

Sur les projets récents de la création d'une cour constitutionnelle au Japon

Hajime YAMAMOTO

Professeur à l'Université de Tohoku (Séndaï, JAPON)

Introduction

Le grand spécialiste regretté de la justice constitutionnelle comparée, Louis Favoreu, ouvre son livre intitulé *Les Cours Constitutionnelles*¹ sur ce propos :

« Le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XX^e siècle. On ne conçoit plus aujourd'hui de système constitutionnel qui ne fasse place à cette institution et, en Europe, toutes les nouvelles Constitutions ont prévu l'existence d'une Cour constitutionnelle. »

Après la défaite militaire de la Seconde Guerre Mondiale en 1945, le Japon a été radicalement libéralisé ainsi que démocratisé par la puissance occupante américaine malgré l'intention conservatrice du gouvernement de cette époque. Avec pour conséquence l'établissement, en 1946, d'une nouvelle constitution, qui est encore à l'heure actuelle – et en l'absence de toute révision – la Loi suprême de la société japonaise. Sous très forte influence du droit américain, cette Loi Fondamentale adopta le système du contrôle de la constitutionnalité des lois pour la première fois au Japon avec l'introduction d'un système de type américain, celui du *judicial review*. Il s'agissait d'une première importation du produit institutionnel concernant la justice constitutionnelle.

Néanmoins, après environ 60 ans d'expérience, la passivité du pouvoir judiciaire, surtout celle de la Cour Suprême, pour déclarer l'inconstitutionnalité d'un acte de l'État, saute aux yeux. Il en résulte que, depuis les années 90, afin de changer la situation actuelle de la justice constitutionnelle ainsi que pour l'activer, des propositions de création d'une cour constitutionnelle de type européen furent présentées aussi bien par des partis politiques, des personnalités politiques que par la presse.

On parle ainsi maintenant de projets d'une deuxième importation d'un produit institutionnel. La vague européenne pour l'établissement d'une Cour constitutionnelle atteindra-t-elle le pays du Soleil-Levant après l'échec ou l'inadaptation du système américain ?

Dans cette communication, nous nous proposons de clarifier la signification et les problématiques de ce phénomène de point de vue juridico-politique.

I Environ 60 ans d'expérience de la justice constitutionnelle au Japon : Les raisons de la passivité de la Cour suprême

1. Le système actuel du pouvoir judiciaire et du contrôle de la constitutionnalité des lois

Suivant la Loi sur les tribunaux, il existe en principe une hiérarchie des instances à trois degrés : La Cour Suprême, huit Cours d'appel, et les tribunaux locaux au niveau des départements. La Cour Suprême est composée de quatorze juges et d'un président. Leur nomination doit être confirmée par les citoyens lors des premières élections générales des députés, puis tous les dix ans. Le président, nommé par l'Empereur sur désignation du Cabinet, est le chef de l'organisation judiciaire. Il est selon le protocole au même rang que le Premier ministre. L'indépendance des juges est soigneusement assurée par la Constitution².

La Constitution adopte un système de juridiction unique sans distinguer entre le judiciaire et l'administratif à la différence du système juridique continental européen. Aucun contentieux ne peut échapper à la Cour suprême (article 76). Ainsi, les affaires civiles, pénales et administratives sont susceptibles de faire l'objet de recours devant elle.

¹ Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 3^e édition, PUF, p. 3.

² L'alinéa 2 de l'article 77 de la Constitution stipule que, « tous les juges se prononcent librement en leur âme et conscience et sont tenus d'observer exclusivement la Constitution et les lois ». L'article 78 dispose 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 les juges ne peut être entreprise par un organe ou un service dépendant de l'exécutif ».

