque.

a. Notions cadres

675. **Bien-être.** La notion de bien-être public est présente dans les articles 12<sup>794</sup>, 13<sup>795</sup>, 22.1<sup>796</sup> et 29<sup>797</sup> de la Constitution. Ce principe n'était pas compris comme un objectif à atteindre, mais une restriction d'exercice des droits constitutionnels prévus par ces articles. Puisque la mention du bien-être public est limitée à ces articles, on peut considérer que les rédacteurs de la Constitution ne souhaitaient pas qu'elle justifie une limitation des autres droits de la Charte<sup>798</sup>. Mais par lecture structurelle et par interprétation extensive de la notion de « bien-être public », cette restriction s'est étendue à l'ensemble de la Charte des droits fondamentaux<sup>799</sup>, droits qui ne se voyaient par ailleurs pas reconnaître un haut degré de normativité<sup>800</sup>.

676. **Restrictionnisme total.** Dans l'affaire du *Vol de riz* (食糧管理法違反) du 29 Septembre 1948<sup>801</sup>, la Cour de l'après-guerre, influencée par les doctrines allemandes admet alors l'existence des droits sociaux, mais ne leur reconnaît pas le statut de droit concret, et

<sup>792</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬事法事件, 薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却.

最大判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁 (泉佐野市民会館事件) Conseil municipal Izumizano

<sup>793</sup> Ueno, supra note 209 aux pp 201-208.

<sup>794</sup> Article 12 : « La liberté et les droits garantis au peuple par la présente Constitution sont préservés par les soins constants du peuple lui-même, qui s'abstient d'abuser d'une façon quelconque de ces libertés et de ces droits ; il lui appartient de les utiliser **en permanence pour le bien-être public.** »

<sup>795</sup> Article 13 : « Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il **ne fait pas obstacle au bien-être public**, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement. »

<sup>796</sup> Article 22.1 : « Toute personne a le droit de choisir et de changer sa résidence, ou de choisir sa profession, dans la mesure où elle **ne fait pas obstacle au bien-être public.** »

<sup>797</sup> Article 29 : « Le droit de propriété ou de possession de biens est inviolable. Les droits de propriété sont définis par la loi, **conformément au bien-être public.** La propriété privée peut être expropriée pour utilité publique, moyennant juste compensation. »

<sup>798</sup> Matsui, supra note 100 à la p 165.

<sup>799</sup> *Ibid* aux pp 166-167.

<sup>800</sup> Edward McWhinney, *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986 à la p 224.

<sup>801</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 29 septembre 1948, *Vol de riz* (食糧管理法違反), Keishu, Vol. 2, n°10, p.1235, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56515](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56515), 1948 (Re) 205, 判決 / 棄却.



jugea que la liberté d'expression, qui ne peut être irraisonnablement limité par le Parlement, ne doit pas être utilisée abusivement par le peuple qui doit l'exercer pour le bien-être public. La situation de l'après-guerre était particulière : une ordonnance organisait la vente obligatoire de nourriture au gouvernement pour redistribution et contrôle des prix, et sanctionnait pénalement ceux qui critiquaient le système. Un fermier s'opposa au système et fut condamné. Cette position nommée « Restrictionnisme total » fut ensuite énoncée clairement dans la décision concernant l'interdiction d'importation du livre *Lady Chatterley* au Japon, où un traducteur et éditeur du livre furent poursuivis pour atteinte aux bonnes mœurs sur la base de l'article 175 du Code pénal, et contestèrent la constitutionnalité de cet article par rapport à l'article 21 de la Constitution prévoyant la liberté d'expression : « En ce qui concerne les droits fondamentaux prévus par la Constitution, il est évident qu'ils ne sont ni absolus ni illimités ; la restriction des droits au nom du bien-être public imposé par les articles 12 et 13 de la Constitution est valable pour chacun des droits que celle-ci garantit, que la restriction soit évoquée explicitement ou non dans le texte concerné ». La Cour valida la condamnation et la constitutionnalité de l'article 175 en considérant qu'il s'agissait d'une restriction justifiée de la liberté d'expression pour garantir une moralité sexuelle minimale, moralité intégrée dans la notion de « bien-être public ».

677. **Contraintes intrinsèques et extrinsèques.** Comme souvent, lorsque l'on veut relativiser une notion, il suffit de la mettre en balance avec une autre dans une nouvelle catégorie. On renomma cette vision du « Restrictionnisme total » en « Restrictionnisme extrinsèque », en lui opposant l'idée d'un « Restrictionnisme intrinsèque ». Il s'agit de l'importation un peu bancal d'une typologie originellement définie par Madison dans le *Federalist* : les contraintes internes pesant sur les droits constitutionnels sont liées à la structure fédérale de l'Etat, les contraintes externes sont celles qui trouvent leur cause dans des raisons extérieures à la structure de l'Etat fédéral. Dans le contexte japonais non-fédéral cela signifie que l'on distingue au Japon les limites qui sont fixées par le législateur (intrinsèques) dans le but que les droits du « peuple dans son ensemble soient garantis », des limites indépendantes de la volonté législative (extrinsèques).

678. On peut alors lire le « bien-être public » de trois manières. Le bien-être public extrinsèque sert à protéger des comportements ultra-individualistes et favorise le gouvernement totalitaire. Le bien-être public intrinsèque est confié au législateur pour garantir un Etat libéral ou garantir un Etat Providence. On rejette les limites extrinsèques en les associant au régime totalitaire de la seconde guerre mondiale et on favorise les limites intrinsèques en donnant les clefs au législateur<sup>802</sup>. Il ne faut pas y revoir une remise en cause totale des décisions Contrôle de nourriture et *Chatterley*, mais plutôt un cadre. Ces restrictions sont possibles lorsqu'elles sont dans les mains du législateur et non du gouvernement et il faut que la Cour soit convaincue que la restriction serve un but d'intérêt public légitime, intérêt public inclus dans la notion de bien-être public et que les moyens utilisés soient adaptés à ce but. Toutefois dans ces décisions la Cour admit que cette restriction pouvait être explicitement mentionnée ou sous-entendue et ne s'interrogea pas sur l'étendue de la restriction.

679. **Restriction intrinsèque minimum.** Dans les années 60, à la faveur d'un changement de majorité dans la composition de la Cour suprême, cette dernière tenta de limiter ces restrictions à un minimum. Dans l'affaire du *centre postal de Tokyo* (déjà vu paragraphe 175.) la Cour jugea que « Les droits fondamentaux des travailleurs tels que le droit de s'organiser, de se syndiquer et d'utiliser des tactiques de conflit du travail sont garantis pour toutes les classes de travailleurs par l'article 28 de la Constitution qui est basé sur le concept que toutes

<sup>802</sup> Ueno, supra note 209 à la p 203.

les personnes doivent avoir le droit de maintenir un minimum de leurs conditions de subsistance et de bien-être. Néanmoins, même ces droits ne sont pas absolus, ni sujets à toute type de restriction. Le contenu de ces droits doit être compris comme impliquant une restriction inhérente correcte, justifiée par le point de vue que les intérêts de tous les individus pris collectivement doivent être protégés. Néanmoins, le problème de l'étendue dans laquelle ces restrictions peuvent être constitutionnellement bien-fondés doit être attentivement jugé sur la base de considérations et problèmes variés. Ces considérations et problèmes sont les suivants :

« (1) Le bien-fondé de la restriction imposée aux droits fondamentaux des travailleurs doit être évalué en mettant en balance la nécessité de préserver les droits fondamentaux des travailleurs et la nécessité de protéger les intérêts de tous les peuples vivant dans leur ensemble. Toutefois, étant donné que les droits fondamentaux des travailleurs sont directement liés au droit des travailleurs de maintenir les normes minimales d'une vie saine et cultivée et que le premier est l'un des moyens les plus importants de réaliser ces derniers, la restriction imposée doit être limitée au minimum nécessaire compatible avec le caractère raisonnable.

2) Le bien-fondé des restrictions aux droits fondamentaux des travailleurs n'est justifiée que lorsque la nature des fonctions de la profession ou de l'entreprise desservie par les travailleurs est fortement imprégnée d'intérêt public et que, par suite d'un retard dans les fonctions ou les affaires, il serait contraire à l'intérêt des moyens de subsistance du peuple en général et entraverait gravement le maintien des moyens d'existence de la communauté. Par conséquent, lorsqu'une restriction qui porterait atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs doit être imposée, il doit être considéré dans le droit que cela est nécessaire et inévitable afin de prévenir l'effet néfaste mentionné ci-dessus.

3) L'effet juridique attaché à la violation de la restriction imposée aux droits fondamentaux des travailleurs, c'est-à-dire le désavantage subi par le contrevenant, ne devrait pas excéder des limites nécessaires. En particulier lorsque des sanctions pénales doivent être imposées à la suite de la mise en œuvre de tactiques de conflit du travail, elles doivent être limitées aux cas où elles sont jugées nécessaires et inévitables. Et cela nécessite une circonspection particulière lorsque la simple inaction, telle qu'une grève ou un retard, doit faire l'objet d'une sanction pénale. En dernière analyse, la loi actuelle est un principe cardinal selon lequel seuls les effets juridiques civils, tels que l'annulation d'un contrat ou les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, constituent les recours juridiques, et en règle générale, aucune sanction pénale ne peut être imposée dans de tels cas. Cela découle naturellement de l'idée civilisée de respecter les droits de l'homme et de l'idéal de la politique criminelle de limiter la sanction pénale à des comportements antisociaux fortement hostiles. C'est la même chose même lorsqu'une obligation contractuelle découle d'un contrat de travail ou d'un contrat de fourniture de main-d'œuvre. »

680. Après examen, la Cour prononça l'inconstitutionnalité des sanctions pénales, et cette décision d'inconstitutionnalité, nous l'avions vu,<sup>803</sup> causa de grand remous au Parlement, et

<sup>803</sup> Christopher S Dodrill, « IN DEFENSE OF "FOOTNOTE FOUR": A HISTORICAL ANALYSIS OF THE NEW DEAL'S EFFECT ON LAND REGULATION IN THE U.S. SUPREME COURT » (2009) 72:1 Law and Contemporary Problems 191-204. « We see no persuasive reason for departing from that ruling here, where the Fifth Amendment is concerned, and since none is suggested, we might rest decision wholly on the presumption of constitutionality. But affirmative evidence also sustains the statute. In twenty years, evidence has steadily accumulated of the danger to the public health from the general consumption of foods which have been stripped of elements essential to the maintenance of health (...) herd. We may assume for present purposes that no pronouncement of a legislature can forestall attack upon the constitutionality of the prohibition which it enacts by applying opprobrious epithets to the prohibited act, and that a statute would deny due process which precluded the disproof in judicial proceedings of all facts which would show or tend to show that a statute depriving the suitor of life, liberty or property had a rational basis. But such we think is not the purpose or construction of the statutory characterization of filled milk as injurious to health and as a fraud upon the public. There is no need to consider it here as more than a declaration of the legislative findings deemed to support and justify the action taken as a constitutional exertion of the legislative power, aiding informed judicial review, as do the reports of legislative committees, by revealing the rationale of the legislation. Even in the absence of such aids, the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless, in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators »

resta dans l'histoire constitutionnelle japonaise une agréable anomalie. Depuis, la Cour a systématiquement confirmé la constitutionnalité de ce type de restrictions aux droits fondamentaux<sup>804</sup>.

b. **Ebauche de « double standard » à la japonaise**

681. A partir des années 1960, le juge utilise deux doctrines : la doctrine de la balance des intérêts au cas par cas, où le juge met en balance les intérêts pour la société de la restriction ou de la protection des droits fondamentaux et sur laquelle nous reviendrons dans la section 6, et dans les années 1970, la doctrine du double objectif qui vise en particulier la législation économique.

682. **La doctrine du double objectif (目的二分論) 1972-1975.** La Cour et la doctrine ont pris grand soin de mettre en place la prédominance de la volonté législative, le juge a essayé de « limiter » ce principe de restriction des droits en distinguant la législation ayant un but passif (*Shōkyoku mokuteki kisei* 消極目的規制) de la législation ayant un but actif (*Sekkyoku mokuteki kisei* 積極目的規制). La législation à but *actif* est celle où le législateur selon les principes de l'Etat providence met en place « une politique économique et sociale de développement harmonieux de l'économie de la nation, de promotion des commodités sociales et publiques et de protection des personnes économiquement faibles » et le juge n'intervient que si la loi est irraisonnable, un contrôle minimum. La législation à but *passif* est celle qui vise à « garantir la communauté de vie et maintenir l'ordre social ».

683. Ce critère fut utilisé dans la décision sur *les petits et moyens commerces*<sup>805</sup> où la Cour, présidée par le très conservateur Ishida, interpréta l'article 22 de la Constitution prévoyant la liberté d'entreprendre de manière exclusivement économique, et considéra que la loi visait à protéger activement les petits commerces des grandes surfaces et qu'il fallait donc laisser une grande discrétion législative au législateur. La Cour accompagna ainsi de manière prudente la volonté législative. La loi fut malgré tout modifiée l'année suivante.

684. S'agit-il vraiment d'une limitation au principe de restriction des droits ? On peut se demander si ce n'était pas pour le juge japonais non un problème de constitutionnalité, mais avant tout, la plus grande partie du contentieux touchant au système de la distance d'installation, un problème de droit administratif. Ce système de distance élaboré dans l'après-guerre a d'abord et avant tout été validé par le juge dans la jurisprudence sur les bains publics. Le législateur avait le droit de mettre en place un tel système et le juge ne voulait pas regarder dans le détail le contenu de la réglementation. Il s'agissait alors de protéger la sécurité et l'hygiène des individus. C'était alors un objectif passif. Ce qui s'est passé, c'est que lorsque les justifications basées sur le principe de sécurité n'ont plus été défendables, le juge a simplement pour la même législation, changé la qualification de l'objectif passif en objectif actif visant à la promotion du bien-être collectif, l'intérêt à agir des individus est passé de direct ou non-réflexif à réflexif ou indirect (lien avec balance des intérêts ? cela semble très proche), et l'individu a perdu son intérêt à agir. Les droits des individus se sont fondus dans des considérations plus générales et le système a été verrouillé par l'usage de doctrines administratives.

<sup>804</sup> Pour voir la critique d'Ebashi sur la notion de « restriction minimum »

<sup>805</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 22 novembre 1972, *Violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces* (小売商業調整特別措置法違反), Keishu, Vol.26, n°9, p.586, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=50995](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50995), 1970 (A) 2, 判決 / 棄却 supra note 210..

685. Ce qu'il faut retenir est que distinguer l'objectif passif de l'objectif actif d'une loi est en soit problématique et assez aléatoire. Mais en 1973, les juges Ishida (qui avait tout fait pour renverser la jurisprudence du centre postal de Tokyo) et Tanaka Jiro (qui a rappelés le cœur de la doctrine du shobunsei) quittent la Cour suprême, et la majorité semble basculer.

686. Le juge s'est alors ouvert deux chemins en allant, nous le verrons, au-delà de la simple validation du système des distances d'installation, en créant un statut spécifique à la liberté d'expression, soit par différenciation des libertés économiques soit par inclusion d'une composante mentale dans une liberté économique, ce qui lui a permis de moduler son contrôle. C'est la doctrine du double standard. Voyons à présent son origine et importation.

## § 2 Double standard ou standard unique : exemple des positions de Ito et Ashibe

687. Dans les grandes lignes, le Professeur et futur juge<sup>806</sup> Ito importa l'opinion complémentaire du juge Stone dans la décision *Carolene* et Ashibe importa la position dissidente du juge Frankfurter dans la même décision, considérant nous le verrons que le Japon n'était alors pas prêt à recevoir une doctrine du double standard. Ce sont des débats relativement anciens, mais étudiés encore aujourd'hui.

688. **Foonote 4 du juge Harlan. F. Stone importée par Ito.** Dans un texte consacré à la « liberté de publication » (言論. 出版の自由)<sup>807</sup>, Ito Masami s'interrogea longuement sur la possibilité et le caractère approprié d'un standard uniforme de jugement et dans quelle mesure le bien-être public pouvait restreindre les droits fondamentaux. Il note que plusieurs circonstances, sociales<sup>808</sup> et sécuritaires<sup>809</sup>, ont joué dans l'émergence et la diffusion au États-Unis et au Japon de cette doctrine, en remettant en cause de l'évidence du critère substantiel unique d'examen de constitutionnalité.

689. Ito établit le point de départ de la doctrine du double standard à l'affaire de la Cour suprême *Carolene*<sup>810</sup>, dans laquelle fut discutée la constitutionnalité d'une loi prohibant le commerce de lait enrichi entre États fédérés. Les parties soulevèrent l'argument selon lequel le jugement du Congrès ne peut servir de base à une décision de rejet de la Cour, et que si la Cour ne donne pas la possibilité d'une contre-argumentation, c'est une violation du *due process*\*. La Cour s'appuya sur les débats relatifs au vote de la loi où de nombreux experts avaient été amenés à témoigner devant les chambres hautes et basses du parlement américain. Les conclusions avaient été claires : l'ajout de graisse et d'huile est mauvais pour la santé, la loi avait été votée de manière rationnelle et par conséquent la constitutionnalité de la loi ne pose pas de problème. En examinant la constitutionnalité de l'autorité régulatoire des États, la Cour déclara donc que leur autorité était totale pour le domaine économique, que ces lois étaient sujettes à la présomption de constitutionnalité, que le juge devait faire preuve de déférence et se retenir de questionner la constitutionnalité la sagesse ou le jugement politique du législateur. Quand bien même certaines lois à objectif économique peuvent sembler indésirables, le juge ne peut les déclarer inconstitutionnelles que si elles échouent à remplir un but rationnel ou légitime.

<sup>806</sup> De 1980 à 1989.

<sup>807</sup> 言論・出版の自由 その制約と違憲審査の基準』岩波書店 1959

<sup>808</sup> La prise en compte des droits fondamentaux après la seconde guerre mondiale, le glissement progressif du laissez-faire en matière de droit de propriété et de droit à l'établissement d'une activité professionnelle, l'émergence des législations sociales

<sup>809</sup> Le problème posé par les législations restrictives de la liberté d'expression pour éviter dans une logique de contre-espionnage la divulgation d'information « anti-patriotiques »

<sup>810</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 58 S. Ct. 778, 82L. Ed. 1234 (1938),

690. Or ce jugement, et notamment la note de bas de page 4 de l'opinion complémentaire du juge Stone, apporta de nombreuses précisions : il y a une différence entre la loi qui régle des activités économiques ordinaires et une loi qui régle d'importantes libertés individuelles. La présomption de constitutionnalité pourrait ne pas s'appliquer à certaines lois non économiques qui limitent le process démocratique, discriminent les minorités raciales, religieuses ou ethniques, ou sont contraires à certaines libertés constitutionnelles spécifiques. Y-a-t-il un lien entre la clause d'égalité, c'est-à-dire l'absence de discrimination et les libertés politiques ? Il faut se replacer dans le contexte multiculturel américain : permettre la protection des minorités faibles politiquement contre les discriminations et favoriser le doit de réunion favorise l'émergence d'une opinion de groupe. Mais d'une manière générale l'idée est que le contrôle du juge va alors être plus stricte pour tout ce qui porterait atteinte aux canaux démocratiques : droit de réunion et de manifester pacifiquement, la liberté d'exprimer son point de vue.
691. Ce fut donc la position de la Cour suprême américaine, laissant d'une main la législation New deal de Roosevelt se déployer et contrôlant strictement les atteintes à la liberté d'expression de l'autre. Dans ce cadre, le critère d'examen de constitutionnalité se diversifia : il fut nécessaire d'établir des critères pour le danger clair et manifeste, de distinguer les droits de l'hommes essentiels à l'existence des individus et ceux à intérêt limité, de distinguer les cas où les droits de l'homme sont retreint préalablement.
692. Ito prend position pour ce double standard dans son premier article.
693. Il développe son idée dans un mémoire nommé « Egalité sous le droit » (法の下の平等) où il va défendre le statut particulier de la liberté d'expression et de la clause d'égalité. Sa conception de la liberté d'expression est centrale de sa théorie du droit : pour lui les droits fondamentaux sont divisés en quatre catégories où la présomption de constitutionnalité sur la législation joue différemment. Pour les droits à la survie (生存権的基本権), il admet une présomption de constitutionnalité forte qui ne peut être renversée, pour les droits économiques (経済的基本権), la présomption ne peut être renversée que s'il est démontré que la législation est arbitraire (non rationnelle et sans fondement raisonnable), pour les droits relatifs à la liberté spirituelle externe (外面性精神的自由権) la présomption de constitutionnalité n'existe pas, au contraire, une présomption d'inconstitutionnalité existe que le gouvernement devra renverser et enfin pour les droits relatifs à la liberté spirituelle interne (内面性精神的自由), il considère qu'une présomption forte d'inconstitutionnalité existe.
694. En ce qui concerne la clause d'égalité, il y a deux théories : l'égalité absolue (絶対的平等) qui n'admet aucun traitement discriminatoire, et l'égalité relative (相對的平等) qui se limite aux choses de même nature (等しき者を等しく取り扱う). La seconde théorie est majoritaire au Japon mais pose un problème particulier : Ito rappelle que dans les premières années suivant la promulgation de la nouvelle Constitution fut défendue l'idée qu'une discrimination rationnelle pouvait être constitutionnelle<sup>811</sup>. Tous les interprètes de la Constitution défendaient l'idée que leur interprétation était rationnelle, c'était une interprétation subjective, et Ito va essayer de ré-objectiviser ce critère au niveau de l'interprétation de la loi et au niveau de l'interprétation de la constitution.
695. Tout d'abord, il propose de déterminer le but légitime de la législation, de vérifier la portée de la réglementation et d'en comparer ses éléments les autres catégories

<sup>811</sup> C'est pour Ebsahi un cas de figure typique où le critère substantif du jugement seul était utilisé.

discriminatoires (les signes de distinction) présentes dans le reste de la législation en vigueur. Ensuite, il procède à une lecture par disposition de l'article 14 de la Constitution. En ce qui concerne le premier phrase "Tous les citoyens sont égaux devant la loi", Ito considère que la présomption de constitutionnalité existe, mais qui pour la suite de l'article "il n'existe aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale", l'assertion de la constitutionnalité doit être soutenue par une preuve du caractère raisonnable de la discrimination".