L'article 98 de la Constitution stipule, « la présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi.....contraire aux dispositions y afférant, n'aura force de loi ou validité. » Cette idée a conduit les constituants japonais à introduire le système du contrôle judiciaire de la constitutionnalité : l'article 81 stipule que, « la Cour suprême est une cour de dernier ressort qui est compétente pour décider de la constitutionnalité de tous les actes ». De plus, la Haute Instance a précisé, dans ses arrêts rendus le 8 juillet 1948 et le 8 octobre 1952, que sous le système juridique actuel, elle ne pouvait être saisie que par voie d'exception dans un litige concret. L'article 81 doit, dit-elle, s'analyser en effet selon l'interprétation de la Constitution américaine sur le contrôle de constitutionnalité, en dépit des doctrines dissidentes³. Nous avons donc un système décentralisé, ou non monopolisé, dans lequel tous les juges ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, alors qu'en France, par exemple, il n'appartient qu'à un organisme unique, le Conseil constitutionnel.

Ainsi, la Cour suprême a nié sa compétence pour statuer sur la constitutionnalité des actes de l'État d'une manière « abstraite » et a établi nettement un système de « *judicial review* » à l'américaine. L'influence du droit américain est frappante : par exemple, dans un arrêt de la Cour suprême, en plus de l'opinion de la Cour, « les opinions dissidentes » et « les opinions supplémentaires » peuvent être ajoutées.

En conséquence, le système japonais de contrôle de la constitutionnalité des lois a beaucoup de points communs avec le système américain. Mais, bien entendu, cela ne signifie pas que les deux fonctionnent de la même manière. Sur le nouveau continent, la jurisprudence constitutionnelle constitue un des sujets les plus importants du débat politique et social, ce qui n'est pas encore le cas au Japon.

Ainsi, nous nous proposons de caractériser le contrôle de la constitutionnalité des lois « à la japonaise » en examinant sa jurisprudence.

2. Le fonctionnement réel du contrôle de la constitutionnalité des lois au Japon : la passivité de la Cour suprême japonaise

Quel est le fonctionnement réel du contrôle de constitutionnalité des lois au Japon⁴ ? Nous relèverons tout d'abord la passivité évidente de la Cour Suprême pour déclarer l'inconstitutionnalité d'un acte de l'État. La critique de la doctrine ainsi que de l'opinion publique s'adresse principalement au fait qu'elle n'assume pas un rôle vraiment digne de gardien de la Constitution, et notamment des droits fondamentaux. Nous allons analyser les causes de cette passivité discutabile.

Jusqu'à présent, depuis environ 60 ans, la Cour Suprême japonaise n'a rendu que six arrêts d'inconstitutionnalité. Le premier arrêt concerne un article du Code pénal punissant le parricide beaucoup plus sévèrement qu'un meurtre ordinaire (arrêt du 4 avril 1973); le deuxième concerne un article de la loi sur les pharmacies, exigeant une certaine distance entre les pharmacies déjà ouvertes et les nouvelles (arrêt du 30 avril 1975); le troisième concerne des dispositions de la loi électorale, par rapport au principe de l'égalité devant la loi, qui ont laissé se produire, pour les élections de la Chambre des députés de 1972, un décalage de 1 à 5 pour la valeur réelle d'une voix entre les circonscriptions les plus favorisées et les plus défavorisées, (arrêt du 14 avril 1976); le quatrième concerne toujours la loi électorale produisant un déséquilibre atteignant cette fois-ci, 1 pour 4,4 dans la distribution des sièges de députés (arrêt du 17 juillet 1985); le cinquième concerne une disposition de la loi forestière interdisant la demande de partage de la part d'un ou des copropriétaires dont la part ne dépasse pas la moitié de la valeur du domaine intéressé, déclarée contraire à l'article 29 de la Constitution qui garanti le droit de propriété (le 22 avril 1987); enfin, le sixième arrêt concerne une disposition de la loi sur la Poste qui a exempté une obligation de la responsabilité de l'État dans des certains cas de traitement des courriers.

Analysons ces décisions constitutionnelles. Tout d'abord, il faut constater qu'il n'y a aucun arrêt d'inconstitutionnalité qui ait annulé une loi restreignant une des libertés de l'esprit dont la Constitution contient pourtant de riches dispositions. Ni l'arrêt sur la loi forestière, ni celui sur la loi sur la Poste n'ont une grande importance pour la société japonaise. Ensuite, en ce qui concerne l'article sur le parricide, il est tout à fait clair que sa sévérité aggravée ne se conforme pas du tout à l'individualisme de la Constitution. Car cet article du code pénal confirme le système patriarcal traditionnel. Enfin, pour les deux arrêts sur la loi électorale, si la Cour suprême n'avait pas réagi, elle aurait été logiquement critiquée pour ne pas avoir respecté les principes de la démocratie représentative moderne. D'ailleurs, elle s'est bornée à déclarer l'illégalité de la loi électorale pour ne pas annuler les élections en cause. Quant à l'arrêt concernant la loi sur les pharmacies, son effet est plutôt de nier un arrêt précédent jugeant constitutionnelle l'exigence d'une certaine distance dans la loi sur le bain public (arrêt du 26

³ On ne peut pas nier une autre lecture possible de l'arrêt de 1952 par laquelle la Cour suprême se reconnaîtrait compétente pour contrôler abstraitement les lois s'il existait une loi parlementaire lui donnant un tel pouvoir.

⁴ Sur ce problème, voir T. Fukase et Y. Higuchi, *Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon*, p. 298 et suiv.; Mutsuo Nakamura, *Quarante ans de contrôle de la constitutionnalité des lois*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol III, 1987, p. 691 et suiv.; Yasuhiro Okudaira, *The Constitution and its Various Influences*, in Percy R. Luney Jr., and Kazuyuki Takahashi (edited by), *Japanese Constitutional Law*, University of Tokyo Press, 1993, p. 20 et suiv.

janvier 1955), lequel arrêt pouvait inciter les divers milieux industriels à souhaiter mettre un tel obstacle à ceux qui souhaitaient s'installer comme nouveaux concurrents.

Il faut ajouter que pendant la période de 1966 à 1973, la Haute Instance fut assez active, surtout pour la garantie des droits fondamentaux dans les cas relatifs aux conditions de travail des fonctionnaires. Cependant, avec l'arrêt du 25 avril 1973 débute une nouvelle tendance jurisprudentielle sévère envers les droits fondamentaux. Cet arrêt a changé de façon claire la jurisprudence de 1966 pour permettre constitutionnellement une large limitation du droit d'agir collectivement par la loi relative aux fonctionnaires de l'Etat. D'ailleurs, en général, la Cour suprême a une tendance à donner au Parlement et au Cabinet un pouvoir discrétionnaire quasi-illimité d'une manière ou d'une autre.

Cela conduit naturellement à reconnaître à tous les actes étatiques attaqués, leur constitutionnalité. Nous pouvons citer, par exemple, un arrêt du 21 novembre 1985 qui rejeta un droit à réparation contre l'Etat du fait de la liberté du législateur de supprimer le système de scrutin à domicile. La Cour suprême a également refusé de déclarer inconstitutionnel le Traité de sécurité américano-japonais selon le Préambule et l'article 9 de la Loi fondamentale nipponne, au nom du pouvoir diplomatique du Cabinet ainsi que le droit d'approbation de la Diète.

De plus, nous pouvons dire qu'il existe un certain écart entre la tendance de la Cour Suprême et celle des instances inférieures. Il faut constater une certaine divergence au sein de la hiérarchie judiciaire. Dans la majorité des cas, la Cour Suprême casse les sentences dissidentes prononcées par les cours d'appel ou les tribunaux. Par exemple, elle a toujours annulé des jugements convainquants des instances inférieures⁵ qui déclaraient inconstitutionnelle l'interdiction des visites électorales au porte à porte. De même, elle les casse parfois en s'abstenant d'entrer dans des arguments constitutionnels de fond. Par exemple, l'arrêt du 8 avril 1982 sur l'agrément ministériel des manuels scolaires refusa de porter une appréciation sur sa conformité à l'article 21 de la Constitution qui garantit la liberté d'expression au motif d'un changement ultérieur des directives pédagogiques émises par le Ministère de l'Éducation, qui servent de critère à l'agrément ministériel⁶.