696. Ebashi considère que la théorie de Ito, même si elle n'a pas été admise dans toutes ses composantes par la jurisprudence et notamment dans ce qui a trait à sa lecture radicale de la présomption de constitutionnalité, a été extrêmement influente dans l'idée d'introduire une différence entre les libertés mentales et les libertés économiques. Elle présente néanmoins une faille en ce qui concerne sa vision de la clause d'égalité : "lorsque il y a un haut-niveau et un bas-niveau de discrimination, il est nécessaire de procéder à un examen poussé des premières et de les considérer à part, ce qui est difficile voir impossible en pratique. La plus grande faiblesse de la théorie d'Ito est d'avoir apporté une lecture littérale de l'article 14".

697. **Frankfurter / Ashibe.** Dans une série d'articles<sup>812</sup>, Ashibe insiste sur l'importance de la prudence juridique telle que conçue par Frankfurter qui défendait un standard unique, et assimile présomption de constitutionnalité et test de la rationalité :

« Il n'y a rien dans la jurisprudence de notre pays qui adopte complètement le principe américain de présomption de constitutionnalité et j'ai le sentiment que la théorie des « libertés supérieures » est ignorée. Il est possible de dire que la question des droits de l'homme est résolue de manière uniforme par les propositions de self-restraint d'entre autre, Frankfurter. Nous avons une clause d'égalité, mais au Japon il est possible de prendre en compte un grand nombre de faits spécifiques (analyse des faits économiques, psychologiques, médicaux etc.). La théorie de la balance des intérêts a été négligée. Dans le domaine de la liberté d'expression, je pense que l'opinion majoritaire de la Cour suprême américaine est toujours fondée sur la supériorité du pouvoir sur les individus ».

698. Pour Ebashi, Ashibe signale que la présomption de constitutionnalité n'est pas une « rule of thumb » un peu vague, c'est un principe important. « Le juge ne contrôle pas si les faits législatifs raisonnables sont manquants dans le jugement de valeur du Congrès, donc le principe de présomption est équivalent au standard de rationalité ». Ebashi expliquant que pour Ashibe une loi sera inconstitutionnelle s'il est manifeste que le dispositif, les moyens de la loi n'ont aucun lien raisonnable avec le but de la loi, si c'est le cas au contraire, la loi est constitutionnelle. Par ailleurs, il conteste la spécificité des libertés mentales, considérées supérieures car elles ont une relation spécifique avec le processus démocratique et la liberté d'expression. Il admet que le lien est clair, mais il ne signifie pas que ces libertés ont toujours un « avantage dominant » : elle peut être mise en balance avec l'idée de sécurité, et ces remarques anciennes prennent un écho particulier de nos jours.

699. Par la suite il expliquera cette doctrine de la manière suivante :

« Dans le cas de la législation relative à la liberté économique, aussi longtemps que le processus démocratique fonctionne correctement, il est possible d'éliminer ou de rectifier les régulations (*loi /règlements*) et il est approprié pour la Cour d'admettre une grande discrétion au pouvoir législatif et d'adopter une attitude de non intervention, à la différence de la restriction d'une liberté spirituelle ou de la négligence ou l'atteinte des droit des droit de la minorité politique par la majorité politique. (...) si le processus démocratique lui-même est atteint il est difficile voir impossible d'attendre une abolition ou

<sup>812</sup> Thèse de 1997 "Double standard et contentieux constitutionnel", article de 1998 "Le remède judiciaire et les droits de l'homme.... Référence complètes dans l'article d'Ebashi.

révision par le process démocratique, et la Cour intervient activement et sans porter atteinte au principe démocratique. Si nous ne pouvons pas restorer le fonctionnement normal du process gouvernemental, il sera impossible de réaliser la garantie des droits fondamentaux. »<sup>813</sup>

### § 3 Usage de la doctrine par la Cour suprême

700. On peut voir deux tendances chez les auteurs : pour les uns c'est la volonté de mieux protéger certains droits considérés comme essentiels, les libertés mentales, pour les autres c'est surtout la justification de la déférence du juge en matière de liberté économique. En pratique, notons que la Cour suprême n'a jamais déclaré l'inconstitutionnalité de norme dans le domaine de la liberté d'expression, mais l'a parfois fait pour la liberté économique.

701. **Reconnaissance jurisprudentielle.** La doctrine du double standard a clairement été utilisée par la Cour suprême dans la décision *Petits commerces* et dans l'affaire *Sumiyoshi K.K.* La différence est que l'affaire *Sumiyoshi K.K.*, la Cour qualifia la législation de mesure policière (passive) et utilisa le test de rigoureuse rationalité. Nous reprendrons en détail le test de rigoureuse rationalité alors utilisé dans la section suivante et indiquons ici simplement que la doctrine du double standard fut admise. Comment ? La Cour développa longuement la fonction sociale de la liberté d'installation lors de la phase de qualification de la norme de référence :

“L'article 22, paragraphe 1, de la Constitution dispose que toute personne a la liberté de choisir sa profession dans la mesure où elle n'interfère pas avec le bien-être public. Une occupation est une activité continue dans laquelle un individu s'engage afin de maintenir ses propres moyens de subsistance. Par ailleurs, dans une société où il existe une division du travail, une occupation est par nature une activité répartie par fonction sociale à travers laquelle on contribue à la continuité et au développement de la société, où chaque personne réalise sa propre individualité, et il existe une relation inséparable avec valeur personnelle de l'individu. La raison pour laquelle cette disposition a garanti la liberté de choix dans la profession en tant que l'un des droits de l'homme fondamentaux peut également être attribuée à cette caractéristique et à l'importance de l'occupation dans la société moderne. Ainsi, lorsque nous considérons le caractère et le sens de l'occupation en ces termes, l'occupation doit être libre non seulement en ce qui concerne le choix indépendant - c'est-à-dire commencer, continuer et abandonner une occupation - mais aussi librement, au regard de l'exercice de la profession choisie, c'est-à-dire la forme et le contenu des activités professionnelles. Par conséquent, cette disposition devrait être interprétée comme incluant non seulement la liberté de choisir une profession au sens étroit, mais aussi une garantie de liberté d'activité professionnelle.”

702. Puis elle utilisa la doctrine du double standard :

(2) (...) l'occupation, comme nous l'avons déjà dit, est essentiellement une activité sociale et, surtout, une activité économique, et par sa nature quelque chose dans lequel les relations sociales mutuelles sont grandes ; Par rapport à d'autres libertés garanties par la Constitution, en particulier les libertés **dites «mentales»**, la demande de régulation par l'autorité publique est plus forte. Ainsi, la reconnaissance en vertu de l'article 22, paragraphe 1, de la Constitution, de la *liberté de choix professionnel* avec la réserve «dans la mesure où elle n'interfère pas avec le bien-être public» peut être considérée comme dépendant de ce point”.

703. **Justification.** Quand on regarde le décalage entre la littérature et les décisions de la Cour, il y a débat quant à la portée jurisprudentielle réelle de cette doctrine, mais on justifie ou motive son usage au Japon de plusieurs manières, selon que l'on insiste sur la fonction des institutions, sur la valeur des droits fondamentaux, sur la capacité épistémique ou juridique du juge et du législateur.

<sup>813</sup> 芦部信喜 (ASHIBE Nobuyoshi), 憲法学. 2 (*Etudes Constitutionnelles T.2*), 東京, 有斐閣, 1994 à la p 218.

704. Dans la première *approche fonctionnelle* (機能論的アプローチ), on place le curseur sur la distribution des pouvoirs entre le Parlement et les tribunaux. L'opinion du peuple représentée doit être respectée et le juge doit se retenir d'intervenir et de corriger les choix économiques résultants d'un processus démocratique. En revanche, les choix du Parlement qui concernent les libertés politiques peuvent porter atteinte au fonctionnement de ce processus démocratique, et il est admis que la Cour puisse intervenir activement : si l'on prend le cas d'un contentieux touchant aux élections au Parlement, que la validité de l'élection est mise en cause parce que le système mis en place par le législateur peut porter atteinte à l'exercice des droits fondamentaux (le cas d'école est celui des affaires de mal répartition du droit de vote), on comprend bien que le législateur puisse se retrouver dans l'incapacité d'agir. Même si une liberté économique (経済的自由) est restreinte dès lors que la liberté mentale (精神の自由) ne l'est pas, l'individu peut par son droit de vote et d'expression modifier la situation dans le cadre du processus démocratique. En revanche, si la liberté d'expression est atteinte, le processus démocratique ne fonctionnera plus. Personnellement nous considérons que cette approche fonctionnelle est inspirée aux États-Unis et au Japon par les travaux de Bickel sur le problème contre-majoritaire et que ce problème conduit dans une impasse, ou en tout cas qu'il est insoluble en l'état. On peut renverser le problème et considérer que la fonction des institutions est de réaliser les droits fondamentaux, que la démocratie est un moyen et non une fin.
705. Dans l'*approche axiologique* (価値論的アプローチ). On insiste davantage, au-delà de la question démocratique sur la valeur intrinsèque des libertés mentales : elles sont en relation avec la personnalité des individus, elles permettent de définir les valeurs sociales, la liberté d'expression doit être protégée contre la censure des opinions politiques, le droit de manifester garanti. La doctrine du DCC insiste sur le caractère japonais des différentes libertés mentales, il ne s'agit pas d'une traduction du premier amendement américain, et on distingue celles qui sont nécessaires à la démocratie et d'autre qui leur semble moins essentielles (droit d'importer et de publier des ouvrages pornographiques).
706. En ce qui concerne la *capacité épistémique* du juge et du législateur, ce sont toujours les mêmes arguments : le législateur dispose de plus de moyens en matière économique, le juge de plus de moyens pour créer un savoir sur les libertés ; le contre argument est le même, il s'agit d'un critère purement économique qui ne veut dire son nom : on peut donner plus de moyens au juge et au législateur. Dans l'absolu le critère épistémique nous dit que le juge ne dispose pas toujours des moyens, de l'expertise technique pour se prononcer et qu'il doit faire preuve de prudence. Mais la plupart des contentieux constitutionnels étant plus moins en lien avec de telles problématiques socio-économiques, le suivre trop strictement consiste en pratique à limiter le pouvoir de constitutionnalité du juge aux problèmes relatifs aux libertés mentales.
707. Le *critère légal* est plus intéressant, dès lors que l'on touche aux « principes structurels ». On questionne ici la compétence juridique, la légitimité que donne la Constitution ou la loi à agir. Si l'on observe simplement la norme d'attribution, le juge peut juger l'ensemble des litiges juridiques, le législateur dispose d'une compétence légale générale. Il n'y a pas *a priori* d'opposition entre les deux : le juge juge, le législateur légifère. On peut contester le pouvoir du juge à agir en tant que législateur négatif ou passif, c'est-à-dire à s'attribuer une fonction normative générale alors qu'il est sensé traiter le cas particulier, et au législateur de fixer l'issue du procès du procès particulier alors qu'il est sensé traiter des standards juridiques, des règles générales. Lorsqu'on pense la séparation des pouvoirs de manière stricte, chaque pas de l'un dans la sphère d'activité de l'autre est considéré comme un dépassement de fonction, c'est-à-dire, comme une forme d'activisme. Si on pense à la division des pouvoirs de manière



souple, on introduit comme le juge Mano l'idée de « checks and balances » et le contrôle de constitutionnalité peut être vu comme l'un de ces contre-pouvoirs<sup>814</sup> et ne peut être limité que par d'autres dispositions constitutionnelles. Rappelons que cette position fut assez rapidement contestée par l'idée de contrainte inhérente (de quoi s'agit-il ??)<sup>815</sup>, et qu'un autre fut proposé par le juge Kawamura<sup>816</sup> : un litige qui remplit les conditions légales d'examen judiciaire ne doit pas se voir opposer la théorie des contraintes inhérentes<sup>817</sup>. Autre principe s'étant vu attribuer une portée structurelle, la notion de « bien-être public » pose débat. Pour Matsui, Sato cela reste une notion importante, pour Ueno la doctrine n'a jamais dépassé le champ du contentieux relatif aux libertés économiques et semble abandonnée dans les décisions récentes de la Cour où on utilise davantage les notions de la DCC : discrétion législative, présomption de constitutionnalité.

708. **Proposition de remise en cause contemporaines : le droit à la poursuite du bonheur.**

Pour Ebashi dans la société moderne, les classifications anciennes des libertés mentales et économiques sont inadéquates, puisque l'on peut être économiquement mentalement libre sans avoir pour autant accès au « bonheur ». Le doctrine du double standard et les doctrines annexes comme celles du double objectif sont surtout utiles pour protéger les intérêts des grandes sociétés, mais dans beaucoup de cas, il y a un problème de prise en des droits considérée comme apportant un moindre plus value à la société dans son ensemble. Il propose d'établir un nouveau double standard, où différentes logiques s'appliqueraient aux mêmes types de droits de l'homme en fonction du contexte précis du problème. Un triple standard pleinement assumé (三重の基準論), défendu par Urabe<sup>818</sup>, ou Tomatsu<sup>819</sup>, qui défendent l'idée d'élever le *standard de l'examen*. Jusqu'ici la position de la Cour est au fond « une théorie du standard unique qui s'intéresse uniquement à justifier les restrictions des libertés économiques ».

<sup>814</sup> Opinion du juge Mano dans l'affaire Aoiyama en 1953 : « les lois sont du ressort du pouvoir législatif, mais le pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois est attribué aux cours ; (...) la destitution est du ressort du pouvoir judiciaire, mais est attribuée au Parlement ; (...) les pouvoirs attribués à un organe du gouvernement au regard du principe de séparation des pouvoirs délimitent les limites dans lesquelles cet organe peut opérer, (...) la limite positive à ses actions (...), et les frontières que les autres organes ne peuvent franchir, la limite négative (...). Si un pouvoir pouvait à volonté être envahi par un autre pouvoir, il lui serait possible les deux autres, résultant en autocratie, et de rendre la séparation des pouvoirs sans objet. Ce serait la première étape vers l'oblitération du principal objet de la Constitution : abolir l'autocratie et protéger la liberté du peuple. (...)

<sup>815</sup> Opinion majoritaire dans la décision Tomabechi II en 1960 : « Néanmoins, même sous le système de séparation des pouvoirs sous la Constitution, l'exercice du pouvoir judiciaire (司法権) n'est pas immunisé à une certaine limite, et il ne doit pas être hâtivement conclu que tous les actes sont sans limite sujets au pouvoir de contrôle judiciaire (note : « judicial review », mais le juge parle ici de son pouvoir judiciaire en général et non seulement de son pouvoir de contrôler la constitutionnalité). Les actes de l'Etat qui sont hautement politiques liés à la direction de la nation sont en dehors du champ du contrôle judiciaire même s'ils constituent des litiges juridiques (法律上の争訟) et que la détermination de leur validité est légalement possible. Cette détermination doit être laissée aux corps politiques (部分) tels que le Cabinet et le Parlement qui en portent la responsabilité vis-à-vis du peuple souverain, et est donc en dernier lieu du ressort de la volonté du peuple. Cette limitation au pouvoir judiciaire est dérivée du principe de séparation des pouvoirs et à la lumière de la haute nature politique des actes de l'Etat, le nature de la Cour comme corps judiciaire, et des limitations procédurales qui accompagnent inévitablement la prise de décision, et doit donc être entendue comme une limitation inhérente à l'intérieur de la nature constitutionnelle du pouvoir judiciaire, bien qu'il n'y ait pas de disposition explicite (note : à ce sujet dans la Constitution ou dans les lois). »

<sup>816</sup> Opinion du juge Kawamura Daisuke dans l'affaire *Tomabechi II* : « Au Japon, une tendance reconnaît le concept d'acte de gouvernement et maintient que des domaines dans lesquels le jugement purement juridique est possible doit être laissée en dehors du champ du pouvoir judiciaire, et l'opinion majoritaire a adoptée cette position. Cette opinion est en grande partie basée sur la retenue interne du pouvoir judiciaire et met en avant les principes de séparation des pouvoirs qui ne permettent pas à la Cour d'interférer avec les pouvoirs des autres corps. Je pense que cette doctrine de retenue interne ou d'autolimitation n'est pas forcément applicable au Japon qui a une disposition explicite telle que l'article 81 de la Constitution. Même s'il s'agit d'un problème politique, s'il implique dans le même temps un litige juridique (法律上の争訟), la « détermination de la constitutionnalité » de ce problème juridique devrait être dans le champ du pouvoir judiciaire, un pouvoir qui est accordé au surplus du principe de séparation des pouvoirs. »

<sup>818</sup> 合憲審査の基準

<sup>819</sup> 厳格な合理性の基準

709. A l'inverse, pour d'autres comme Toshiro Kagoshiro, Coordinateur principal des conseillers auprès de la Cour suprême, une remise en cause du double standard reviendrait à une dévaluation de la protection des libertés mentales.
710. **Conclusion.** Cette doctrine soulève au fond deux ordres de problème : doit-on admettre un standard différencié ? quel test admettre ? On peut penser au premier abord que cette doctrine est une bonne chose pour la défense des droits fondamentaux. C'est historiquement vrai aux États-Unis, puisque passe d'un seul test souple et introduire un test strict a été une preuve de souplesse du juge. Au Japon le problème est surtout de relever le niveau d'examen du juge, sachant que par ailleurs les portes d'accès au jugement constitutionnel sont déjà suffisamment dure à franchir.
711. Nous continuerons donc à nous interroger sur le plan théorique tout d'abord de la pertinence de tests multiples, et de la possibilité de défendre l'idée d'un unique test, le plus stricte possible, pour tous les droits constitutionnels, et ensuite, de la justification de la conception japonaise de restriction aux droits fondamentaux et de sa pertinence au 21ème siècle. Au-delà, nous nous demandons si le juge ne procède pas à un examen strict quand il a l'intuition qu'il va déclarer l'inconstitutionnalité, pour justifier sa décision auprès des autorités, ce que semble dans un sens relever Tomatsu. Un bon compromis serait d'utiliser plus fréquemment le test de la rationalité rigoureuse que nous allons à présent étudié en abordant les critères de la rationalité.

**SECTION 2 - LE STANDARD DE RATIONALITE (合理性の基準)**

712. Pour Yokota Koichi, « le critère de rationalité (*Gōri-sei no kijun* 合理性の基準) n'est pas un critère permettant de dire si une norme est constitutionnelle ou inconstitutionnelle, comme aux États-Unis, mais permet de délimiter dans quelle mesure la Cour peut contrôler les mesures adoptées par le législateur pour achever l'objectif qu'il s'est fixé, en d'autres termes, c'est un standard qui permet de savoir dans quelle mesure le juge doit se montrer respectueux du législateur. Ce n'est pas un critère du jugement de la constitutionnalité au sens strict mais une méthode de questionnement ». <sup>820</sup> Nous allons présenter les différents tests que comporte ce standard (§1) puis voir pourquoi le regard du juge change et l'amène à utiliser un test plus strict (§2).

**§ 1 Les tests**

713. Il y a trois tests : le test de la *relation de rationalité*, le test de *rigoureuse rationalité*, et *l'examen strict*. Nous allons présenter leur origine, leur standard de constitutionnalité, leur critère et caractéristiques d'examen et leur jurisprudence respective.

a. **Le test de la relation de rationalité (合理性の基準).**

714. C'est est le critère minimal, le plus souple, il vient du standard américain nommé « *rational basis review* ». Il a été inventé comme nous l'avons vu par Thayer : « Le juge ne déclarera la loi inconstitutionnelle que si l'inconstitutionnalité est si claire que la question ne se pose rationnellement pas ». Le juge vérifie simplement une relation de rationalité entre la loi et un intérêt légitime du gouvernement. Le juge peut comme avec le fait législatif qui traite des raisons de la loi, construire lui-même cet intérêt légitime <sup>821</sup>. L'apport de données empiriques par la partie adverse ne sert à rien. Il n'y a pas d'examen substantiel de la loi, de son but ou de la relation entre le but et les moyens. Le but de la loi peut être de l'aveu du juge discutabile. Comme le disait le juge Thurgood Marsha : « La Constitution n'empêche pas le législateur de voter des lois stupides » <sup>822</sup>. Assez clairement, quand le juge utilise ce critère, c'est pour déclarer la loi constitutionnelle. Il est utilisé par défaut lorsque la Cour ne trouve ni droit fondamental, ni classification suspecte dans le problème qui lui est présenté <sup>823</sup>.