3. Les raisons principales de cette passivité

Nous allons maintenant traiter des raisons principales de la passivité évidente et discutable de la Cour Suprême.

Tout d'abord, nous voulons présenter une réflexion d'un ancien membre de la Cour Suprême, le Juge Masami Ito. Ancien professeur de droit anglo-saxon à la Faculté de droit de l'Université de Tokyo, et l'un des rares juges de la Haute Instance ayant une carrière académique⁷, il développa une analyse très intéressante, en se basant sur les expériences de deux mondes tout à fait différents⁸.

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.

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.

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.

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 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

⁵ Par exemple: l'arrêt du 12 mars 1968 du tribunal sommaire de Myôji et celui du 28 avril 1980 de la Cour d'appel d'Hiroshima.

⁶ cf. Eric Seizelet, Les manuels scolaires au Japon, in *Savoir* 3 (4) oct.-déc. 1991, p. 699.

⁷ La principale origine des juges de la Cour Suprême est juge de carrière, procureur et avocat.

⁸ Masami Ito, *Saibankan to Gakusha no aida* (Entre le juge et le professeur), Yûhikaku, 1993.

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.

On peut ajouter aux cas mentionnés ci-dessus d'autres raisons importantes qui contribuent à la passivité de la Cour Suprême nipponne.

Premièrement, l'absence d'alternance se répercute sur la composition de la Cour Suprême, parce que le gouvernement décide seul de la composition de la Cour Suprême sans aucune consultation ni approbation des autres autorités. Comme ce gouvernement est pratiquement toujours resté dans les mains des conservateurs, la physionomie de la Cour ne peut être qu'influencée par cette tendance du gouvernement. Or, l'attitude du parti conservateur, majoritaire, voire dominant, était hostile à l'égard de la Constitution de 1946. En conséquence, la Haute Instance a donné son approbation aux lois, décrets ainsi qu'aux arrêtés quisembraient pourtant douteux aux yeux de la doctrine constitutionnelle.

De plus, il convient de souligner qu'une bureaucratisation du pouvoir judiciaire s'est développée graduellement mais fermement⁹. Bien que l'atmosphère du monde judiciaire ait été relativement libérale pendant quelques temps au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, la Cour Suprême a opprimé parfois ouvertement des juges dissidents contestataires dans les années 60 et 70, et a formé une classe privilégiée de juges qui occupe les hauts postes et dirige l'administration des organes judiciaires, en dépit de la garantie constitutionnelle de l'indépendance des juges. Cela a donné naissance non seulement à la passivité de la Haute Instance mais également à celle des instances inférieures, c'est-à-dire du pouvoir judiciaire en général. Certes, comme nous l'avons dit, la Constitution établit un système de destitution des juges de la Haute Instance par le peuple, dont le but est de réaliser un contrôle démocratique du pouvoir judiciaire.

Cependant, ce système n'a pas fonctionné d'une manière effective à cause de l'indifférence des électeurs, qui n'ont encore destitué aucun juge jusqu'à présent.

Aux situations mentionnées ci-dessus s'ajoute le manque de confiance envers le droit et envers les juristes dans la société japonaise en général. Comme le Professeur Higuchi le remarque clairement¹⁰, au Japon il n'y a ni tradition de "judge-made-law", chère aux pays anglo-saxons, ni prestige du professorat depuis le droit romain comme dans le Vieux Continent. Ces conditions hypothèquent la formation d'une légitimité politique de la justice constitutionnelle dans la société japonaise.

II Les tendances récentes favorables à la création d'une Cour constitutionnelle

Il est remarquable que, dans les diverses propositions de révision constitutionnelle, l'idée d'introduire un organe investi de la justice constitutionnelle, sur le modèle européen, soit de plus en plus avancée.