715. On distingue parfois au Japon au sein du ce critère de la relation de rationalité le critère de la clarté (*Meihaku-sei no gensoku* 明白性の原則) <sup>824</sup> où l'on se demanderait si la loi est manifestement irrationnelle, du critère de la rationalité (*Gōri-sei no kijun* 合理性の基準) où l'on se demanderait si les buts et moyens sont irrationnels). Les deux sont utilisés dans les cas où la législation est considérée comme ayant un objectif actif, mais cette distinction est davantage doctrinale que jurisprudentielle. Le standard du jugement est le même qu'au États-Unis, le principe de clarté. Le critère de l'examen est le doute raisonnable (*Gōri-tekina utagai*

<sup>820</sup> 横田耕一 (YOKOTA Kōichi), « 合理性の基準 (Le critère de rationalité) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 3, 2012, 161-196 à la p 161. Voir aussi le séminaire de Kai Sunao consacré au double standard <http://www5a.biglobe.ne.jp/~kaisunao/ken-sosyo/09dubblstandard.htm>

<sup>821</sup> FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307, 315 (1993)

<sup>822</sup> Cité par le juge Stevens dans son opinion complémentaire à l'affaire New York State Bd. of Elections v. Lopez Torres, 552 U.S. 196 (2008) : « While I join Justice Scalia's cogent resolution of the constitutional issues raised by this case, I think it appropriate to emphasize the distinction between constitutionality and wise policy. Our holding with respect to the former should not be misread as endorsement of the electoral system under review, or disagreement with the findings of the District Court that describe glaring deficiencies in that system and even lend support to the broader proposition that the very practice of electing judges is unwise. But as I recall my esteemed former colleague, Thurgood Marshall, remarking on numerous occasions: "The Constitution does not prohibit legislatures from enacting stupid laws." »

<sup>823</sup> 横田耕一 (YOKOTA Kōichi), *supra* note 876 à la p 162.

<sup>824</sup> A ne pas confondre avec un autre critère de la clarté qui sert à vérifier si la loi n'est pas ambiguë.

合理的な疑い) : le juge n'agit pas comme individu mais un professionnel ayant une personnalité objective (*Gōri-teki ningen* 合理的人間). Cet examen est caractérisé par un refus total du juge de s'occuper du fait législatif, il s'agit donc d'une forme de passivisme avec une présomption de constitutionnalité forte.

716. La Cour a utilisé ce test pour la régulation à objectif actif des libertés économiques comme dans l'affaire *Petits commerces*, mais également en contentieux des droits sociaux dans la décision *Horiki*.

b. **Le test de la rigoureuse rationalité (厳格な合理性の基準).**

717. Le critère de la **rigoureuse rationalité** (*Genkakuna gōri-sei no kijun* 厳格な合理性の基準), servant de juste milieu entre les deux autres, est le dernier à être apparu. Il vient du *mild-scrutiny test* développé sous la Cour Burger dans les années 1970, et il a été utilisé pour des affaires de discriminations basées sur le genre (sortie à cette époque de la catégorie des classifications suspectes) et de légitimité. La loi doit servir un objectif important et est présumée inconstitutionnelle. Par conséquent la preuve doit être apporté par le gouvernement que la loi sert cet objectif et le juge procède à un examen substantiel.

718. C'est une forme d'activisme pour la doctrine japonaise car on présume l'inconstitutionnalité de la norme-objet, avec un standard de l'examen nommé le minimum requis (必要最小限度基準) : l'objectif législative doit servir un important intérêt national, il doit exister une relation factuelle substantielle entre les moyens et les buts de la loi (事実上の実質的関連性). La charge de cette preuve que le but est raisonnablement promu par les moyens de la loi repose sur l'Etat.

719. On applique en fait un test de rationalité étendu en raison de la nature du problème. A la différence du test de lien de rationalité qui se contente de vérifier ou construire le lien entre l'intérêt légitime que souhaite défendre le législateur et la loi, le test de rigoureuse rationalité examine le but, il doit s'agir non plus d'un but légitime mais d'un important intérêt public, les moyens précis utilisés et leur adéquation respective. Il a été utilisé pour les lois à objectif passif et l'affaire référence est la décision Sumiyoshi K.K concernant les distances d'installation des pharmacies. Il été déclenché à partir du moment où le juge a découvert une composante mentale dans la liberté d'entreprendre. Il a été également utilisé dans la régulation de la liberté d'expression dans l'affaire Sarufutsu<sup>825</sup>, et en contentieux de la clause d'égalité avec l'affaire *des taxes pour les "salaryman"*.<sup>826</sup>

720. Nous allons prendre le détail de la décision Sumiyoshi pour illustrer ce test. Dans cette affaire la Cour énonça que "l'occupation, (...) est essentiellement une activité sociale et, surtout, une activité économique, et par sa nature quelque chose dans lequel les relations sociales mutuelles sont grandes ; Par rapport à d'autres libertés garanties par la Constitution, en particulier les libertés **dites «mentales»**, la demande de régulation par l'autorité publique est plus forte. Ainsi, la reconnaissance en vertu de l'article 22, paragraphe 1, de la

<sup>825</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 6 novembre 1974, *Sarufutsu III ou pénalisation des actes de manifestations des fonctionnaires* (猿払事件, 国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol.28, n°9, p.393, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=51800](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51800), 1969 (A) 1501, 判決 / 破棄自判. Cour de district d'Ashikawa, 25 mars 1968, *Sarufutsu I*.

<sup>826</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 30 avril 1975, *Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬事法事件, 薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却.

Constitution, de la *liberté de choix professionnel* avec la réserve «dans la mesure où elle n'interfère pas avec le bien-être public» peut être considérée comme dépendant de ce point ».

721. Que faut-il comprendre ? Que l'article 22 est une liberté économique différente des libertés mentales ? C'est plus subtil nous semble-t-il, surtout si on observe le type de contrôle que la Cour utilise par la suite. La composante "choix de l'activité" de l'article 22 est une liberté mentale circonscrite par la notion d'un important intérêt public. Cela annonce un contrôle plus poussé du juge que dans la décision sur les petits commerces, le juge va aller regarder le contenu précis des mesures. Lorsqu'elle délimite son *standard du jugement* la Cour explique que loi sera constitutionnelle tant que « le jugement de la branche législative reste dans les limites d'une discrétion raisonnable en termes de nécessité, raisonnable et de contenu concret des mesures pour atteindre ce but », et que surtout que ces mesures sont « nécessaires et raisonnables pour un important intérêt public ».
722. Une fois cela fait la cour quitte l'interprétation de la norme-référence pour passer à l'examen de la norme-objet, la loi. Elle utilise le critère actif/passif de la décision sur les petits commerces, mais en qualifiant cette fois l'objectif de la loi de passif.

“dans les cas où les mesures ne visent pas un but positif en rapport avec une politique social ou économique, mais visent plutôt un but négatif, que ce sont des mesures policières ayant pour but de prévenir les atteintes au public qu'engendrerait la liberté d'installation, il est nécessaire de vérifier si le but susmentionné ne pourrait pas être atteint par une simple régulation de la forme et du contenu de la liberté d'installation. Et même dans le cas où l'adoption du système de permis est elle-même approuvée, une détermination supplémentaire doit être faite de la pertinence des conditions individuelles de délivrance des licences à la lumière de ces conditions (le but policier)”

723. Et si l'on regarde très concrètement, le contrôle opéré par le juge en matière économique peut, quand il le souhaite être très poussé, et être tout à fait satisfaisant indépendamment de la décision finale. Le juge propose alors : « de préciser l'intention et l'objet permettant d'ouvrir la voie au refus d'une licence du point de vue de la pertinence de l'emplacement d'une pharmacie, d'examiner la relation entre l'établissement des conditions d'octroi de licence avec les objectifs poursuivis et ainsi que leur nécessité et leur caractère raisonnable comme moyen d'atteindre de tels objectifs, et de décider si le jugement du pouvoir législatif a ou non dépassé les limites du pouvoir discrétionnaire raisonnable. » Ce qu'il fit dans une décision longue et bien argumentée<sup>827</sup>. Elle examina le type de restriction :

« Certaines restrictions empêchent totalement les personnes privées de mener à bien certaines activités, en en faisant un monopole national ou local ; d'autres les permettent aux seules personnes qui remplissent un certain nombre de conditions et parfois, au surplus, leur imposent des devoirs dans l'exercice et la continuation de celle-ci. D'autres enfin, tout en permettant la liberté d'initiative, de poursuivre et d'abandonner une entreprise, en régulent la manière et la forme. »

<sup>827</sup> Conclusion de la Cour : « The Defendant asserts, again, that a proper geographical distribution of pharmacies is necessary in order to regularize the supply of drugs in that preventing the tendency to locate pharmacies in certain areas will indirectly promote entry into areas with too few or no pharmacies and will encourage the correction of geographical distribution. Correction of the geographical distribution of pharmacies does accord with the public welfare, as was previously stated, and it cannot be denied that restrictions upon location in order to prevent maldistribution of pharmacies may to some extent indirectly perform the function asserted by the Defendant. However, the extent to which such an effect can be anticipated is quite questionable; rather, we believe that the effectiveness of this measure will be meager and that the means lie elsewhere to secure a supply of drugs in areas with too few or no pharmacies. Therefore, resort to a measure that restricts substantially freedom of occupation such as a geographical restriction on location in order to promote elimination of areas with no pharmacies have conspicuous imbalances between ends and means, and its reasonableness cannot be recognized. Even if we take into consideration the fact that the regulation for suitable distribution of pharmacies in this case can be regarded as a measure to achieve two purposes—the above objective and the objective of preventing hazards to the health of the people discussed in (2) above—we are still far from being able to recognize its reasonableness and necessity as a whole, and the judgment of the legislative branch with respect to this point must be said to exceed the bounds of reasonable discretion. »

724. Et considère que les restrictions sur les distances d'installation des pharmacies ne visent pas, contrairement à d'autres, à établir activement un monopole pour le bien-être public. Enfin elle examine le caractère raisonnable et la nécessité de ces restrictions. L'Etat fit valoir trois arguments pour justifier la loi : la nécessaire protection contre l'intensification de la concurrence qui engendre la vente de mauvais médicaments, la nécessaire protection contre l'instabilité de fonctionnement qui empêche l'investissement en matériel permettant la conservation des médicaments, et la nécessaire réglementation (la qualité des produits ne peut être reconnue que par un expert, le consommateur ne peut procéder à ce contrôle, il qu'il n'y a que deux choix : le respect des obligations légales et leur constante supervision administrative). Pour faire simple il y a un lien entre [risque pour la santé]-[mauvais médicament]-[intensification de la concurrence/nécessaire stabilité/abus de pratique déloyale].

725. La Cour s'applique alors à détruire scrupuleusement ce lien et ces éléments, un par un. Elle va refuser les justifications un peu vague et habituelles de l'Etat, et analyser la cause de la vente de mauvais médicaments, opérer une construction pure et simple d'un fait législatif inverse du législateur, et va même aller jusqu'à proposer une co-législation.

726. Tout d'abord, admet la Cour, garantir la santé c'est un intérêt public important, mais il faut savoir si une réglementation géographique est pertinente pour éviter les éventuels abus des pharmaciens. Cette réglementation n'empêche pas d'ouvrir une pharmacie partout, mais seulement dans certaines zones. Elle insista sur le fait que ces limitations peuvent atteindre la volonté même des individus à exercer cette activité. Donc le juge veut être convaincu, puisqu'il s'agit d'une loi à objectif négatif visant à protéger la sécurité publique, que si les mesures ne sont pas appliquées il y a un risque de danger suffisant pour justifier la limitation à la liberté d'entreprendre<sup>828</sup>. Et la Cour n'est pas convaincue : « Supposer que ce danger [émergerait] en raison de la relation causale d'intensification de la concurrence, d'instabilité de fonctionnement, de violation des lois et règlements par la pharmacie n'est rien de plus qu'une hypothèse conceptuelle, est difficile à admettre comme une conclusion raisonnable fondée sur des bases fiables. » Puis elle dit que les problèmes de distribution, d'insuffisance de structure et matériel, les abus de pratiques déloyales, sont questions de politique économique n'ayant aucun rapport direct avec la réglementation en l'espèce qui a été faite pour assurer la santé de la population.

727. Mais la Cour se montre toutefois « compréhensive » et, à supposer que ces dangers surviennent, elle propose malgré tout d'autres moyens de rendre la réglementation plus efficace, avant d'estimer enfin que la principale cause des ventes incontrôlées de médicaments et de leur abus est la production excédentaire, les guerres de vente et la publicité exagérée qui y est associée. L'intensification de la concurrence au niveau des ventes directes aux consommateurs n'est rien de plus qu'une cause subordonnée. (...) considérer le danger de promotion de la toxicomanie qui peut résulter d'une telle intensification de la concurrence est, en comparaison, insignifiant.

728. Finalement, la Cour est très claire :

<sup>828</sup> « En choisissant l'entreprise de pharmacie comme profession personnelle, en ouvrant l'entreprise, il est habituel d'envisager des conditions de vie différentes en plus de la rentabilité de l'exploitation et de choisir un emplacement personnellement désiré. Ainsi, l'impossibilité d'établir une entreprise dans un lieu particulier peut conduire à l'abandon de la création de l'entreprise elle-même. Par conséquent, les restrictions géographiques sur le lieu de création d'entreprises comme celles mentionnées précédemment, en substance, ont un effet très limitatif sur la liberté de choisir une profession ». La restriction géographique n'est pas « absolument non nécessaire, mais cela ne suffit pas » (...) « nous devons trouver raisonnable de dire que si de telles restrictions n'étaient pas appliquées, il y aurait un risque de danger pour la santé de la population au point de l'emporter sur la restriction à la liberté d'occupation imposée par les mesures susmentionnées ».

« Même si nous prenons en considération le fait que la réglementation pour une distribution appropriée des pharmacies peut être considérée comme une mesure visant à atteindre deux objectifs - l'objectif d'éliminer les zones de surcompétition et l'objectif de prévention des risques pour la santé des personnes nous sommes encore loin de pouvoir reconnaître son caractère raisonnable et sa nécessité dans son ensemble, et le jugement du pouvoir législatif sur ce point doit être considéré comme dépassant les limites du pouvoir discrétionnaire raisonnable. »

c. **Le test de l'examen strict (厳格な審査基準)**

729. Le critère de l'**examen strict** (*Genkakuna shinsa kijun* 厳格な審査基準) est à l'opposé, le critère le plus strict, il vient du standard américain nommé « strict scrutiny test », suggéré par le juge Stone dans sa footnote 4 et confirmé dans la décision *Skinner*. Le juge analyse ici le lien entre les objectifs et les moyens utilisés. Il est utilisé lorsque la législation limite des droits fondamentaux garantis par la Constitution, ou concerne des « classifications suspectes » de la clause d'égalité, des discriminations des droits minorités qui perdent leur capacité à exprimer leurs voix par le processus démocratique. Ce critère a été plus ou moins utilisé selon que le juge américain a accordé de l'importance à la clause d'égalité : un grand nombre de classifications suspectes ayant été reconnues pendant la période Warren (1953-1969), et ce champ a été réduit pendant la période Burger (1969-1986). Son histoire a été retracée clairement par le juge Harlan, contestant son usage dans la décision *Shapiro v. Thomson*<sup>829</sup>.

<sup>829</sup> Opinion dissidente de Harlan : « The "compelling interest" doctrine, which today is articulated more explicitly than ever before, constitutes an increasingly significant exception to the long-established rule that a statute does not deny equal protection if it is rationally related to a legitimate governmental objective. [Footnote 4/4] The "compelling interest" doctrine has two branches. The branch which requires that classifications based upon "suspect" criteria be supported by a compelling interest apparently had its genesis in cases involving racial classifications, which have, at least since *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 323 U. S. 216 (1944), been regarded as inherently "suspect." [Footnote 4/5] The criterion of "wealth" apparently was added to the list of "suspects" as an alternative justification for the rationale in *Harper* Page 394 U. S. 659 v. *Virginia Bd. of Elections*, 383 U. S. 663, 383 U. S. 668 (1966), in which Virginia's poll tax was struck down. The criterion of political allegiance may have been added in *Williams v. Rhodes*, 393 U. S. 23 (1968). [Footnote 4/6] Today the list apparently has been further enlarged to include classifications based upon recent interstate movement, and perhaps those based upon the exercise of any constitutional right, for the Court states, ante at 394 U. S. 634: "The waiting period provision denies welfare benefits to otherwise eligible applicants solely because they have recently moved into the jurisdiction. But, in moving . . . , appellees were exercising a constitutional right, and any classification which serves to penalize the exercise of that right, unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest, is unconstitutional. [Footnote 4/7]" I think that this branch of the "compelling interest" doctrine is sound when applied to racial classifications, for, historically, the Equal Protection Clause was largely a product of the desire to eradicate legal distinctions founded upon race. However, I believe that the more recent extensions have been unwise. For the reasons stated in my dissenting opinion in *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, supra, at 383 U. S. 680, 383 U. S. 683-686, I do not consider wealth a "suspect" statutory criterion. And when, as in *Williams v. Rhodes*, supra, and the present case, a classification is based upon the exercise of rights guaranteed against state infringement by the Federal Constitution, then there is no need for any resort to the Equal Protection Clause; in such instances, this Court may properly and straightforwardly invalidate any undue burden upon those rights under the Fourteenth Amendment's Due Process Clause. See, e.g., my separate opinion in *Williams v. Rhodes*, supra, at 393 U. S. 41. (Page 394 U. S. 660) The second branch of the "compelling interest" principle is even more troublesome. For it has been held that a statutory classification is subject to the "compelling interest" test if the result of the classification may be to affect a "fundamental right," regardless of the basis of the classification. This rule was foreshadowed in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 316 U. S. 541 (1942), in which an Oklahoma statute providing for compulsory sterilization of "habitual criminals" was held subject to "strict scrutiny" mainly because it affected "one of the basic civil rights." After a long hiatus, the principle reemerged in *Reynolds v. Sims*, 377 U. S. 533, 377 U. S. 561-562 (1964), in which state apportionment statutes were subjected to an unusually stringent test because "any alleged infringement of the right of citizens to vote must be carefully and meticulously scrutinized." Id. at 377 U. S. 562. The rule appeared again in *Carrington v. Rash*, 380 U. S. 89, 380 U. S. 96 (1965), in which, as I now see that case, [Footnote 4/8] the Court applied an abnormally severe equal protection standard to a Texas statute denying certain servicemen the right to vote, without indicating that the statutory distinction between servicemen and civilians was generally "suspect." This branch of the doctrine was also an alternate ground in *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, supra, see 383 U.S. at 383 U. S. 670, and apparently was a basis of the holding in *Williams v. Rhodes*, supra. [Footnote 4/9] It (Page 394 U. S. 661) has reappeared today in the Court's cryptic suggestion, ante at 394 U. S. 627, that the "compelling interest" test is applicable merely because the result of the classification may be to deny the appellees "food, shelter, and other necessities of life," as well as in the Court's statement, ante at 394 U. S. 638, that, "[s]ince the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a compelling state interest. [Footnote 4/10]" I think this branch of the "compelling interest" doctrine particularly unfortunate and unnecessary. It is unfortunate because it creates an exception which threatens to swallow the standard equal protection rule. Virtually every state statute affects important rights. This Court has repeatedly held, for example, that the traditional equal protection standard is applicable to

Harlan reconnaissant son usage dans le cas de l'application de la clause d'égalité, mais mettait en garde contre son application a des droits qui ne sont pas mentionnés dans la Constitution fédérale. Son usage par le juge équivaut à une déclaration d'inconstitutionnalité, car le législateur doit apporter la preuve d'un intérêt indispensable.

730. C'est une preuve d'activisme pour la doctrine japonaise, car le juge présume l'inconstitutionnalité. Cette inconstitutionnalité est renversée si l'Etat prouve un minimum nécessaire comme pour le test de la rigoureuse rationalité : le but doit être un besoin nécessaire, les moyens indispensables pour promouvoir cet intérêt (やむにやまれぬ利益 compelling interest) ; Aux États-Unis il est utilisé pour les 1er et 10 amendements : liberté d'expression, droit de vote, liberté religieuse, liberté de se déplacer, procédure criminelle... Au Japon il a été utilisé dans la décision *Aum Shirikyo*, et *Communication du casier judiciaire*<sup>830</sup>.

## § 2 Analyse historique de l'évolution jurisprudentielle relative à la clause d'égalité

731. Dans son article 14 la Constitution japonaise prévoit une clause d'égalité visant dans son § 1 à empêcher les discriminations relatives à la race sexe, condition sociale ou origine familiale et dans son §2 à mettre fin à la structure aristocratique de la société japonaise. Elle a principalement servi à adoucir petit à petit les particularismes traditionnels de la société japonaise relatifs à la structure néoconfucianiste de la société japonaise en droit pénal et civil.

732. L'idée d' « égalité » est exogène à la portion de la culture japonaise influencée par le néoconfucianisme où la race, le genre et le statut social sont prépondérant dans la structure sociale<sup>831</sup>, et à ce titre la seule disposition apparentée reconnue dans la Constitution de Meiji visait l'égal l'accès à la fonction publique. Après la seconde guerre-mondiale les autorités américaines poussèrent un changement substantiel. Elles retranscrivirent dans leur projet de Constitution l'idée d'égalité devant la loi, garantie aux États-Unis dans le 14<sup>ème</sup> amendement<sup>832</sup>. Cet amendement voté en 1966 dans le contexte particulier de l'après-guerre de Sécession, visait alors à renforcer le poids de la Constitution et du Congrès<sup>833</sup> sur les Etats-fédéraux tout en luttant contre la discrimination entre les noirs et les blancs. En 1947, au Japon le contexte japonais est différent : la principale discrimination à combattre est celle

---

statutory classifications affecting such fundamental matters as the right to pursue a particular occupation, [Footnote 4/11] the right to receive greater or smaller wages [Footnote 4/12] or to work more or less hours, [Footnote 4/13] and the right to inherit property. [Footnote 4/14] Rights such as these are, in principle, indistinguishable from those involved here, and to extend the "compelling interest" rule to all cases in which such rights are affected would go far toward making this Court a "super-legislature." This branch of the doctrine is also unnecessary. When the right affected is one assured by (Page 394 U. S. 662) the Federal Constitution, any infringement can be dealt with under the Due Process Clause. But when a statute affects only matters not mentioned in the Federal Constitution and is not arbitrary or irrational, I must reiterate that I know of nothing which entitles this Court to pick out particular human activities, characterize them as "fundamental," and give them added protection under an unusually stringent equal protection test. »

<sup>830</sup> Cour suprême, 3ème chambre, 14 avril 1981, *Communication du casier judiciaire* ( 前科照会回答事件), Minshu Vol.35, n°3,p.620, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56331](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56331), 1977 (O) 323, 判決/ 棄却.

<sup>831</sup> Nul besoin de porter un regard anachronique sur l'état de la société japonaise, on date la fin officielle de la ségrégation scolaire américaine à la décision de la Cour suprême *Brown vs. Board of Education* de 1954, et le droit de vote ne fut accordé aux femmes en France par ordonnance en 1944, et il serait plus que maladroit de considérer que les problèmes de discriminations ont disparus dans quelque société que ce soit. Prenons le problème sous un autre angle : le seuil de tolérance vis-à-vis des inégalités tend à s'abaisser au fur et à mesure que la société évolue.

<sup>832</sup> « Toutes les personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et sujettes à leur juridiction, sont citoyennes des États-Unis et de l'Etat dans lequel elles résident. Aucun Etat ne doit créer ou appliquer une loi qui abrogerait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis ; pas plus qu'un Etat ne peut priver une personne de sa vie, liberté ou procès sans *due process of law* ; ni déni à toute personne dans sa juridiction l'égal protection des lois. »

<sup>833</sup> La proposition initiale visant à garantir la fin de la ségrégation en: « The Congress shall have power to make all laws which shall be necessary and proper to secure ... to all persons in the several states equal protection in the rights of life, liberty, and property »



liée à la structure aristocratique<sup>834</sup>. La version finale de l'article 14 de la Constitution Japonaise, expurgée de ses considérations fédérales dispose donc que :

« Tous les citoyens sont égaux devant la loi et il ne doit y avoir aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale. Ni nobles ni titres nobiliaires ne seront reconnus. Aucun privilège n'accompagne l'attribution d'un titre honorifique, d'une décoration ou distinction quelconque, et pareille attribution ne vaut au-delà de la durée de l'existence de la personne qui en est actuellement l'objet ou peut en devenir l'objet dans l'avenir. »

733. La Cour suprême jugea que « l'article 14.1 de la Constitution (...) doit être interprété comme interdisant tout traitement discriminatoire par la loi à moins que ce traitement soit fondé sur des bases raisonnables en relation avec la nature du sujet »<sup>835</sup>. Les catégories listées « race, croyance, sexe, condition sociale, ou origine familiale » ne sont pas exhaustives ni restrictives, mais explicatives<sup>836</sup>. Au-delà du seul article 14, la Constitution japonaise va plus loin que sa parente américaine en établissant concrètement dans son article 24, l'égalité entre époux<sup>837</sup>, dans son article 26, l'égalité dans l'accès à l'éducation *des garçons et des filles*<sup>838</sup> et dans son article 44, l'interdiction des discriminations dans l'accès aux fonctions électives<sup>839</sup>. La clause de l'article 14 est en fait entrée en conflit à de nombreuses reprises avec le modèle traditionnel de la famille japonaise en amenant à l'abandon progressif de la supériorité des anciens sur leur descendants et à la reconnaissance progressive des droits de l'enfant.

734. Traditionnellement le chef de famille est l'homme le plus ancien. Il respecte une obligation morale forte en élevant sous son toit ses descendants et choisi donc, ou à minima donne son accord dans le choix d'un époux à ses enfants. Cette seconde cellule prend soin à son tour des anciens jusqu'à leur décès, en repayant ainsi indéfiniment l'obligation morale initiale. Les petits-enfants naissent après le mariage, que la grossesse soit ou non désirée. Dans ce dernier cas le mariage a pour fonction de régulariser cette situation. L'enfant légitime est celui sensé devenir plus tard le chef de famille. L'enfant illégitime par absence de

<sup>834</sup> La version initiale américaine prévoit que « Toutes les personnes naturelles sont égales devant la loi. Aucune discrimination ne doit être autorisée ou tolérée dans les relations politiques, économiques ou sociales sur la base de la race, de la croyance, du sexe, du statut social, de la caste ou de l'origine nationale. Aucun titre de noblesse ne pourra à compter de ce jour s'attribuer un pouvoir de gouvernement civil ou politique. Aucun droit nobiliaire, en dehors de ceux de la dynastie impériale, ne doit s'étendre par delà la vie de leurs titulaires. Aucun privilège spécial ne doit accompagner la remise d'une récompense pour l'honneur, décoration ou autre distinction ; ni telle récompense être valide au-delà de la vie de l'individu qui la tient ou pourrait la recevoir ». On ne peut toutefois s'empêcher de noter certaines disparités entre le projet américain et la version définitive japonaise. Mention de la famille impériale et de la caste disparaissent ; le projet et la version finale de l'article 24 prévoient certes tous deux l'égalité entre époux, mais la version initiale était plus agressive et insistait sur le fait que « les lois contraires à ces principes doivent être abolies, et remplacées par d'autres au regard du choix des époux, les droits de propriété, l'héritage, le choix du domicile, le divorce (...) ». Les formulations impliquant un travail proactif du législateur disparaissent du texte final. Il en ressort l'impression qu'était alors attendue une démarche proactive des autorités, « ne doit être autorisée ou tolérée » et « doivent être abolies, et remplacées » celles-ci ont disparues du texte final.

<sup>835</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 27 mai 1964, *Discrimination au regard de l'article 14 de la Constitution*, (待命処分無効確認、判定取消等請求), Minshu, Vol. 18, n°4, p.676, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53093](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53093), 1962 (O) 1472, 判決/その他.

<sup>836</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 4 avril 1973, *Parricide Aizawa ou Togichi*, (尊属殺法定刑違憲事件), Keishu, Vol.27, n°3, p.265, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=38](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38), 1970 (A) 1310, 判決.

<sup>837</sup> Article 24 « Le mariage est fondé uniquement sur le consentement mutuel des deux époux, et son maintien est assuré par coopération mutuelle, sur la base de l'égalité de droits du mari et de la femme. En ce qui concerne le choix du conjoint, les droits de propriété, de succession, le choix du domicile, le divorce et autres questions se rapportant au mariage et à la famille, la législation est promulguée dans l'esprit de la dignité individuelle et de l'égalité fondamentale des sexes. »

<sup>838</sup> Article 26 « Chacun a le droit de recevoir une éducation égale correspondant à ses capacités, dans les conditions prévues par la loi. Chacun est tenu de donner aux garçons et aux filles, sans exception, placés sous sa protection, l'enseignement élémentaire dans les conditions prévues par la loi. L'éducation obligatoire est gratuite. »

<sup>839</sup> Article 44 « Les conditions d'éligibilité des membres des deux chambres et de leurs électeurs sont fixées par la loi. Cependant, il n'existe aucune discrimination basée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale, l'origine familiale, l'éducation, la propriété ou le revenu ».

reconnaissance du père ou né hors mariage. Tous les cas de figure dérogeant à ce modèle initial ont été traités plus sévèrement par le législateur et en dehors de quelques juges précurseurs, la Cour a longtemps laissé une grande marge de manœuvre au Parlement. L'évolution du modèle familial est réelle, les mouvements internes de population de la campagne vers la ville ont mis à mal le traditionnel principe du foyer familial commun ; l'ouverture démographique, culturelle, normative de l'archipel sur l'extérieur, bien que limitée également. L'explosion de la bulle foncière des années 1990 aussi. Il n'est pas étonnant que la première déclaration en inconstitutionnalité prononcée par la Cour suprême témoigne de ce changement : les dispositions plus sévères relatives au meurtre sur ascendant ou époux ont été sanctionnée par le juge en 1973 et abrogées par le législateur en 1995. Si l'on se concentre sur le cas de l'enfant illégitime cette question fut déconnectée de l'exigence de mariage par la Cour à l'occasion de l'arrêt de 2008, et la différence entre enfant légitime et illégitime finalement sanctionnée en 2013.

735. Dans les années 1950, au Japon, les seuls moyens d'obtenir la légitimité étaient la reconnaissance par le père avant la naissance ou avant qu'il n'ait atteint la majorité si les parents se mariaient ultérieurement (article 3 de l'Acte). En cas de décès du père, le lien de filiation pouvait toutefois être reconnu par la Cour si la demande était déposée dans un délai de forclusion de trois ans suivant le décès. Dans l'affaire de *la reconnaissance de l'enfant illégitime* de 1955 la Cour suprême empêcha la légitimation d'un enfant en jugeant ces dispositions constitutionnelles.

736. Les circonstances sont très particulières : un couple vivant ensemble s'était marié en 1947 mais ne s'était pas signalé au bon bureau administratif. N'ayant par conséquent pas reçu notification de leur mariage, l'administration inscrivit l'enfant au registre familial de la mère. Le père décéda en 1948, et une demande initiale de légitimation fut déposée en 1951. Le jour du procès, les parties furent absentes en raison de la maladie de leur avocat. Le Code de procédure civile japonais exige dans ce cas une demande de renvoi à une date ultérieure dans les trois mois, sous peine de d'offrir la possibilité à la Cour de rejeter l'affaire. Une telle demande ne fut pas déposée : l'avocat décéda des suites de sa maladie entre-temps. La mère, croyant que la procédure continuait, saisit immédiatement le juge lorsqu'elle fut informée du décès de son avocat. La Cour de district de Kyoto, puis la Haute-Cour d'Osaka rejetèrent la demande de la mère en raison des trois ans échus depuis le décès du père. La mère attaqua la constitutionnalité de ce délai de forclusion comme violant les articles 13 et 14 de la Constitution. La Cour considéra que ces dispositions étaient entièrement du ressort de la responsabilité du parlement et de sa discrétion législative et visaient à garantir une certitude dans l'établissement des relations familiales.

737. En 1980, la Cour suprême assouplit cette jurisprudence. Un mariage fut célébré en 1975 et avant la naissance de l'enfant, le père disparu du domicile conjugal. L'enfant fut présumé issu d'un couple marié et d'abord considéré légitime. Mais les autorités et la famille apprirent quelques années plus tard que le père était en fait décédé trois mois avant la naissance de l'enfant et le déclarèrent illégitime. La demande en légitimation de l'enfant intervint donc au-delà du délai de 3 ans. La Cour jugea que l'enfant, qui avait vécu comme enfant légitime, avait été dans l'impossibilité de respecter ce délai et jugea en équité que le point de départ du délai de forclusion de 3 ans n'était pas la mort du père mais à date effective de notification de son décès<sup>840</sup>. En 1995, dans l'affaire *A. v. B*, la Cour jugea constitutionnelle l'article 900.4 du Code civil japonais qui limite l'héritage d'un enfant illégitime à la moitié de ce qu'un enfant légitime pourrait obtenir. Le demandeur était un enfant né avant le mariage de sa mère avec un époux choisi par la famille. La Cour, notant qu'il était possible de décider par voie

<sup>840</sup> Kamata, supra note 198 à la p 197.

testamentaire d'une répartition égale des parts d'héritage pour l'enfant illégitime et que ce dernier était assuré d'en obtenir au moins la moitié, considéra que l'objectif législatif était la protection du mariage légal, et qu'à ce titre une différence de traitement n'était pas irraisonnable. Le législateur disposait d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'établissement du droit de succession.<sup>841</sup> Le juge Kabe considéra la disposition comme ressortant de la discrétion législative et dépourvue de substance constitutionnelle, les juges Onishi et Sonobe ne considérèrent pas que la disposition soit grossièrement irrationnelle. 5 juges estimèrent que la disposition dépassait la limite d'une **discrétion législative rationnelle** et violait la clause d'égalité<sup>842</sup>.

738. L'avant dernière étape dans la déconstruction du modèle traditionnel de la cellule familiale japonaise et la mise au cœur de débat des intérêts de l'enfant fut l'affaire sur la *division du patrimoine*<sup>843</sup>. Dans cette affaire, la Cour devait faire face à la demande d'héritiers légitimes face à des héritiers illégitimes. Le juge du fond considéra que les dispositions de l'article 900.4 n'étaient conformes à la clause de l'article 14. La Cour suprême renversa cette décision au terme d'une longue et profonde justification. Il est pour la Cour nécessaire dans la définition du **système d'héritage moderne** de prendre en considération les traditions du pays, conditions sociales et sentiments publics et puisqu'il est proche du concept de famille, de ne pas ignorer les règles et perceptions des gens relatives au mariage ou à la relation parents-enfants. Il est laissé à la raisonnable discrétion législative le soin de définir un système de succession en comprenant tous ces facteurs. Si dans ce système fixé, et tout en prenant compte le pouvoir discrétionnaire investit dans le corps législatif, la distinction entre enfants né en ou hors mariage constitue **un traitement discriminatoire sans base raisonnable**, il est approprié pour la Cour d'interpréter cette distinction comme violant l'article 14.1 de la Constitution. Elle considère que ces questions changent avec le temps et donc le caractère raisonnable de ces règles doit pour la Cour être sujette à un examen et une évaluation constante à la lumière de la Constitution qui octroie la dignité individuelle et l'égalité devant la loi, et es circonstances factuelles ont changé depuis la révision du Code civil de 1947.

739. En 2015 l'interdiction faite au femme mariée de se remarier avant un délai de carence de 100 jours et critiquée de longue date fut finalement déclarée inconstitutionnelle<sup>844</sup>.

740. **Conclusion.** Yokota considère que le critère du lien de rationalité ne concerne pas l'examen constitutionnel que ce n'est pas un critère de constitutionnalité au sens strict, et dans la logique de la DCC cela peut se comprendre puisque le juge ne procède pas à un examen substantiel : la partie soulève un argument, revendique un droit que le juge considère ne pas exister. Seuls les tests plus stricts viennent analyser le contenu de la loi et la compatibilité avec la norme-référence. A l'inverse, la doctrine constitutionnaliste ou en faveur des droits fondamentaux ne distingue pas les différents critères de rationalité des

<sup>841</sup> 松井茂記 (MATSUI Shigenori), *supra* note 251 aux pp 182-183.

<sup>842</sup> Cour Suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 1959, *Affaire Sunakawa, Violation de la loi pénale spéciale adoptée à la suite de l'Accord administratif conclu en vertu de l'article III de la Politique de sécurité entre le Japon et les États-Unis d'Amérique* (砂川事件), Keishu, Vol.13, n°13, p.3225, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=13](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13), 1959 (A) 710, 判決 / 破棄差戻, *supra* note 309.

<sup>843</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 4 septembre 2013, *Répartition du patrimoine* (遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件), Minshu, Vol.67, n°6, p.1320, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1203](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1203), 2012 (Ku) 984. 判決 / 破棄差戻.

<sup>844</sup> Cour suprême, Assemblée plénière, 16 décembre 2015, *Disposition du code civil empêchant le mariage d'une femme récemment divorcée* (損害賠償請求事件), Minshu, Vol.69, n°8, p.2427 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1418](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1418), 2013 (O) 1079, 判決 / 棄却, voir également <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-new-instructions-allow-women-to-remarry-100-days-after-divorce/>

critères de constitutionnalité.<sup>845</sup> On peut éventuellement distinguer ici un raffinement supplémentaire de l'opposition entre lecture-nécessité et lecture contingence, mais dehors de cette spécificité du champ d'application, les définitions américaines de ces critères et japonaises sont très proches.

---

<sup>845</sup> Ueno, supra note 209 à la p 53. Nous conseillons fortement la lecture de l'article déjà cité note 194 de Taisuke Kamata « Adjudication and the Governing Process: Political Questions and Legislative Discretion », 53 Law and Contemporary Problems 181-199 (Winter 1990). <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol53/iss1/15/>. Il y présente l'hypothèse du contrôle catégoriel et individuel des droits constitutionnels : le juge a déclaré l'inconstitutionnalité et repoussé les doctrines du problème politique et de la discrétion législative en utilisant la seconde approche, et leur a donné plein effet avec la première.

## CONCLUSION DE LA THESE

741. On distingue au Japon le *procès ordinaire* du *procès en constitutionnalité de la norme*.
742. Les *doctrines du droit de juger* délimitent la compétence du tribunal, les *doctrines du droit de poursuivre* les conditions pour accéder au tribunal.
743. Dans le *procès en constitutionnalité de la norme* on distingue le *kempo handan* c'est-à-dire le jugement de constitutionnalité, et le *goken. iken handan*, c'est à dire la décision de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité.
744. Lorsqu'on parle de *kempo handan*, on se situe conceptuellement à l'étage du *procès en constitutionnalité*, dans une antichambre. C'est le moment où le juge décide de faire ou non un jugement. Lorsque l'on parle de *goken. iken handan*, cette porte a été franchie et on regarde les doctrines que le juge utilise pour son contrôle.
745. En contentieux constitutionnel il y a quatre blocs de doctrines : la *justiciabilité*, la *théorie du jugement constitutionnel*, les *standards du jugement*, et les *doctrines de la formulation et des effets du jugement*, qui correspondent respectivement à différentes phases menant à la décision de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité du juge.
746. *Justiciabilité et théorie du jugement constitutionnel* se situent dans l' » antichambre », et pour certaines doctrines de la justiciabilité, au « rez-de-chaussé ».
747. En effet si l'on regarde plus précisément, dans le groupe des doctrines de la justiciabilité, les doctrines du *litige juridique*, de *l'intérêt à agir*, de *la maturité*, *péremption* concernent avant tout le *procès ordinaire*. La doctrine de la *disposabilité* ne concerne que le contentieux administratif. Si leurs conditions ne sont pas remplies, le justiciable n'a pas accès au tribunal ordinaire. Les doctrines du *problème politique* et de la *société divisée* viennent troubler le pouvoir judiciaire, la maison du juge : la première fonctionne même si les conditions du litige juridique sont remplies, et la seconde considère que le juge ne peut pas résoudre le conflit en appliquant la loi. La doctrine du contentieux objectif vient constater les nouvelles voies d'accès au tribunal ouvertes par le législateur.
748. La doctrine de l'éligibilité des recours fondés sur les droits d'un tiers, de *l'application directe, horizontal/vertical* et de *l'effet direct des droits fondamentaux* se situent dans l'antichambre du *procès en constitutionnalité*.
749. La doctrine du *double fondement* se situe dans l'escalier menant du *procès ordinaire* ou *procès constitutionnel*. La doctrine de l'interprétation sauvegardant la norme dans l'antichambre.
750. La théorie du jugement constitutionnel (éviter, présomption, fait législatif, discrétion...) se situe dans l'antichambre. Les *standards du jugement* sont utilisés dans la pièce à l'étage à laquelle il a été si difficile d'accéder. Les *formules et effets* du jugement sont les barrières posées sur une petite fenêtre au fond de cette pièce, au-delà de laquelle se trouve la déclaration d'inconstitutionnalité.









# JURISPRUDENCE

Les affaires sont présentées par ordre chronologique. Le *keishu* est le répertoire pénal, le *minshu* le répertoire civil au sens large, recours judiciaire « administratifs » inclus. Ces derniers sont en général identifiables par le code d'affaire (Gyo-tsu). Les moteurs de recherche japonais nécessitent la date en japonais. Par exemple 1995 (Gyo-Tsu) 19 s'écrit normalement 平成7(行ツ)19. Pour les numéros de référence voir [http://www.courts.go.jp/picture/hanrei\\_help.html](http://www.courts.go.jp/picture/hanrei_help.html). Toutefois, l'accès au recueil de jurisprudence papier étant difficile en dehors du Japon, des liens menant à la décision hébergée sur le site de la Cour suprême japonaise ont été fournis. Si le lien de l'adresse comporte la mention **hanrei\_jp** il s'agit d'un texte en japonais, s'il comporte **hanrei\_en**, la décision est disponible en anglais. En ce qui concerne la classification du procès (裁判種別) : 判決 signifie jugement. En ce qui concerne le résultat (結果) : 棄却 signifie rejet, 却下 signifie « dismiss », 破棄差戻 signifie casser avec renvoi, 破棄自判 signifie casser et décision de la Cour, その他 signifie autre (par exemple lorsque certaines des demandes sont acceptées et donnent alors lieu à une cassation et que d'autres sont rejetés). Entre crochets [p. x ] sont indiquées les pages de cette thèse où la décision est citée.