1. diverses opinions favorables

En général, à partir des années 60 jusqu'aux années 80, l'opinion favorable à la révision constitutionnelle était minoritaire, en dépit de la présence plus ou moins forte du courant réformiste chez le parti conservateur, le Parti Libéral-Démocrate, toujours au pouvoir. Quant à la gauche nipponne (le Parti Socialiste Japonais et le Parti Communiste Japonais), elle a considéré la Loi fondamentale libérale et pacifiste comme symbole et instrument utile de la démocratisation radicale de la société japonaise d'après-guerre. Surtout, le PS s'est donné le titre de « parti de la Constitution ». Du fait de la lourdeur de la procédure de révision¹¹, les réformistes ne furent pas capables de réaliser leur but.

Néanmoins, avec le changement d'environnement international suite à l'effondrement du mur de Berlin ainsi que la transformation de la société japonaise liée à la mondialisation, l'opinion favorable à une révision constitutionnelle s'accroît de plus en plus, surtout depuis 5 ans. Par exemple, un sondage d'opinion mené en avril 2004 par le quotidien *Asahi*, enregistre 53% d'opinions favorables (avril 2001: 47 %), et compte environ 35% d'opinions défavorables, entre 2001 et 2004. En plus, le Parti Socialiste a quasiment disparu de l'échiquier politique japonais actuel. La majorité conservatrice et le plus grand parti d'opposition, le Parti Démocrate, sont d'accord pour une révision pour une raison quelconque.

Dans cette situation, l'opinion en faveur de l'établissement d'une cours constitutionnelle à l'européenne prévaut dans divers milieux. Nous allons brièvement présenter ces aspects concrets.

(a) Les partis politiques et les hommes politiques

⁹ Voir par exemple : Karel Van Wolferen, *L'énigme de la puissance japonaise*, Traduit de l'anglais par Danièle Laruelle, Robert Laffont, 1990, p. 225 et suiv.

¹⁰ Yoichi Higuchi, Evolution récente du contrôle de la constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946, in *Etude de droit japonais*, Centre français de droit comparé = Société de législation comparée, 1989, pp. 183-184.

¹¹ L'article 96 de la Constitution exige pour sa révision, sur l'initiative de la Diète, l'approbation d'une majorité des deux-tiers de tous les membres de chaque Chambre et, en plus, obligatoirement, la ratification de la majorité des électeurs.

À partir de la fin des années 90, les groupes des conservateurs et des leaders politiques importants à tendance conservatrice, comme Ichiro Ozawa (actuellement appartenant au Parti Démocrate) et Taku Yamazaki (ex vice-président du Parti Libéral-Démocrate), plaident sans exception en faveur de la création d'une cours constitutionnelle dans leur proposition de révision. Le programme pour la révision du PLD, publié le 17 novembre 2004, a soutenu naturellement cette idée.

En outre, en 2001, la commission d'enquête de la Constitution du Parti Démocrate propose cette création à titre provisoire. Il faut bien voir que maintenant le nombre des sièges de la coalition actuelle au pouvoir, ajouté à celui du PD, représente plus des deux-tiers des membres de la Diète, nécessaire pour le déclenchement de la procédure de la ratification par le peuple.

(b) Le monde économique

Une des associations importantes des directeurs d'entreprises, la Keizai-doyukai (Japan Association of Corporate Executives) a proposé dans son rapport du commission d'enquête de la Constitution publié en avril 2003 a proposé la création d'une cours constitutionnelle.