- (1) Cour suprême, Assemblée plénière, **7 juillet 1948**,  
*Shimizu ou vol de courrier* (清水局事件),  
Keishu, Vol. 2, n°8, p.801, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56406](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56406) , 1947  
(Re) 188, 判決 / 棄却 [p.67]
- (2) Cour suprême, Assemblée plénière, **29 septembre 1948**,  
*Vol de riz* (食糧管理法違反), Keishu, Vol. 2, n°10, p.1235, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56515](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56515), 1948 (Re) 205, 判決 / 棄却 . [pp.137, 235]
- (3) Cour suprême, assemblée plénière, **1 février 1950**,  
*Yazu* (食糧管理法違反事件), Keishu, Vol.4, n°2 p.73, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56495](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56495), 48 (Re) 141, 判決 / 棄却. [pp.67, 78]
- (4) Cour Suprême, Assemblée plénière, **8 octobre 1952**,  
*Suzuki contre Japon ou Affaire concernant la Réserve de Police Nationale*, (警察予備隊事件), Minshu,  
Vol.6, n°9, p.783, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=4](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=4) , 1952 (Ma) 23, 判決 /  
棄却.[pp.68, 78, 219]
- (5) Cour Suprême, Assemblée plénière, **16 janvier 1953**,  
*Yonaiyama* (米内山事件), Minshu, Vol.7, n°1, p.12, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/364/057364\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/364/057364_hanrei.pdf) , 1952 (Ke) 109, 判決 / 棄却.  
[pp.85-91]
- (6) Cour suprême, Assemblée plénière, **8 avril 1953**,  
*Violation du décret n°201* (昭和二三年政令第二〇一号違反), Keishu, Vol.7, n°4, p.775, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54347](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54347) , 1948 (Re) 685, 判決 / 棄却. [pp. 70, 96]
- (7) Cour Suprême, Assemblée plénière, **15 avril 1953**,  
*Tomabechi I ou Demande de dissolution de la chambre des représentants* (苫米地事件 I / 衆議院解散  
無効確認請求), Minshu, Vol.7, n°4, p.305, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57365](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57365), 1952 (Ma) 148, 判決 / 却下. [p.82]
- (8) Cour suprême, Assemblée plénière, **22 juillet 1953**,  
*Sakagami ou Arrêt sur le cas de validité de l'ordonnance no 325 de 1950* (昭和二五年政令第三二五  
号違反), Keishu Vol.7, n°7, p.1562, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=5](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=5), 1952  
(A) 2868, 判決, その他. [pp.5, 70, 78]

- (9) Cour Suprême, 3ème chambre, **17 novembre 1953**,  
*Rescrit impérial sur l'éducation* (教育勅語合憲確認訴訟), Keishu, Vol.10, p.455, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=76503](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=76503), 1952 (O) 303, 判決 / 棄却. [pp.70, 78]
- (10) Cour suprême, Assemblée plénière, **23 décembre 1953**,  
*Parade de Mai dans le jardin impérial* (皇居外苑使用不許可処分取消等請求), Minshu, Vol.7, n°13, p.1561, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56095](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56095), 2015 (O) 1150, 判決 / 棄却. [p.139]
- (11) Cour Suprême, 1ère chambre, **11 février 1954**,  
*Décision budgétaires du conseil municipal* (村議会決議無効確認請求), Minshu, Vol.8, n°2, p.419, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/255/057255\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/255/057255_hanrei.pdf), 1951 (O) 584, 判決 / 棄却. [p.91]
- (12) Cour Suprême, Assemblée plénière, **15 mars 1954**,  
*Hayashi Ken ou Notification de négligence suite à un accident maritime* (裁決取消請求), Minshu, Vol.15, n°3, p.467, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54802](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54802), 1953 (O) 110, 判決/その他. [p.123]
- (13) Cour suprême, Assemblée plénière, **26 janvier 1955**,  
*Bains publics de Fukuoka* (公衆浴場法違反), Keishu, Vol. 9, n°1, p.89, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54731](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54731), 1953 (A) 4782, 判決 / 棄却.[pp.128]
- (14) Cour suprême, 1ère chambre, **24 février 1955**,  
*Fermier contre conseil municipal de la ville d'Atami* (農地境界査定処分無効確認請求), Minshu, Vol.9, n°2, p.217 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57398](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57398), 1953(O)1362, 判決 / 棄却. [p.124]
- (15) Cour suprême, Assemblée plénière, **10 août 1959**,  
*Accident de Matsukawa sur les Chemins de fer nationaux japonais* (汽車顛覆致死、同幫助), Keishu, Vol.13, n°9, p.1410, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57786](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57786), 1954 (A) 1671, 判決 / 破棄差戻. [pp.93,101]
- (16) Cour suprême, 3ème chambre, **25 Novembre 1955**,  
*Suspension du permis de conduire* (審査請求棄却処分取消、運転免許停止処分取消), Minshu Vol.34, n°6, p.781, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53345](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53345), 1978 (Gyo-tsu) 32, 判決 / 破棄差戻. [p.137]
- (17) Cour Suprême, Assemblée plénière, **16 décembre 1959**,  
*Affaire Sunakawa, Violation de la loi pénale spéciale adoptée à la suite de l'Accord administratif conclu en vertu de l'article III de la Politique de sécurité entre le Japon et les États-Unis d'Amérique* (砂川事件), Keishu, Vol.13, n°13, p.3225, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=13](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=13), 1959 (A) 710, 判決 / 破棄差戻. [pp.76, 81, 226, 265]
- (18) Cour Suprême, Assemblée plénière, **8 juin 1960**,  
*Tomabechi II ou Action pour la reconnaissance du statut de membre de la Chambre des représentants et réclamation de rémunération* (苫米地事件 II, 衆議院議員資格並びに歳費請求), Minshu, Vol.14, n°7, p.1206, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=14](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=14), 1955 (O) 96, 1955 (O) 96, 判決 / 却下. [pp.82-85]

- (19) Cour suprême, Assemblée plénière, **20 juillet 1960**,  
*Ordonnance de Tokyo n°44 et license pour rassemblements publics* (昭和二五年東京都条例第四四号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例違反), Keishu, Vol.14, n°9, p.1943, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51694](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51694), 1960 (A) 112, 判決 / 破棄差戻. [p.244]
- (20) Cour suprême, Assemblée plénière, **19 octobre 1960**,  
*Suspension d'accès à la réunion de l'assemblée locale* (懲罰決議等取消請求事件), Minshu, Vol.14, n°12, p.2633. En ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52951](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52951), 1959(O)10, 判決 / 棄却. [pp.90, 94]
- (21) Cour suprême, 2ème Chambre, **19 Janvier 1962**,  
*Sakamoto ou Bains publics*, (公衆浴場営業許可無効確認請求 I), Keishu, Vol.16, n°1, p.57, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52934](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52934), 1958 (O) 710, 判決 / 破棄差戻. [p.128, 131]
- (22) Cour Suprême, Assemblée plénière, **28 novembre 1962**,  
*Nakamura ou Confiscation des biens d'une tierce partie* (第三者所有物没収事件), Keishu, Vol.16, n°11, p.1593, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=19](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=19), 1955 (A) 2961, 判決 / 破棄自判. [pp.9, 169, 192-194, 240]
- (23) Cour suprême, Assemblée plénière, **22 mai 1963**,  
*Popolo* (暴力行為等処罰ニ関スル法律違反), Keishu, Vol.17, n°5, 370, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=20](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=20), 1956 (A) 2973, 判決 / 破棄差戻. [pp.100-104]
- (24) Cour Suprême, Assemblée plénière, **5 février 1964**,  
*Koshiyama contre Comission de supervision des élections de Tokyo*, (選挙無効請求), Minshu Vol.18, n°2, 270, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53126](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53126), 1963 (O) 422, 判決 / 棄却. [pp.57, 181]
- (25) Cour Suprême, Assemblée plénière, **27 mai 1964**,  
*Discrimination au regard de l'article 14 de la Constitution*, (待命処分無効確認、判定取消等請求), Minshu, Vol. 18, n°4, p.676, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53093](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53093), 1962 (O) 1472, 判決/その他. [p.55, 263]
- (26) Cour suprême, 3ème chambre, **8 février 1966**,  
*Concours d'ingénieur* (国家試験合格変更又は損害賠償請求事件), Minshu, Vol.20, n°2, 196, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53947](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53947), 1964 (Gyo-tsu) 61, 判決 / 棄却. [p.101]
- (27) Cour suprême, Assemblée plénière, **23 février 1966**,  
*Sakamoto ou Plan révisé d'urbanisme du gouverneur de la prefecture de Tokyo* (区画整理事業設計等無効確認請求事件), Minshu, Vol.20, n°2, p.271, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53786](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53786), 1962 (O) 122, 判決 / 棄却. [p.133]
- (28) Cour suprême, Assemblée plénière, **26 octobre 1966**,  
*Bureau de poste central de Tokyo* (郵便法違反教唆), Keishu, Vol.20, n°8, p.901, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=26](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=26), 1964(A)296, 判決 / 棄却. [pp.74, 96]
- (29) Cour de district de Sapporo, **20 mars 1967**,  
*Eniwa ou frères Nozaki* (恵庭事件), en ligne : <http://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/92-1.html>, 1942 (Wa) 193. [p.164]

- (30) Cour Suprême, Assemblée plénière, **24 mai 1967**,  
*Asahi ou possibilité d'une succession d'un litige concernant le droit à la protection des moyens de subsistance*, (生活保護法による保護に関する不服の申立に対する裁決取消請求), Vol.21, n°5, p.1043, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54970](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54970), 1964 (Gyo-Tsu) 14, 判決/その他. [pp.58, 138]
- (31) Haute-Cour de Hiroshima, **29 mai 1967**,  
*Ordonnance de sécurité publique de la ville d'Hiroshima* (昭和三六年広島県条例第一三号集団示威運動、集団行進及び集会に関する条例違反), Keishu, Vol.24, n°7, p.434, en ligne : décision de la Cour-Suprême du 16 juillet 1970 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51788](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51788), 1967 (A) 1790, 判決 / 破棄差戻. [pp.164]
- (32) Cour suprême, 3ème chambre, **21 novembre 1967**,  
*Taniguchi ou Violation de la loi électorale sur les offices publics* (谷口 / 公職選挙法違反), Keishu, Vol.21, n°9, p.1245, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=50832](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=50832), 1962 (A) 1464, 判決 / 棄却. [p.94]
- (33) Cour suprême, Assemblée plénière, **27 novembre 1968**,  
*Violation de l'ordonnance de restriction des activités de dragage de rivière* (河川附近地制限令違反), Keishu, Vol 22, n° 12, p.1402, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=050697](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=050697), 昭 1962 (A) 2922, 判決 / 棄却. [pp.237, 240]
- (34) Cour Suprême, Assemblée plénière, **22 novembre 1972**,  
*Violation des mesures relatives à la loi sur les petits commerces* (小売商業調整特別措置法違反), Keishu, Vol.26, n°9, p.586, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=50995](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=50995), 1970 (A) 2, 判決 / 棄却. [pp.59, 128, 224, 229, 249]
- (35) Cour Suprême, Assemblée plénière, **20 décembre 1972**,  
*Le sens de la disposition constitutionnelle sur la garantie d'un procès rapide (article 37 (1) de la Constitution)* (住居侵入、暴力行為等処罰に関する法律違反等), Keishu, Vol. 26, n°10, p.631, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=37](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=37), 1970 (A) 1700, 判決 / 破棄自判. [p.238]
- (36) Cour de district de Tokyo, **23 décembre 1972**,  
*Ligne de shinkansen de Narita*, (行政処分取消請求事件), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=18154](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=18154), 1972 (Gyo-u) 52, 判決 / 棄却. [p.134]
- (37) Cour Suprême, Assemblée plénière, **4 avril 1973**,  
*Parricide Aizawa ou Togichi*, (尊属殺法定刑違憲事件), Keishu, Vol.27, n°3, p.265, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=38](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=38), 1970 (A) 1310, 判決 / 破棄自判. [pp.9, 55, 227, 263]
- (38) Cour suprême, Assemblée plénière, **25 avril 1973**,  
*Travailleurs forestiers* (国家公務員法違反), Keishu, Vol.27, n°4, p.547, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=39](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=39), 1968 (A) 2780, 判決 / 棄却. [p.97]
- (39) Cour suprême, Assemblée plénière, **12 décembre 1973**,  
*Résine Mitsubishi* (三菱樹脂事件), Keishu, Vol.27, n°11, p.1536, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=41](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=41), 1968 (O) 932, 判決 / 破棄差戻. [pp.97, 186]
- (40) Cour suprême, 3ème chambre, **19 juillet 1974**,  
*Université féminine de Showa* (昭和女子大事件), Minshu, Vol.28, n°5, p.790, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=54110](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=54110), 1967 (Gyo-tsu) 59, 判決 / 棄却. [p.101]

- (41) Cour suprême, Assemblée plénière, **6 novembre 1974**,  
*Sarufutsu III ou pénalisation des actes de manifestations des fonctionnaires* (猿払事件, 国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol.28, n°9, p.393, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51800](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51800), 1969 (A) 1501, 判決 / 破棄自判. Cour de district d'Ashikawa, 25 mars 1968, *Sarufutsu I*. [pp.169-170, 258]
- (42) Cour Suprême, Assemblée plénière, **30 avril 1975**,  
*Sumiyoshi KK contre Gouverneur de la Prefecture d'Hiroshima*, (薬局距離制限違憲判決, 行政処分取消請求), en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=42](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=42), 1968 (Gyo-Tsu) 120, 判決 / 棄却. [pp.9, 57, 229, 245-246, 258]
- (43) Cour suprême, Assemblée plénière, **10 septembre 1975**,  
*Ordonnance Tokushima* (集団行進及び集団示威運動に関する徳島市条例違反、公務執行妨害、傷害), Keishu, Vol.29, n°8, p.489 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=44](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=44), 1973 (A) 910, 判決 / 破棄自判. [pp.195, 199, 215]
- (44) Cour Suprême, Assemblée plénière, **14 avril 1976**,  
*Kurokawa v Commission des élections de Chiba*, (選挙無効請求事件), en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=48](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=48), 1974 (Gyo-Tsu) 75, 判決 / 破棄自判. [pp.9, 57, 176]
- (45) Cour suprême, Assemblée plénière, **21 mai 1976**,  
*Asahikawa* (建造物侵入、暴力行為等処罰に関する法律違反), Keishu, Vol.30, n°5, 615, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57016](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57016), 1968 (A) 1614, 判決/その他. [p.99]
- (46) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **15 mars 1977**,  
*Université de Toyama, demande n°1 relative à l'évaluation*, (affaire 1/2 富山大学事件, 単位不認定事件), Minshu, Vol. 31, n°2, p.234, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56314](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56314), 1971 (Gyo-tsu) 52, 判決 / 棄却. [p.102]
- (47) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **15 mars 1977**,  
*Université de Toyama, demande n°2 relative à la délivrance du diplôme*, (affaire 2/2 富山大学事件, 専攻科修了不認定事件求), Minshu, Vol. 31, n°2, p.280, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57782](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57782), 1971 (Gyo-tsu) 53, 判決 / その他. [p.102]
- (48) Cour suprême, Assemblée plénière, **13 juillet 1977**,  
*Jichinsai, cérémonie de purification shinto de la ville de Tsu* (津地鎮祭訴訟), Minshu, Vol.31, n°4, p.533, [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=51](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=51), 1971 (Gyo-Tsu) 69, 判決 / 破棄自判. [p.234]
- (49) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **14 mars 1978**,  
*Affaire de régulation des jus* (主婦連ジュース不当表示事件), Minshu, Vol.32, n°2, 211 en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53238](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53238), 1974 (Gyo-tsu) 99, 判決 / 棄却. [p.130]
- (50) Cour suprême, Assemblée plénière, **4 octobre 1978**,  
*McLean* (マククリーン事件, 在留期間更新不許可処分取消), Minshu, Vol.32, n°7, 1223, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=56](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=56),. 1975 (Gyo-Tsu) 120, 判決. [p.231]

- (51) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **23 décembre 1980**,  
*Affaire de la Pancarte contre le Gouvernement Sato* (公務員の政治的行為と懲戒処分 プラカード事件), Minshu, Vol.34, n°7, p.959, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=53233](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=53233), 1974 (Gyo-tsu) 4, 判決 / 破棄自判. A ne pas confondre avec l'affaire Pancarte contre l'Empereur de 1948. (Cour de district 1/11/1971, Haute-Cour 19/9/1973). [p.169]
- (52) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **20 juin 1989**,  
*Base militaire de Hyakuri* (百里基地事件), Minshu Vol. 43, n°6, p.385, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=94](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=94), 1982 (O) 164, Décision de la Cour d'appel de Tokyo, 7 juillet 1981, 1004 Hanrei Jiho 3. [pp.165, 166]
- (53) Cour Suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **7 avril 1981**,  
*La Mandala en bois* (板まんだら事件 / 寄附金返還), Minshu, Vol. 35, n°10, p.1369, en ligne : Minshu [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=67](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=67), 1976 (O) 749, 判決 / 破棄自判. [p. 103]
- (54) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **14 avril 1981**,  
*Communication du casier judiciaire* (前科照会回答事件), Minshu Vol.35, n°3,p.620, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=56331](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=56331), 1977 (O) 323, 判決/ 棄却. [p. 262]
- (55) Cour suprême, 3<sup>ème</sup> chambre, **21 juillet 1981**,  
*Interdiction du porte-à-porte en période électorale* (戸別訪問事件/公職選挙法違反), Keishu, Vol.35, n°5, p.568, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=51192](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=51192), 1980 (A) 1472, 判決 / 棄却. [pp.94]
- (56) Cour suprême, Assemblée plénière, **16 décembre 1981**,  
*Demande d'injonction contre les vols de nuit à l'aéroport d'Osaka* (大阪国際空港夜間飛行禁止等請求上告事件), Minshu Vol.35, n°10, p.1369, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=66](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=66), 1976 (O) 395, 判決. [p.113]
- (57) Cour suprême, Assemblée plénière, **7 juillet 1982**,  
*Horiki ou Jugement pour savoir si l'article 4 (3) (iii) de la Loi sur l'allocation pour enfants (avant modification par la loi n° 93 de 1973) est contraire à l'article 25 de la Constitution* (堀木訴訟 / 行政処分取消等請求事件), Minshu, Vol. 36, No. 7, at 1235, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=68](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=68), 1976 (Gyo-Tsu) 30, 判決 / 棄却. [pp.225, 240, 258]
- (58) Cour suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, **29 septembre 1982**,  
*Naganuma Nike* (長沼ナイキ訴訟判決), Minshu, Vol.36, n°1679 , en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=55157](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=55157), 1977 (Gyo-tsu) 56, 判決 / 棄却. [pp.126,139]
- (59) Cour suprême, 2<sup>ème</sup> chambre, **26 octobre 1984**,  
*Demande en révocation d'une approbation sous le régime de la Loi sur les Contructions standard* (建築基準法による確認処分取消), Minshu, Vol.38, n°10, 1169, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52704](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52704), 1983 (Gyo-tsu) 35, 判決 / 棄却. [p.137]
- (60) Cour suprême, Assemblée plénière, **12 décembre 1984**,  
*Inspection douanière* (税関検査事件), Minshu Vol.38, n°12 p.1308, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=77](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=77), 1982 (Gyo-Tsu) 156, 判決 / 棄却. [p.198]
- (61) Cour Suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, **21 novembre 1985**,  
*Abolition du système de vote à domicile* (在宅投票制度廃止事件), Minshu, Vol.39, No.7, at 1512, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=80](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=80), 1978 (O) 1240, 判決 / 棄却. [pp.173, 239]

- (62) Cour suprême, Assemblée plénière, **22 avril 1987**,  
*Hiraguchi ou division du terrain forestier* (共有物分割等), Minshu, Vol.41, n°3, p.408, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=55203](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=55203), 1984 (O) 805. [p.9]
- (63) Cour suprême, 3ème chambre, **20 décembre 1988**,  
*Hakamada* (共産党袴田事件/家屋明渡等請求事件), Shumin, n°155, 405, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=62340](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=62340), 1985 (O) 4, 判決 / 棄却. [pp.85, 95]
- (64) Cour suprême, 2<sup>ème</sup> chambre, **20 janvier 1989**,  
*Loi sur les bains publics* (公衆浴場法違反), Keishu, Vol.1, n°1, p.43, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=50334](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=50334), 1981 (A) 1140, 判決 / 棄却. [p. 128, 225, 230]
- (65) Cour suprême, 2ème chambre, **17 février 1989**,  
*License des transports aériens entre Niigata-Séoul* (新潟—小松—ソウル間の定期航空運送事業免許処分取消請求事件), Minshu, Vol.43, n°56, p. en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52172](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52172), 1982 (Gyo-tsu) 46, 判決 / 棄却. [pp.115,126]
- (66) Cour suprême, 2<sup>ème</sup> chambre, **24 janvier 1992**,  
*Demande en annulation de l'approbation d'un projet de développement du territoire* (土地改良事業施行認可処分取消), Minshu Vol. 46, n°1, p.54, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1455](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1455), 1990 (Gyo-Tsu) 153, 判決 / 破棄自判. [p.134]
- (67) Cour suprême, 3ème chambre, **16 mars 1993**,  
*Ienaga I* (家永 I), Minshu, Vol.47, n°5, 3483, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1434](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1434), 1986 (O) 1428, 判決 / 棄却. [p. 100]
- (68) Cour suprême, 1ère chambre, **25 mai 1995**,  
*Exclusion du Parti Nouveau Japon* (日本新党事件選挙無効), Minshu, Vol.49, n°5, 1279, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=57074](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=57074), 1995 (Gyo-tsu)19, 判決 / 破棄自判. [p. 95]
- (69) Cour suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, **30 janvier 1996**,  
*La secte Aum Shinrikyo* (オウム真理教解散命令事件), Minshu Vol.50, n°1, p.199, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=252](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=252), 1996 (Ku) 8, 判決 / 棄却. [pp.195-196]
- (70) Cour suprême, 2<sup>ème</sup> chambre, **8 mars 1996**,  
*Sanction sur un étudiant refusant de pratiquer le kendo pour des raisons religieuses* (神戸高専剣道実技拒否事件, 進級拒否処分取消、退学命令処分等取消), Minshu, Vol. 50, n°3, p.469, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=294](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=294), 1995 (Gyo-Tsu) 74, 判決 / 棄却. [p.232]
- (71) Cour suprême, Assemblée plénière, **2 avril 1997**,  
*Ehime Tamagushi-ryo* (損害賠償代位請求事件), Minshu, Vol.51, n°4, p.1673, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=312](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=312), 1992 (Gyo-Tsu) 156, 判決, その他. [pp.10, 235]
- (72) Cour suprême, 3ème chambre, **29 août 1997**,  
*Ienaga II* (家永 II 損害賠償), Keishu, Vol.51, n°7, p.2921, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail?id=52529](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52529), 1994 (O) 1119, 判決, その他. [p. 100]
- (73) Cour Suprême, Assemblée plénière, **1 décembre 1998**,  
*Teranishi* (寺西事件), Minshu, Vol.52, n°9, 1761, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=402](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=402), 1998 (Bun-Ku) 1, 判決 / 棄却. [p. 74]

- 
- (74) Cour de district de Sapporo, **30 novembre 2001**,  
*Droit de manifester des enseignants de Sapporo*, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=008689](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=008689), 1993 (Gyo-u) 14. 判決 / 棄却. [p. 219]
- (75) Cour de district de Kumamoto, **11 mai 2001**, *Quarantaine pour cause de lèpre* (ハンセン病違憲国家賠償請求訴訟). Décision difficilement accessible. En ligne :  
[http://www.hansenkokubai.gr.jp/topics/20010511\\_2.html](http://www.hansenkokubai.gr.jp/topics/20010511_2.html), Voir rapport et excuses de la Cour suprême  
[http://www.courts.go.jp/about/siryō/hansenbyō\\_chousahoukokusyo\\_danwa/index.html](http://www.courts.go.jp/about/siryō/hansenbyō_chousahoukokusyo_danwa/index.html), et celles du  
ministre de la santé <https://www.eda-jp.com/pol/hansen/010511dpj.html> [p.238]
- (76) Cour de district de Kumamoto, **21 novembre 2001**,  
*Ozato ou constuction d'un terrain de golf près d'une rivière* (勧告無効等確認請求事件), en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=15266](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=15266). [p.129]
- (77) Cour suprême, Assemblée plénière, **11 septembre 2002**,  
*Acte sur la poste* (損害賠償請求事件), Minshu Vol.56, n°7, p.1439, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=585](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=585), 1999 (O) 1767, 判決 / 破棄差戻. [pp.10, 177]
- (78) Cour suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, **30 mai 2005**,  
*Centrale nucléaire de Monju* (原子炉設置許可処分無効確認等請求事件), Minshu, Vol.59, n°4,  
p.671, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52392](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52392), 2003 (Gyo-hi) 108. [p.114]
- (79) Cour Suprême, Assemblée plénière, **14 septembre 2005**,  
*Sekiguchi ou Affaire de la demande en déclaration d'illégalité de la privation du droit de vote des citoyens japonais résidant à l'étranger* (在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件), Minshu, Vol. 59, n°7, p.2087 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1264](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1264), 2001 (Gyo-Tsu) 82, 判決, rejet et cassation partiels. [pp.10, 240]
- (80) Cour suprême, Assemblée plénière, **7 décembre 2005**,  
*Ligne ferroviaire Odakyu* (小田急線連続立体交差事業認可処分取消, 事業認可処分取消請求事件), Minshu Vol.59, n°10, p.2645, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=52414](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=52414), 2004 (Gyo-hi)1 14, 判決, その他. [pp.124, 130]
- (81) Cour Suprême, Assemblée plénière, **4 juin 2008**,  
*Acte sur la Nationalité*, (退去強制令書発付処分取消等請求事件), Minshu, Vol. 62, n°6, p. 1367, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=955](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=955), 2006 (Gyo-Tsu) 135, 判決 / 破棄自判. [pp.10, 179]
- (82) Cour suprême, Assemblée plénière, **10 septembre 2008**,  
*Nakamura ou Plan local d'urbanisme de la ville d'Hamamatsu* (行政処分取消請求事件), Minshu, Vol.62, n°8, p.2029, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=36787](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=36787), 2005 (Gyo-Hi) 397, 判決 / 破棄自判. [p.134]
- (83) Cour suprême, 1<sup>ère</sup> chambre, **15 octobre 2009**,  
*Satellite* (サテライト大阪) 場外車券発売施設設置許可処分取消請求事件), Minshu, Vol. 63, n°8, p.1711, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=38073](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=38073), 2008 (Gyo-hi) 247, 判決, その他. [p.130]



- (84) Cour suprême, 2<sup>ème</sup> chambre, **7 décembre 2012**,  
*Distribution de tracts* (国家公務員法違反被告事件), Keishu, Vol. 66, n°12, p.1722, en ligne :  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1180](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1180), 2010 (A) 957, 判決 / 棄却. [p.171]
- (85) Cour suprême, Assemblée plénière, **4 septembre 2013**,  
*Répartition du patrimoine* (遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件), Minshu,  
 Vol.67, n°6, p.1320, en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1203](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1203), 2012 (Ku) 984.  
 判決 / 破棄差戻. [p.265]
- (86) Cour suprême, Assemblée plénière, **16 décembre 2015**,  
*Disposition du code civil empêchant le mariage d'une femme récemment divorcée*, (損害賠償請求事  
 件), Minshu, Vol.69, n°8, p.2427 en ligne : [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1418](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1418),  
 2013 (O) 1079, 判決 / 棄却. [pp.10, 265]

### Tableau de concordance des dates japonaises et françaises

2022		2001	平成 13 年	1981	昭和 56 年	1960	昭和 35 年
2021		2000	平成 12 年	1980	昭和 55 年	1959	昭和 34 年
2020		1999	平成 11 年	1979	昭和 54 年	1958	昭和 33 年
2019		1998	平成 10 年	1978	昭和 53 年	1957	昭和 32 年
2018	平成 30 年	1997	平成 09 年	1977	昭和 52 年	1956	昭和 31 年
2017	平成 29 年	1996	平成 08 年	1976	昭和 51 年	1955	昭和 30 年
2016	平成 28 年	1995	平成 07 年	1975	昭和 50 年	1954	昭和 29 年
2015	平成 27 年	1994	平成 06 年	1974	昭和 49 年	1953	昭和 28 年
2014	平成 26 年	1993	平成 05 年	1973	昭和 48 年	1952	昭和 27 年
2013	平成 25 年	1992	平成 04 年	1972	昭和 47 年	1951	昭和 26 年
2012	平成 24 年	1991	平成 03 年	1971	昭和 46 年	1950	昭和 25 年
2011	平成 23 年	1990	平成 02 年	1970	昭和 45 年	1949	昭和 24 年
2010	平成 22 年	1989	平成 01 年	1969	昭和 44 年	1948	昭和 23 年
2009	平成 21 年	1989	昭和 64 年	1968	昭和 43 年	1947	昭和 22 年
2008	平成 20 年	1988	昭和 63 年	1967	昭和 42 年	1946	昭和 21 年
2007	平成 19 年	1987	昭和 62 年	1966	昭和 41 年	1945	昭和 20 年
2006	平成 18 年	1986	昭和 61 年	1965	昭和 40 年	1944	昭和 19 年
2005	平成 17 年	1985	昭和 60 年	1964	昭和 39 年	1943	昭和 18 年
2004	平成 16 年	1984	昭和 59 年	1963	昭和 38 年	1942	昭和 17 年
2003	平成 15 年	1983	昭和 58 年	1962	昭和 37 年	1941	昭和 16 年
2002	平成 14 年	1982	昭和 57 年	1961	昭和 36 年	1940	昭和 15 年

---

## Décisions de la Cour suprême des États-Unis

Ces décisions étant facilement accessibles sur le site <https://supreme.justia.com>, les références sont fournies "nues", sans mention de la publication papier.

- (1) Cour suprême des États-Unis, **24 février 1803**, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. [pp.10, 85, 145]
- (2) Cour suprême des États-Unis, **6 mars 1857**, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393. [p.10]
- (3) Cour suprême des États-Unis, **17 avril 1905**, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45. [pp.147, 209]
- (4) Cour suprême des États-Unis, **21 mai 1917**, *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205. [p. 209]
- (5) Cour suprême des États-Unis, **27 février 1922**, *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126. [p. 147]
- (6) Cour suprême des États-Unis, **4 juin 1923**, *Frothingham v. Mellon (consolidé avec) Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 [p. 147]
- (7) Cour suprême des États-Unis, **2 mai 1927**, *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200. [p. 211]
- (8) Cour suprême des États-Unis, **5 janvier 1931**, *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 282 U.S. 251. [p.210]
- (9) Cour suprême des États-Unis, **17 février 1936**, *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 28. [p.157]
- (10) Cour suprême des États-Unis, **29 mars 1937**, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379. [p.148]
- (11) Cour suprême des États-Unis, **25 avril 1938**, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 [pp.212, 250]
- (12) Cour suprême des États-Unis, **5 juin 1939**, *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433. [p.148]
- (13) Cour suprême des États-Unis, **3 mai 1943**, *St. Pierre v. United States*, 319 U. S. 41 [p.136]
- (14) Cour suprême des États-Unis, **9 décembre 1946**, *Fiswick v. United States*, 329 U. S. 211 [p.136]
- (15) Cour suprême des États-Unis, **31 avril 1951**, *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath.*, 341 U.S. 123. [p.148]
- (16) Cour suprême des États-Unis, **4 janvier 1954**, *United States v. Morgan*, 346 U. S. 502. [p.136]
- (17) Cour suprême des États-Unis, **17 mai 1954**, *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483. [pp.54, 210, 262]
- (18) Cour suprême des États-Unis, **25 février 1957**, *Pollard v. United States*, 352 U. S. 354. [p.136]
- (19) Cour suprême des États-Unis, **16 mai 1960**, *Parker v. Ellis*, 362 U.S. 574. [p.136]
- (20) Cour suprême, **22 mai 1967**, *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136. [pp.131, 136]
- (21) Cour suprême des États-Unis, **12 juin 1967**, *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395. [p.177]
- (22) Cour suprême des États-Unis, **10 juin 1968**, *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83. [p.148]
- (23) Cour suprême des États-Unis, **10 juin 1968**, *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40. [p.136]

- 
- (24) Cour suprême des États-Unis, **3 mars 1970**, *Barlow v. Collins*, 397 U.S. 159. [p.139]
  - (25) Cour suprême des États-Unis, **10 janvier 1972**, *SEC v. Medical Committee for Human Right*, 404 U.S. 403. [p.135]
  - (26) Cour suprême des États-Unis, **19 avril 1972**, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727. [p.149]
  - (27) Cour suprême des États-Unis, **22 janvier 1973**, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. [pp.140, 210]
  - (28) Cour suprême des États-Unis, **23 avril 1974**, *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312. [p.135]
  - (29) Cour suprême des États-Unis, **30 janvier 1976**, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1. [p.131]
  - (30) Cour suprême des États-Unis, **21 mars 1978**, *Carey v. Piphus*, 435 U.S. 247. [p.145]
  - (31) Cour suprême des États-Unis, **1 mai 1978**, *Memphis Light, Gas & Water Div. v. Craft*, 436 U. S. 1. [p.135]
  - (32) Cour suprême des États-Unis, **20 avril 1983**, *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95. [p.150]
  - (33) Cour suprême des États-Unis, **28 juin 1985**, *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City*, 473 U.S. 172. [pp.131-132]
  - (34) Cour suprême des États-Unis, **12 juin 1992**, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555. [pp.143,150]
  - (35) Cour suprême des États-Unis, **12 janvier 2000**, *Friend of the Earth Inc. v. Dav. Laidlaw Environmental Services, Inc*, 528 U.S. 167. [pp.135]
  - (36) Cour d'appel du 5<sup>ème</sup> circuit, **14 septembre 2004**, *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846. [p.136]
  - (37) Cour suprême des États-Unis, **16 mai 2016**, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 578 U.S. \_\_\_\_\_. [pp.143, 145, 150]

## Autres

- (1) Court of common plea of England, **1410-1411**, XYZ Gloucester Grammar School Masters Case, Y B 11 Hen IV 27. [p.144]
- (2) Cour du banc du Roi, **1 janvier 1703**, *Ashby v. White*, 92 ER 126, 2 Ld Raym 938. [p.144]
- (3) Cour du banc du Roi, **2 novembre 1765**, *Entick v. Carrington*, 2 Wils. K. B. 275, 291, 95 Eng. Rep. 807, 817. [p.144]
- (4) Cour de Virginie, **2 novembre 1782**, *Commonwealth v. Caton*, 8 Va. (4 Call) 5 (1782), vol. 4 of Reports of Cases Argued and Decided in the Court of Appeals of Virginia , par Daniel Call (Richmond, Virginia: Robert I. Smith, 1833). [p.208]
- (5) Cour de Pennsylvanie, (?) **1811**, *Commonwealth v Smith*, **4 Bin 117** . (note : cette décision, citée par Thayer, n'a pas pu être consultée). [p.208]



# BIBLIOGRAPHIE

- Andão, Nisuke, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum. *Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum*, BRILL, 2002.
- Aristotle et Jules Tricot. *Ethique à Nicomaque*, Vrin, 1959.
- 芦部信喜 (ASHIBE Nobuyoshi). *憲法訴訟の理論 (Théorie du contentieux constitutionnel)*, 東京, 有斐閣, 1973.
- . *憲法学. 2 (Etudes Constitutionnelles T.2)*, 東京, 有斐閣, 1994.
- Association, American Bar. *ABA Journal*, American Bar Association, 1950.
- Barnard, Christopher. *Language, ideology, and Japanese history textbooks.*, London [u.a, Routledge, 2014.
- Beer, Lawrence Ward. *Constitutional systems in late twentieth century Asia*, Seattle, University of Washington Press, 1992.
- Benedict, Ruth. *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Houghton Mifflin, 1967.
- Benjamin F. Wright. *The Growth Of American Constitutional Law*, en ligne : <<http://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275988>>.
- Berlin, Isaiah, Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. *Éloge de la liberté*, Paris, Presses pocket, 1990.
- Bickel, Alexander M. et Harry H. Wellington. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, en ligne : <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqmb>>.
- Blackstone, William. *Commentaries on the laws of England: ... By William Blackstone ...*, Oxford, Printed at the Clarendon Press, 1765, en ligne : <<http://galenet.galegroup.com/servlet/ECCO?c=1&stp=Author&ste=11&af=BN&ae=T057753&tiPG=1&dd=0&dc=flc&docNum=CW125724830&vrsn=1.0&srchtp=a&d4=0.33&n=10&SU=0LRJ&locID=ucalgary>>.
- Clarke, R. Floyd. *The Science of Law and Lawmaking Being an Introduction to Law, a General View of Its Forms and Substance and a Discussion of the Question of Cidifica*, Littleton, Colo, Fred B Rothman & Co, 1982.
- Dalissier, Michel. *Anfractuosité et unification: la philosophie de Nishida Kitarô*, Librairie Droz, 2009.
- Davis, Kenneth Culp. *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, Harvard Law Review Association, 1941.
- Dean, Meryll. *Japanese legal system: text, cases & materials*, London, Cavendish, 2002.
- Duchemin, Jacqueline. *L'agôn dans la tragédie grecque*, Société d'édition « Les Belles lettres, » 1968.
- Foote, Daniel H. *Law in Japan: a turning point*, Seattle, University of Washington Press, 2007.
- Fukase, Tadakazu t Yoichi Higuchi. *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon*, Paris, Presses universitaires de France, 1984, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4810103k>>.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud et Albert J Solnit. *Beyond the best interests of the child [by] Joseph Goldstein, Anna Freud [and] Albert J. Solnit.*, New York, Free Press, 1973.
- Goodman, Carl F. *The rule of law in Japan: a comparative analysis*, The Hague; New York, Kluwer Law International, 2003.
- Haley, John Owen, Japanese American Society for Legal Studies, American Branch et Social Science Research Council (U.S.). *Law and society in contemporary Japan: American perspectives*, Dubuque, Iowa, Kendall/Hunt Pub Co, 1988.
- 長谷部恭男 (HASEBE Yasuo) 『憲法 第4版』 Constitution, 4ème édition, 新世社 - 単行本, 2008.

- Hata, Hiroyuki et Go Nakagawa. *Constitutional Law of Japan*, 1 edition, The Hague ; Boston, Kluwer Law International, 1997.
- Hauriou, Maurice. *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques.*, Paris, Sirey, 1910.
- 樋口陽一. (HIGUCHI Yoichi). 講座憲法学 (*Conférences de droit constitutionnel*), 東京, 日本評論社, 1995.
- . 司法の積極性と消極性: 日本国憲法と裁判 (*Principe de prudence et d'activisme : Constitution et juge japonais*), 東京, 勁草書房, 1978.
- Hoshijima, Niro, Shinkichi Uesugi et Tatsukichi Minobe. *Uesugi Hakushi tai Minobe Hakushi saikin kenporon*, Tokyo, Jitsugyo no Nihonsha, 1913.
- 家永三郎 (IENAGA Saburo). 家永・教科書裁判: 裁かれる日本の歴史. (*Ienaga. Recueil des procès : histoire des poursuites envers l'Etat Japonais*), 東京, 文一総合出版, 1977.
- Inoue, Kyoko. *MacArthur's Japanese Constitution: a linguistic and cultural study of its making*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- 伊藤正己 (ITO Masami). 裁判官と学者の間 (*Entre le Juge et le Professeur*), 東京, 有斐閣, 1993.
- Itoh, Hiroshi. *The Japanese Supreme Court: constitutional policies.*, New York, M Wiener, 1989.
- . *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*, Burlington, VT, Ashgate Pub, 2010.
- . *The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan*, Routledge, 2016.
- Itoh, Hiroshi et Lawrence Ward Beer. *The constitutional case law of Japan: selected Supreme court decisions, 1961-70*, Seattle, Univ of Washington P, 1978.
- Jaccard, Roland. *Histoire de la psychanalyse*, Paris, Hachette, 1982.
- Japan, Saikō Saibansho et John M Maki. *Court and Constitution in Japan: selected Supreme Court decisions, 1948-60*, Ann Arbor, Mich, University Microfilms International, 1978.
- Jay, Stewart. *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges*, Yale University Press, 1997, en ligne : <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt32bt9z>>.
- Johnson, Chalmers. *Conspiracy at Matsukawa*, 1st edition, Berkeley, University of California Press, 1972.
- Kaplan, David E. et Alec Dubro. *Yakuza: Japan's Criminal Underworld*, University of California Press, 2012.
- Kenpō Chōsakai (Japan) et John M Maki. *Japan's Commission on the Constitution, the final report*, 1980.
- Kingston, Jeff. *Critical Issues in Contemporary Japan*, Routledge, 2013.
- 清宮四郎 (KINOMIYA Shiro). 憲法要論 (*Théorie constitutionnelle*), 東京, 法文社, 1961.
- Kovner, Sarah. *Occupying power: sex workers and servicemen in postwar Japan*, Stanford, California, Stanford University Press, 2013.
- Lee, Evan Tsen. *Judicial restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2011.
- 牧野英一 (MAKINO Eiichi). *Mélanges de droit comparé*, S.I, s.n, 1906.
- . 法律における具体的妥当性 (*Validité concrète en droit*), 東京, 有斐閣, 1948.
- Martens, Stephan et Michel De Waele. *Vivre ensemble, vivre avec les autres: Conflits et résolution de conflits à travers les âges*, Presses Univ Septentrion, 2012.
- Matsui, Shigenori. *The Constitution of Japan a contextual analysis*, Oxford; Portland, Or, Hart Pub, 2011, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10466835>>.

- 松本善明 (MATSUMOTO Zenmei). 謀略—再び歴史の舞台に登場する松川事件 (*L'affaire Matsukawa dans l'histoire*), 東京, 新日本出版社, 2012.
- Matsunami, Niichino et Japan. *The constitution of Japan.*, Tokyo, Maruzen, 1930.
- McWhinney, Edward. *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Midford, Paul. *Rethinking Japanese Public Opinion and Security: From Pacifism to Realism?*, Stanford University Press, 2011.
- 美濃部達吉 (MINOBE Tatsukichi). 憲法講話 (*Lectures sur la Constitution*), 東京, ゆまに書房, 2003, en ligne :  
<<http://catalog.hathitrust.org/api/volumes/oclc/53076793.html>>.
- 宮沢俊義 (MIYAZAWA Toshiyoshi). 憲法. 2 (*Constitution*), 東京, 帝大プリント聯盟, 1937.
- . 憲法の原理 (*Principes de la Constitution*), 東京, 岩波書店, 1967.
- 水島朝穂 (MIZUSHIMA Asaho). ヒロシマと憲法: 次世代へのメッセージ (*Hiroshima et la Constitution : le message à la prochaine génération*), 1994.
- Monden, Masafumi. *Transcultural Flow of Demure Aesthetics: Examining Cultural Globalisation through Gothic & Lolita Fashion*, 2, 2008, DOI : 10.21159/nv.02.02.
- Niebuhr, H. Richard. *Christ and Culture*, 1 Reprint edition, San Francisco, Harper & Row, 1975.
- Noda, Yoshiyuki. *Introduction au droit japonais : Par Yoshiyuki Noda*, Dalloz Toulouse, impr F Boisseau, 1965.
- Nozaki, Yoshiko. *War memory, nationalism, and education in postwar Japan, 1945-2007: the Japanese history textbook controversy and Ienaga Saburo's court challenges*, London; New York, Routledge, 2009.
- 大須賀明 (OSUKA Akira). 生存権論 (*Théorie de la survie*), 東京, 日本評論社, 1984.
- Pascaud, Henri (1835-19 ). *L'Unité de juridiction, sa nécessité, son principe, son organisation, par Henri Pascaud, ... mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, le 23 mai 1891*, Paris, A Picard, 1891, en ligne :  
<<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5844233b>>.
- Ramseyer, J. Mark et Eric B. Rasmusen. *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*, University of Chicago Press, 2010.
- Robert, Jacques. *Le Japon*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.
- Royer, Jean-Pierre, Jean-Paul Jean, Bernard Durand, Nicolas Derasse et Jean-Pierre Allinne. *Histoire de la justice en France: du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2016.
- Sasaki, Fumiko. *Nationalism, Political Realism and Democracy in Japan: The Thought of Masao Maruyama*, Routledge, 2012.
- Shetreet, Shimon et Jules Deschênes. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Stanchi, Kathryn M., Bridget J. Crawford et Linda L. Berger. *Feminist Judgments: Rewritten Opinions of the United States Supreme Court*, Cambridge University Press, 2016.
- Sugiyama, Naojirō. *Ma mission en France, 1934: conférences et allocutions*, Tokio, Maison franco-japonaise, 1936.
- 阪本昌成 (SAKAMOTO Masanori). 憲法理論 (3) (*Théorie Constitutionnelle*), 成文堂, 1995.
- 佐藤幸治 (SATO Koji). 憲法 (*Constitution*), 東京, 青林書院, 1995.
- 渋谷秀樹 (SHIBUTANI Hideki) 『憲法』 Constitution, 有斐閣, 2007.
- 高柳信一 (TAKAYANAGI Shin'ichi) et 奥平康弘 (OKUDAIRA Yasuhiro). 現代憲法の諸相: 高柳信一先生古稀記念論集 (*Aspects de la Constitution moderne : Liber Amicorum pour le Professeur Shinichi Takayanagi*), 東京, 専修大学出版局, 1992.

- 高橋和之 (TAKAHASHI Kazuhi). 憲法判断の方法 (*Méthodes du jugeant constitutionnel*), Tōkyō, 有斐閣, 1995.
- 棚瀬孝雄 (TANASE Takao). 市民社会と法: 変容する日本と韓国 of 社会 (*La société civile et la loi: Transformer la société du Japon et de la Corée du Sud*), 京都市, ミネルヴァ書房, 2007.
- 戸松秀典 (TOMATSU Hidenori). 憲法訴訟 (*Procédure constitutionnelle*), 東京, 有斐閣, 2008.
- . 立法裁量論 (*Théorie de la discrétion législative*), 有斐閣, 1993.
- 戸波 江二 (TONAMI Koji). 地方公務員の法律全集 〈1〉 憲法 (*Compendium de droit à l'usage des agents publics locaux. 1. Constitution*), 新版, ぎょうせい, 1998.
- Takano, Mikihisa. *The theory of avoiding decision of constitutional issues: a comparative study of judicial self-restraint in American courts and Japanese courts*, Tokyo, Japan, Shinzansha, 1992.
- Tanaka Jiro. *Contours du droit administatif (gyōsei hō taii 行政法大意)*, Tōkyō 東京, Keisōshobō 勁草書房, 1950.
- texte, Académie de législation (Toulouse) *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, E Privat, 1906, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5743712b>>.
- Thomas, Roy. *Japan: The Blighted Blossom*, IBTauris, 1989.
- Topf, Mel A. *A Doubtful and Perilous Experiment: Advisory Opinions, State Constitutions, and Judicial Supremacy*, Oxford University Press, 2011.
- 辻村みよ子 (TSUJIMURA Miyuko) 『憲法 第3版』 Constitution, 3ème édition, 日本評論社 - 単行本 2008.
- Ueno, Mamiko. *Justice, constitution et droits fondamentaux au Japon*, Paris, LGDJ, 2010.
- Upham, Frank K. *Law and social change in postwar Japan*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1987.
- 浦部法穂 (URABE Noriho). 全訂憲法学教室 (*Ecoles de droit constitutionnel*), 2000.
- Visscher, Charles de. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, A Pedone, 1972.
- Wargo, Robert. *The logic of nothingness: a study of Nishida Kitarō*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2005.
- Watsuji, Tetsurō. *Watsuji Tetsuro's Rinrigaku: Ethics in Japan*, SUNY Press, 1996.
- White, G. Edward. *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2002.
- 横田喜三郎 (YOKOTA Kisaburō). 違憲審査 (*L'examen d'inconstitutionnalité*), 東京, 有斐閣, 1968.



---

## ARTICLES

- Abe, Shinzo et Jonathan Tepperman. « Japan Is Back: A Conversation With Shinzo Abe » (2013) 92:4 Foreign Affairs 2-8.
- Amy Brigham Boulris, Esq. « Ripeness and Exhaustion of Remedies Getting to the Merits » CLEI Taking,
- Auer, James. « Article Nine of Japan’s Constitution: From Renunciation of Armed Force “Forever” to the Third Largest Defense Budget in the World » (1990) 53:2 Law and Contemporary Problems 171-187.
- Black, Ryan C., Rachel A. Schutte et Timothy R. Johnson. « Trying to Get What You Want: Heresthetical Maneuvering and U.S. Supreme Court Decision Making » (2013) 66:4 Political Research Quarterly 819-830.
- Bolz, Herbert F. « Judicial Review in Japan » (1980) 4 Hastings Int’l & Comp L Rev 87.
- Brilmayer, Lea. « The Jurisprudence of Article III » [1979] Faculty Scholarship Series, en ligne : Faculty Scholarship Series <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2561](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2561)>.
- Brown, Rebecca L. « Accountability, Liberty, and the Constitution » (1998) 98:3 Columbia Law Review 531-579, DOI : 10.2307/1123423.
- Burmester, Henry. « The Presumption of Constitutionality » (1982) 13 Fed L Rev 277.
- Chayes, Abram. « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976) 89:7 Harvard Law Review 1281-1316, DOI : 10.2307/1340256.
- Chemerinsky, Erwin. « Substantive Due Process » (1999) 15 Touro Law Review 1501-1534.
- Chen, Benjamin Minhao et Zhiyu Li. « [25WashIntlLJ0087] Explaining Comparative Administrative Law: The Standing of Positive Political Theory » [2016] Explaining Comparative Administrative Law: The Standing of Positive Political Theory, en ligne : <<https://digital.lib.washington.edu:443/dspace-law/handle/1773.1/1534>>.
- Child, Barbara. « Trends in the United States Supreme Court’s Use of the Ripeness Doctrine in Free Speech and Association Cases: A Comparison with Canadian Trends » (1978) 10 Case W Res J Int’l L 415.
- Clark, Charles E. « Plea for the Unprincipled Decision, A » (1963) 49 Va L Rev 660.
- Croley, Steven. « The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law » (1995) 62:2 University of Chicago Law Review, en ligne : University of Chicago Law Review <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol62/iss2/4>>.
- Davis, Peggy C. « “There Is a Book out...”: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts » (1987) 100:7 Harvard Law Review 1539-1604, DOI : 10.2307/1341230.
- Dembitz, Nanette. « Beyond Any Discipline’s Competence » (1974) 83:6 The Yale Law Journal 1304-1313, DOI : 10.2307/795484.
- Diamond, Sidney. « Federal Jurisdiction to Decide Moot Cases » (1946) 94:2 University of Pennsylvania Law Review 125.
- Dodrill, Christopher S. « IN DEFENSE OF “FOOTNOTE FOUR”: A HISTORICAL ANALYSIS OF THE NEW DEAL’S EFFECT ON LAND REGULATION IN THE U.S. SUPREME COURT » (2009) 72:1 Law and Contemporary Problems 191-204.
- Dziubla, Robert. « The Impotent Sword of Japanese Justice: The Doctrine of Shobunsei as a Barrier to Administrative Litigation » (1985) 18:1 Cornell International Law Journal 37-62.
- 江橋崇 (EBASHI Takashi). « 立法事実論 (La doctrine du fait législatif) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 3, 2012, 69-91.
- Fisher, Robert A. « The Erosion of Japanese Pacifism: The Constitutionality of the 1997 U.S.-Japan Defense Guidelines » (1999) 32 Cornell Int’l LJ 393.
- Foote, Daniel H. « Judicial Creation of Norms in Japanese Labor Law: Activism in the Service of-Stability » (1995) 43 UCLA L Rev 635.

- . « Restrictions on Political Activity by Judges in Japan and the United States: The Cases of Judge Teranishi and Justice Sanders » (2009) 8:2 *Washington University Global Studies Law Review* 285-302.
- Frickey, Philip. « Transcending Transcendental Nonsense: Toward a New Realism in Federal Indian Law » [2005] *Connecticut Law Review* 649.
- Fukase, Tadakazu. « Le fonctionnement de la constitution japonaise de 1946 » (1959) 11:2 *Revue internationale de droit comparé* 365-382, DOI : 10.3406/ridc.1959.12036.
- Fukase, Tadakazu. « De quelques aspects particuliers et universels de la paix constitutionnelle japonaise » (1978) 30:4 *Revue internationale de droit comparé* 987-1008, DOI : 10.3406/ridc.1978.18363.
- . « Héritage et actualité de l'ancienne culture institutionnelle japonaise. (A propos de la Charte de dix sept articles du Prince Dauphin Shôtoku) » (1985) 37:4 *Revue internationale de droit comparé* 947-966, DOI : 10.3406/ridc.1985.2985.
- Fukase, Tadakazu et Centre français de Droit comparé. « Les juges et les grands choix politiques et administratifs de l'Etat en droit constitutionnel japonais » dans *Etudes de droit japonais*, Paris, Société de Législation comparée, 1999, 333-378.
- Golding, M. P. « Principled Judicial Decision-Making » (1963) 73:4 *Ethics* 247-254.
- Goodman, Carl F. « [26WashIntlLJ017] Contemplated Amendments to Japan's 1947 Constitution: A Return to Iye, Kokutai and the Meiji State » [2017] *Contemplated Amendments to Japan's 1947 Constitution: A Return to Iye, Kokutai and the Meiji State*, en ligne : <<https://digital.lib.washington.edu:443/dspace-law/handle/1773.1/1657>>.
- Gordon, David B. « Review of Watsuji Tetsuro's Rinrigaku: Ethics in Japan » (1999) 49:2 *Philosophy East and West* 216-218, DOI : 10.2307/1400208.
- Graber, Mark. « The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary » [1993] *Faculty Scholarship*, en ligne : *Faculty Scholarship* <[http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/518](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/518)>.
- Haley, John. O. « The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust (Chapitre 5) » dans *The Spirit of Japanese Law*, coll Athens, GA: University of Georgia Press, 1998, 90-122, en ligne : *The Spirit of Japanese Law* <<http://www.law.wustl.edu/harris/documents/2003-3HaleyJapaneseJudiciary.pdf>>.
- Hall, Matthew I. « The Partially Prudential Doctrine of Mootness » [2009], en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1265184](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265184)>.
- Hartnett, Edward A. « Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill » (2000) 100:7 *Columbia Law Review* 1643-1738, DOI : 10.2307/1123589.
- Henket, Maarten. « On the Logical Analysis of Judicial Decisions » (1992) 5:2 *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 153-164.
- Hessick, F. Andrew. « Rethinking the Presumption of Constitutionality » (2009) 85 *Notre Dame L Rev* 1447.
- Higuchi, Yoichi. « Difficultés actuelles et avenir des institutions japonaises (Quelques remarques sur la vie constitutionnelle au Japon) » (1976) 28:1 *Revue internationale de droit comparé* 5-22, DOI : 10.3406/ridc.1976.16582.
- . « Evolution récente du contrôle de la Constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946 » (1979) 31:1 *Revue internationale de droit comparé* 21-34, DOI : 10.3406/ridc.1979.3346.
- Itoh, Hiroshi. « Judicial review and judicial activism in Japan » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 169-179.
- . « The Role of Precedent at Japan's Supreme Court » (2011) 88:6 *Washington University Law Review* 1631-1667.

- 
- Kamata, Taisuke. « Adjudication and the Governing Process: Political Questions and Legislative Discretion » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 181–199.
- Karst, Kenneth L. « Legislative Facts in Constitutional Litigation » (1960) 1960 *Sup Ct Rev* 75-112.
- Kates, Don et William Barker. « Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory » (1974) 62:5 *California Law Review* 1385, DOI : doi:10.15779/Z38MN28.
- Kawagishi, Norikazu. « The birth of judicial review in Japan » (2007) 5:2 *Int J Constitutional Law* 308-331, DOI : 10.1093/icon/mom011.
- Kazuhiro, Hayashida et 林田和博. « Development of Election Law in Japan » (1967) 34:1 *Hosei kenkyu or Journal of law and politics* 51-104.
- 君塚正臣 (KIMIZUKA Masaomi) « Ripeness and Mootness Doctrine » (2016) 20:4 *横浜国際社会科学研究所* 299-314.
- Kitamura Ichiro et Centre français de Droit comparé. « Une esquisse psychanalytique de l’homme juridique au Japon » dans *Etudes de droit japonais*, Paris, Société de Législation comparée, 1999, 25-61.
- Klarman, Michael J. « Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem » (1996) 85 *Geo LJ* 491.
- Kmiec, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 *Calif. L. Rev.* 1441 (2004)
- Kronman, Anthony T. « Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence » (1985) 94:7 *The Yale Law Journal* 1567–1616.
- Lavelle, Pierre. « Nishida Kitarô, l’école de Kyoto et l’ultra-nationalisme » (1994) 92:4 *Revue Philosophique de Louvain* 430-458.
- Lawson, Carol et Simon Thornley. « Translation: “Perceptions of the Current State of the Japanese Legal System”; Interview with Koji Sato, Chairman of Japan’s Judicial Reform Council » (2002) 4:1 *Australian Journal of Asian Law* 76.
- Lee, Evan. « Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness » [1992] *Harvard Law Review* 603.
- Leuchtenburg, William E. « The Origins of Franklin D. Roosevelt’s “Court-Packing” Plan » (1966) 1966 *The Supreme Court Review* 347-400, DOI : 10.2307/3108746.
- Lewans, Matthew. « Pragmatism and judicial restraint » (2015) vol.1:1 *Athens Journal of Law* 9.
- 林孟楠 (Lin Meng-Nan). « Le jugement déclaratoire dans le contrôle judiciaire de l’action administrative (6) : Comparaison entre la Japon et Taiwan 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(6) : 台湾と日本との比較研究を通じて » (2015) 261 *名古屋大學法政論集* 153-193, DOI : info:doi/10.18999/nujlp.261.6.
- Luney, Percy R. « The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 135–162.
- Lyman, R. Jeffrey. « Finality ripeness in federal land use cases from "Hamilton Bank to Lucas" » (1993) 9:1 *Journal of Land Use & Environmental Law* 101-129.
- MacNaughton, Jenna. « Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune » (2001) 3:2 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 750.
- Madsen, Sandra. « The Japanese Constitution and Self-Defense Forces: Prospects for a New Japanese Military Role » (1993) 3 *Transnat’l L & Contemp Probs* 549.
- Magnet, Joseph. « The Presumption of Constitutionality » (1980) 18:1 *Osgoode Hall Law Journal* 87-145.
- Maki, John. « The Constitution of Japan: Pacifism, Popular Sovereignty, and Fundamental Human Rights » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 73-87.
- Mank, Bradford. « Is Prudential Standing Jurisdictional? » (2013) 64:2 *Case Western Reserve Law Review* 413.

- 
- 松井茂記 (MATSUI Shigenori). « A comment upon the role of judiciary in Japan » 35 Osaka University Law Review p.17-p.28.
- Miyashita, Akitoshi. « Where do norms come from? Foundations of Japan's postwar pacifism » (2007) 7:1 Int Relat Asia Pac 99-120, DOI : 10.1093/irap/lci135.
- Morales, Vera. « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle » [2005] VIe Congrès français de droit constitutionnel - Montpellier, en ligne : VIe Congrès français de droit constitutionnel - Montpellier <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00097087>>.
- Murchison, Brian C. « ON RIPENESS AND "PRAGMATISM" IN ADMINISTRATIVE LAW » (1989) 41:2 Administrative Law Review 159-200.
- 向井久了 (MUKAI Naganori). « 合憲性推定の原則 (Le principe d'estimation constitutionnelle) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 2, 2012, 37-66.
- 中谷 実 (NAKATANI Minoru). « 米国における経済政策をめぐる司法消極主義と積極主義 : 積極国家・福祉国家と最高裁 (Judicial Passivism and Activism concerning Economic Policy) » in the U.S. : Positive State, Welfare State and the Supreme Court) » (1981) 31 Memoirs of the Faculty of Education, Shiga University Cultural science, social science and educational science 47-100.
- Newman, Ralph A. « La nature de l'équité en « droit civil » » (1964) 16:2 Revue internationale de droit comparé 289-295, DOI : 10.3406/ridc.1964.13936.
- Nichol, Gene R. « Ripeness and the Constitution » (1987) 54:1 The University of Chicago Law Review 153-183, DOI : 10.2307/1599717.
- Nishihara, Hiroshi. « Judicial Control Over Social State Activities in Japan and Meaning of Equality Rights » [2015], en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2801699](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801699)>.
- 野中俊彦 (NONAKA Toshihiko). « 判決の効力 (L'effet du jugement) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 3, 2012, 109-138.
- . « 立法裁量論 (La doctrine de la discrétion législative) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 2, 2012, 93-123.
- 野坂泰司 (NOSAKA Yasuji). « 訴えの利益とムートネスの法理 (L'intérêt à agir et le principe de mootness) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 1, 2012, 283-319
- Oldfather, Chad M., Defining Judicial Inactivism: Models of Adjudication and the Duty to Decide. Georgetown Law Journal, Vol. 94, p. 121, 2005; Marquette Law School Legal Studies Paper No. 06-08. <https://ssrn.com/abstract=877002>
- Osuka, Akira. « Welfare Rights » (1990) 53:2 Law and Contemporary Problems 13-28.
- Overstreet, Gregory. « The ripeness doctrine of the takin clause : a survey of decisions showing just how far federa l courts will go to avoid adjudating land use cases » (1994) 10:1 Journal of Land Use & Environmental Law 91-126.
- Panton, Michael A. « Politics, Practice and Pacifism: Revisiting Article 9 of the Japanese Constitution » (2009) 11 APLPJ 163.
- Polityka, Thomas. « From Poe to Roe: A Bickelian View of the Abortion Decision—Its Timing and Principle » (1974) 53 Neb L Rev 31.
- Port, Kenneth L. « Article 9 of the Japanese Constitution and the Rule of Law » (2005) 13 Cardozo J Int'l & Comp L 127.
- Posner, Richard A. "The Meaning of Judicial Self-Restraint," 59 Indiana Law Journal 1 (1983).
- Ramseyer, J. Mark. « Doctrines and Rents in Japan: A Comment on Professors Osuka and Nakamura » (1990) 53:2 Law and Contemporary Problems 29-33.

- Ramseyer, J. Mark et Eric B. Rasmusen. « Why is the Japanese Conviction Rate so High? » (2001) 30:1 *The Journal of Legal Studies* 53-88, DOI : 10.1086/468111.
- Rohr, Marc. « Fighting for the Rights of Others: The Troubled Law of Third-Party Standing and Mootness in the Federal Courts » (1981) 35:3 *University of Miami Law Review* 393.
- Sasanuma, Hiroshi. « Section 5. La justiciabilité des droits sociaux au Japon » [2012] 1 *La Revue des droits de l'homme Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 194-210, DOI : 10.4000/revdh.133.
- Satoh, Jun-ichi. « Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight » (2008) 41:2 *Loyola of Los Angeles Law Review* 603.
- Seagle, William. « Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End » (1945) 13:1 *University of Chicago Law Review*, en ligne : *University of Chicago Law Review* <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol13/iss1/4>>.
- Sissons, D. C. S. « The Pacifist Clause of the Japanese Constitution: Legal and Political Problems of Rearmament » (1961) 37:1 *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)* 45-59, DOI : 10.2307/2611498.
- Steiner, Eva. « Codification in England: The Need to Move from an Ideological to a Functional Approach—A Bridge too Far? » (2004) 25:3 *Statute Law Rev* 209-222, DOI : 10.1093/slr/25.3.209.
- Sunstein, Cass. « Standing and the Privatization of Public Law » [1988] *Columbia Law Review* 1432.
- Sunstein, Cass R. « What's Standing After Lujan? Of Citizen Suits,» Injuries,» and Article III » (1992) 91:2 *Michigan Law Review* 163–236.
- Thayer, James B. « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law » (1893) 7:3 *Harvard Law Review* 129-156, DOI : 10.2307/1322284.
- Tremblay, Jacinthe. « Néantisation et relationalité chez NISHIDA Kitarô et WATSUJI Tetsurô » (1996) 4:2 *theologi* 63-82, DOI : 10.7202/602440ar.
- Urabe, Noriho. « Rule of Law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan » (1990) 53:1 *Law and Contemporary Problems* 61-72.
- Wechsler, Herbert. « Toward Neutral Principles of Constitutional Law » (1959) 73:1 *Harvard Law Review* 1-35, DOI : 10.2307/1337945.
- Weiss, Gunther. « The Enchantment of Codification in the Common-Law World » (2000) 25:2 *Yale Journal of International Law*, en ligne : *Yale Journal of International Law* <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol25/iss2/8>>.
- Winter, Steven L. « The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance » (1987) 40 *Stan L Rev* 1371.
- . « Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law » (1989) 137:4 *University of Pennsylvania Law Review* 1105-1237, DOI : 10.2307/3312131.
- Xinbo, Wu. « The end of the silver lining: A Chinese view of the U.S.-Japanese alliance » (2005) 29:1 *The Washington Quarterly* 117-130, DOI : 10.1162/016366005774859715.
- Elliott, Heather. *Congress's Inability to Solve Standing Problems*, SSRN Scholarly Paper, ID 1640157, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2010, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1640157>>.
- Evan Tsen Lee & Josephine Mason Elli. « THE STANDING DOCTRINE'S DIRTY LITTLE SECRET », en ligne : *Northwestern University Law Review* <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1084&context=nulr>>.

- Friedman, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, SSRN Scholarly Paper, ID 60449, Rochester, NY, Social Science Research Network, 1998, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=60449>>.
- . *Reconstruction's Political Court: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two*, SSRN Scholarly Paper, ID 312023, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2002, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=312023>>.
- . *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, SSRN Scholarly Paper, ID 242233, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2000, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=242233>>.
- . *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, SSRN Scholarly Paper, ID 213789, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2000, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=213789>>.
- Hessick, F. Andrew. *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, SSRN Scholarly Paper, ID 1001985, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1001985>>.
- Mank, Bradford C. *Prudential Standing Doctrine Abolished or Waiting for a Comeback?: Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, SSRN Scholarly Paper, ID 2570829, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2570829>>.
- Nasu, Hitoshi. *Article 9 of the Japanese Constitution: Revisited in the Light of International Law*, SSRN Scholarly Paper, ID 1402405, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1402405>>.
- Siegel, Stephen A. *Justice Holmes, Buck V. Bell, and the History of Equal Protection*, SSRN Scholarly Paper, ID 936698, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2006, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=936698>>.
- Spinak, Jane M. *When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate*, SSRN Scholarly Paper, ID 1030575, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=1030575>>.
- Tsuji, Yuichiro. *Independence of the Judiciary and Judges in Japan*, SSRN Scholarly Paper, ID 2987673, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2011, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2987673>>.
- Woolhandler, Ann et Caleb Nelson. *Does History Defeat Standing Doctrine?*, SSRN Scholarly Paper, ID 537403, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2004, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=537403>>.
- 横田耕一 (YOKOTA Koichi). « 合理性の基準 (Le critère de rationalité) » dans 講座憲法訴訟 (*Cours de contentieux constitutionnel*), 3, 2012, 161-196.

## Notes collectives

- « The Presumption of Constitutionality » (1931) 31:7 Columbia Law Review 1136-1148, DOI : 10.2307/1115339.
- « Alternatives to “Parental Right” in Child Custody Disputes Involving Third Parties » (1963) 73:1 The Yale Law Journal 151-170, DOI : 10.2307/794597.
- « Mootness and Ripeness: The Postman Always Rings Twice » (1965) 65:5 Columbia Law Review 867-879, DOI : 10.2307/1120749.
- « Federal Courts: Inquiry into the Merits of a Moot Dispute » (1966) 66:7 Columbia Law Review 1364-1370, DOI : 10.2307/1120990.
- « The Mootness Doctrine in the Supreme Court » (1974) 88:2 Harvard Law Review 373-395, DOI : 10.2307/1340270.



# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
SECTION 1 - Points de vue de la commission sur la constitution de la Chambre des représentants japonaise .....	3
SECTION 2 - Points de vue de la doctrine japonaise sur la prudence du juge.....	8
§1 Critère quantitatif : nombre de décisions du juge .....	8
§1 Critère qualitatif : type de décisions .....	10
§2 Le critère technique .....	14
SECTION 3 - Choix du critère technique .....	17
a. Justification du critère.....	17
b. Conséquences de ce choix .....	18
<b>PARTIE 1. LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR JUDICIAIRE</b> .....	<b>23</b>
<b>TITRE 1 – LA JUDICIARITE OU LE DROIT DE JUGER</b> .....	<b>25</b>
CHAPITRE 1 – LE CONTEXTE JURIDIQUE JAPONAIS : LE ROLE HISTORIQUEMENT LIMITE DU JUGE.....	27
SECTION 1 - La lente juridicisation du droit japonais .....	28
§1 Conceptions du procès japonais .....	28
a. Procès <i>ἀγών</i> ou 訴え .....	28
b. Le choix initial d'un modèle de Droit romaniste .....	29
§2 L'absence de possibilité de juger en équité.....	32
a. Juger en droit ou en équité .....	32
b. L'absence de l'équité .....	33
§3 La particularité du droit administratif non judiciaire .....	34
a. La dualité de l'ordre juridictionnel .....	34
b. Principe du recours gracieux préalable (不服申立前置主義).....	35
c. Principe du subscriptionisme (列記主義).....	35
§4 La judiciarisation du droit administratif : le rôle positif et négatif du Constituant et du Législateur .....	36
a. Droit administratif et unité de juridiction.....	36
b. Principe du libre choix (自由選択主義) .....	36
c. Le principe du généralisme (Gaikatsu shugi 概括主義).....	37
SECTION 2 - Doctrines publicistes, privatistes et constitutionnelles depuis Meiji à la fin de la seconde guerre mondiale.....	39
§1 Doctrines publicistes de la légitimité .....	39
a. Doctrine de l'école absolutiste du Kokutai (国体) .....	39
b. Doctrine de l'école libérale de l'Empereur organe de l'Etat (天皇機関説) .....	40
c. Doctrine de la révolution d'Août de Miyazawa Toshiyoshi (1899-1976) .....	42
§2 Doctrines privatistes de l'interprétation .....	44
a. Doctrine de l'école japonaise de la jurisprudence des concepts. ....	44
b. Doctrine de l'école de la libre recherche scientifique : entre créativité et abus du pouvoir discrétionnaire du juge .....	45
§3 Doctrines constitutionnelles depuis 1947 à nos jours .....	46
a. La Constitution de 1947 sous l'angle de la doctrine des libertés publiques.....	46
i. Le principe de démocratie.....	46
ii. Le principe de l'individualisme.....	48
iii. Le principe du pacifisme.....	50
iv. Les principes de libéralisme et d'Etat-Providence .....	51
v. Le principe de laïcité .....	52
b. Point d'étape après 70 ans d'interprétation constitutionnelle .....	53
i. Droits individuels ou collectifs .....	53
ii. Les clauses fondamentales .....	53
iii. Valeur substantielle des droits fondamentaux japonais .....	56
iv. Justification et analyse de la typologie sous l'angle de la philosophie politique et de la théorie du droit .....	60



CHAPITRE 2 – L’ATTRIBUTION DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA CONSTITUTION DE 1947 (司法権の帰属).....	61
SECTION 1 - La juridiction des cours (司法権の裁判所への帰属).....	62
§1 La clause de juridiction.....	62
a. Dispositions constitutionnelles.....	62
b. Dispositions quasi-constitutionnelles de la Loi d’organisation des cours.....	63
c. Dispositions législatives.....	65
§2 Les grands choix de la Cour suprême japonaise.....	67
a. Pendant l’occupation américaine.....	67
b. La période de transition.....	69
SECTION 2 - Les garanties du pouvoir judiciaire.....	72
§1 Dispositions constitutionnelles et législatives.....	72
a. Indépendance, nomination et fin ordinaire du mandat du juge.....	72
b. Procédure disciplinaire.....	73
§2 Points de vue de la doctrine et du juge.....	74
§3 Caractéristiques du juge japonais.....	77
CHAPITRE 3 - LES LIMITES DU POUVOIR JUDICIAIRE (司法権の限界).....	78
SECTION 1 - La doctrine du problème politique (統治行為論).....	80
§1 Prudence judiciaire envers les actes politiques du Gouvernement ou du Parlement (統治行為).....	80
§2 Le juge face aux conflits entre parlement et gouvernement : les affaires de la dissolution de la chambre des représentants (衆議院解散無効確認請求).....	81
a. L’affaire Tomabechi I (1953).....	82
b. L’affaire Tomabechi II (1960).....	82
SECTION 2 - La théorie de la société divisée (bubun shakai riron 部分社会の法理).....	85
§1 La naissance de la théorie de la société divisée au Japon.....	85
a. L’affaire Yonaiyama (米内山事件).....	86
b. Conséquences jurisprudentielles directes de la décision.....	90
c. Analyse de la décision par rapport à l’évolution de la procédure administrative.....	92
§2 L’influence de la théorie de la société divisée sur l’autonomie des autres entités.....	93
a. L’autonomie des partis politiques et des militants.....	93
b. L’autonomie des entreprises publiques et privées dans leurs rapports avec les syndicats et les travailleurs.....	96
c. L’autonomie de l’université, des enseignants et étudiants.....	98
i. Autonomie totale de l’administration dans le primaire et le secondaire.....	99
ii. Autonomie de l’université : franchise universitaire limitée.....	100
d. L’autonomie des entités religieuses et des croyants.....	103
Conclusion du titre : la séparation des pouvoir face a l’Etat de droit.....	106
<b>TITRE 2 – LA JUSTICIABILITE OU LE DROIT DE POURSUIVRE.....</b>	<b>109</b>
CHAPITRE 1 - CRITERES LEGISLATIFS DU DROIT DE POURSUIVRE.....	111
SECTION 1 - Les actions subjectives civiles.....	112
SECTION 2 - Les actions specifiquement administratives.....	115
§1 Remarques générales.....	115
§2 Liste des actions administratives.....	117
a. Les actions kōkoku (抗告訴訟).....	117
i. Le contrôle de l’acte administratif ou recours pour excès de pouvoir ( <i>Torikeshi soshō</i> 取消訴訟).....	117
ii. La demande en déclaration de nullité ( <i>Mukō-tō kakunin no uttae</i> 無効等確認の訴え).....	117
iii. La demande en déclaration en illégalité pour inaction ( <i>Fusakui no ihō kakunin no uttae</i> 不作為の違法確認の訴え).....	117
iv. La demande en injonction à ne pas agir ( <i>Sashidome no uttae</i> 差止めの訴え).....	118
v. La demande en injonction d’agir ( <i>Yōmu tsukae no uttae</i> 義務付けの訴え).....	118
vi. La demande en indemnisation d’Etat ( <i>Songai baishō seikyū</i> 損害賠償請求).....	119
b. Les actions de droit public (« party suits » 当事者訴訟).....	119
c. Les actions en contentieux objectif (客觀訴訟).....	120
i. Les recours citoyens (民衆訴訟).....	120

ii.	Les recours inter-agences (機関訴訟)	120
<b>CHAPITRE 2 - LES DOCTRINES DU DROIT DE POURSUIVRE JAPONAISES : l'EXEMPLE ADMINISTRATIF</b>		
	SECTION 1 - Le triptyque Shobunsei-Uttae no rieki-Seijukusei	122
§1	Le shobunsei, ou la doctrine de la nature de l'acte administratif	122
a.	Définitions	122
b.	Jurisprudence	123
§2	L'uttæ no rieki et la théorie de l'intérêt légalement protégé (法律上保護された利益説)	125
a.	Intérêt légalement protégé ou intérêt à protéger légalement	125
b.	Le test du champ de protection ( <i>Hogo han'i yōken</i> 保護範囲要件)	125
c.	Le critère de la protection individuelle (個別保護要件)	127
d.	Le critère du désavantage (不利益要件)	130
§3	Seijukusei, la doctrine de la maturité de la demande	131
a.	Origine et définition	131
b.	Jurisprudence japonaise	133
	SECTION 2 - La Mootness	135
§1	Mootness américaine	135
a.	Principe	135
b.	Exception	135
§2	Jurisprudence japonaise	137
	SECTION 3 – Elements de comparaison des concepts américains et japonais	141
§1	Conceptions américaines	144
a.	Origine de la notion de litige	144
b.	Le test de l' « Injury of legal right »	147
c.	Le test de l'injury of fact de Douglas	148
d.	La fermeture à l'abstraction par la Cour Burger	150
§2	Conceptions japonaises du litige juridique	151
a.	La doctrine de la limitation du concept de pouvoir judiciaire	151
b.	L'extension du concept de pouvoir judiciaire	152
c.	Les synthèses de Minamino et de Satoh	153

**PARTIE 2 – LA PRUDENCE DU JUGE DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTROLER LA CONSTITUTIONNALITE** .....157

**TITRE 1 – CONCEPTIONS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE** .....159

**CHAPITRE 1 – LE DROIT DE JUGER DE LA CONSTITUTIONNALITE** ..... 161

**SECTION 1 - L'objet du contrôle de constitutionnalité** ..... 162

§1 Les doctrines du double fondement et de l'interprétation restrictive de la norme ..... 162

    a. La doctrine du double fondement ..... 162

    b. La doctrine de l'interprétation restrictive de la norme ..... 163

§2 Le standard juridique ..... 165

    a. Un objet étendu aux standards juridiques ..... 165

    b. Le refus de prendre en compte les actes de droit privé de l'Etat..... 166

§ 3 Inconstitutionnalité de l'acte ou de l'application de l'acte (法令違憲 /適用違憲)..... 168

    a. Terminologie..... 168

    b. Jurisprudence ..... 169

**SECTION 2 - Formules et effets du jugement** ..... 172

§1 L'effet du jugement (判決の効力)..... 172

    a. Le cadre procédural du jeu entre juges du fond, Cour suprême et législateur ..... 172

    b. Règles doctrinales : l'effet individuel, général et du mandat légal de la décision ..... 173

§2 Inconstitutionnalité partielle (可分性の法理) ..... 177

    a. L'affaire de l'Acte sur la Poste du 11 septembre 2002 ..... 177

    b. L'affaire de l'acte sur la Nationalité du 4 juin 2008 (国籍法事件)..... 179

§3 La doctrine de la sentence de circonstance ..... 180

**CHAPITRE 2 - LE DROIT DE POURSUIVRE DANS LE PROCES EN CONSTITUTIONNALITE** .... 185

**SECTION 1 - La doctrine de l'application indirecte des droits fondamentaux (間接適用説)..... 186**

§1 L'affaire Mitsubishijushi : l'opposition des juges du fond et de la Cour suprême ..... 186

§2 Points de vue de la doctrine ..... 189

SECTION 2 - L'éligibilité des recours fondés sur les droits constitutionnels d'un tiers (第三者の憲法上の権利の援用) .....	192
§ 1 La tierce partie spécifique (特定の第三者) .....	192
a. Décisions de confiscation de biens de contrebande .....	192
b. Décisions relatives à la liberté de conscience. ....	195
§ 2 La tierce partie non spécifique .....	197
<b>TITRE 2 - DOCTRINES DU JUGEMENT ET DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE .....</b>	<b>203</b>
<b>CHAPITRE 1 – LA THEORIE DU JUGEMENT CONSTITUTIONNEL (憲法判断).....</b>	<b>205</b>
SECTION 1 - Le principe de la présomption de constitutionnalité .....	206
§ 1 Conceptions du principe de présomption de constitutionnalité.....	207
§ 2 Avantages du principe de passivisme .....	210
a. Remarques préliminaires .....	210
b. Arguments en faveur du passivisme et de la présomption .....	211
§ 3 Contenu du principe et lien avec la doctrine du fait législatif.....	213
SECTION 2 - La doctrine du fait législatif (立法事実) .....	215
§ 1 Typologie des faits du contentieux constitutionnel.....	215
a. Les faits adjudicatifs .....	215
b. Les faits législatifs .....	216
c. Les faits constitutionnels.....	219
§ 2 La prise en compte des faits législatifs .....	220
SECTION 3 - La discrétion législative (立法裁量論).....	222
§ 1 Définition de la discrétion législative .....	222
§ 2 La discrétion législative large (広い立法裁量) .....	224
§ 3 La discrétion législative étroite (狭い立法裁量) .....	229
SECTION 4 - La discrétion administrative.....	231
§ 1 Discrétion administrative large : le cas spécial des étrangers .....	231
§ 2 Discrétion administrative limitée : le contentieux lié à la liberté religieuse et au principe de laïcité .....	232
SECTION 5 - La doctrine de l'inaction législative (立法の不作为) .....	237
§ 1 Les conditions substantielles de l'inaction législative (立法の不作为の実体法上の問題) .....	237
a. L'obligation législative .....	237
b. La période de grâce.....	238
§ 2 Conditions procédurales de l'inaction législative (立法の不作为の訴訟法上).....	240
a. Par voie contentieuse subjective .....	240
b. Par voie contentieuse objective.....	241
<b>CHAPITRE 2 - LES STANDARDS DE L'EXAMEN DE CONSTITUTIONNALITE .....</b>	<b>243</b>
SECTION 1 - Double standard (二重の基準論) .....	246
§ 1 Le contexte japonais de la restriction des droits constitutionnels .....	246
a. Notions cadres .....	246
b. Ebauche de « double standard » à la japonaise .....	249
§ 2 Double standard ou standard unique : exemple des positions de Ito et Ashibe.....	250
§ 3 Usage de la doctrine par la Cour suprême .....	253
SECTION 2 - Le standard de rationalité (合理性の基準) .....	257
§ 1 Les tests .....	257
a. Le test de la relation de rationalité (合理性の基準).....	257
b. Le test de la rigoureuse rationalité (厳格な合理性の基準).....	258
c. Le test de l'examen strict (厳格な審査基準).....	261
§ 2 Analyse historique de l'évolution jurisprudentielle relative à la clause d'égalité .....	262
<b>CONCLUSION DE LA THESE .....</b>	<b>267</b>
<b>JURISPRUDENCE .....</b>	<b>271</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>283</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>294</b>





Qu'est ce que la *prudence* du juge ? La question n'est pas nouvelle, mais les auteurs s'intéressent plus souvent aux raisons de la prudence (le pourquoi) qu'à la manière de cette prudence (le comment). Dans cette recherche, nous optons pour la seconde approche : la prudence est un ensemble de techniques utilisées par le juge.

Quelles sont ces techniques, ces doctrines de prudence ? Certaines comme la *société divisée* ou la *question politique*, mettent à mal l'idée même de pouvoir judiciaire. D'autres comme le *litige juridique* ou la *disposabilité*, empêchent l'accès au tribunal. Et dans le procès de la norme si particulier qu'est le contrôle de constitutionnalité, certaines permettent au juge d'éviter la question qui lui est posée, d'éviter de regarder le texte de loi que l'on lui demande de sanctionner, et surtout d'éviter de regarder la Constitution.

Nous présenterons ces doctrines et leurs origines diverses. Elles sont américaines, allemandes françaises et pour les plus créatives d'entre elles, japonaises. Si le juge japonais est considéré comme l'un des plus prudent du monde pour n'avoir en soixante ans procédé qu'à une dizaine de déclaration d'inconstitutionnalité conduisant à l'annulation de la norme, si 90% des contentieux administratifs se soldent par une victoire de l'Etat, la raison et la manière se trouvent dans ces doctrines.

What is the judge's *prudence*? The question is not new, but the authors are more interested in the reasons of prudence (the why) than in the way of this prudence (the how). In this research, we opt for the second approach: prudence is a set of techniques used by the judge.

What are these techniques, these doctrines of prudence? Some, such as *divided society* or *political issues*, undermine the very idea of the judiciary. Others, such as *legal interest* or *disposability*, prevent access to court. And in the particular *lawsuit of the norm* that is the control of constitutionality, some allow the judge to avoid the question put to him, to avoid looking at the text of law that one asks him to sanction, and especially to avoid looking at the Constitution.

We will present these doctrines and their diverse origins. They are American, German, French and for the most creative of them, Japanese. If the Japanese judge is considered one of the most cautious in the world to have strike down in only 60 years a handful of statutes, if 90% of the administrative disputes result in a victory of the State, reason and manner are found in these doctrines.