(c) Les mass-média

Depuis 1994, le journal *Yomiuri*, le plus grand quotidien japonais, propose un projet de révision de la Constitution¹². Une proposition de création d'une cour constitutionnelle à la continentale constitue un «élément phare» de ce projet, et des systèmes très concrets et très complexes à réaliser sont présentés. Dans ce projet également, la Haute Instance se verrait privée de son pouvoir de juger définitivement un acte étatique inconstitutionnel. Si un juge, y compris la Cour Suprême, considérait, dans un cas concret, un acte étatique inconstitutionnel, il devrait envoyer la question à la Cour constitutionnelle en suspendant temporairement son examen. S'il le juge conforme à la Constitution, il pourrait alors prononcer lui-même sa constitutionnalité. Par ailleurs, un requérant, qui n'aurait jamais obtenu une annulation pour inconstitutionnalité et ce jusqu'au troisième degré, pourrait déférer l'acte suspect à la nouvelle institution. De plus, la Cour constitutionnelle pourrait statuer sur un acte de l'État de manière abstraite: ainsi un tiers des élus de chaque Chambre ainsi que le Cabinet pourraient déférer un acte étatique pour demander un jugement de sa constitutionnalité. D'ailleurs, cette proposition très détaillée n'a aucunement été modifiée dans son projet de 2004.

(d) La doctrine juridique

Il est extrêmement intéressant que le Professeur Masami Ito, ex-juge de la Cour Suprême ait affirmé, après neuf ans d'exercice à la Haute Instance (1980-1989), et malgré sa profonde sympathie pour le droit américain, qu'il serait souhaitable de priver la Cour Suprême du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois pour le conférer exclusivement à une nouvelle cour constitutionnelle à l'allemande. Selon son diagnostic, il serait impossible de faire évoluer la situation actuelle en dehors d'une réforme du système judiciaire établi par la Constitution de 1946.

2. Une certaine influence coréenne

Un pays voisin de l'Archipel, la Corée, exerce une certaine influence favorable à l'introduction d'une cour constitutionnelle au Japon. En effet, après avoir fait l'expérience d'un système diffusé du contrôle de la constitutionnalité des lois, de 1962 à 1969, qui s'est avéré n'être pas suffisamment performant, la Corée, suite à l'établissement de la Constitution de la Sixième République de 1987, a créé en 1988 une Haute Instance, très puissante. Les membres sont choisis exclusivement parmi les anciens magistrats et anciens avocats. Il s'agit d'une importation allemande. Le bilan de cette Cour est vraiment impressionnant.

Quantitativement, pendant 10 ans, soit de 1988-1998, elle a rendu 184 arrêts d'inconstitutionnalité. Qualitativement, des pratiques de l'armée et de la police ont été ouvertement critiquées comme inconstitutionnelles. Si la Cour Suprême japonaise adopte depuis longtemps la théorie d'« acte de gouvernement », d'ailleurs une importation de la jurisprudence administrative française, afin d'éviter de juger un acte juridique dont la nature est hautement politique, son homologue coréen a clairement rejeté cette théorie dans un arrêt de 1996, en soulignant que tous les actes de l'État, y compris les « actes de gouvernement », font l'objet d'un examen par la Cour constitutionnelle, dont la mission est précisément de garantir les droits fondamentaux des citoyens. La cour coréenne a, en outre, au cours de l'année 2004, invalidé la décision du Parlement de transférer le titre de capitale, qui revient actuellement à Seoul, à une autre ville, au motif que le fait que la capitale se trouve à Seoul constitue une des coutumes constitutionnelles non-écrite, et que toute modification à cet égard nécessite une révision constitutionnelle.

¹² Sur ce projet du *Yomiuri*, voir notre article Révision de la Constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 24, 1995, p. 827 et s.

Ainsi peut-on observer qu'une cour constitutionnelle de type allemand (dont le but originel était de ne pas laisser les ennemis de la liberté jouir de la liberté), munie du droit de disperser un parti politique déclaré inconstitutionnel, comme nous le verrons ci-dessous, est capable de fonctionner très activement pour faire évoluer la société d'un pays asiatique – dont la culture juridique se caractérise par l'importation des institutions européennes –, dans le sens d'un plus grand libéralisme, et d'une plus réelle démocratie.

III Les analyses de cette tendance

Nous voudrions maintenant analyser cette tendance qui existe actuellement au Japon en faveur très nette de la création d'une cour constitutionnelle. On ne saurait en général trouver, dans les diverses propositions parues, de raisons précises et convaincantes à l'appui de cette idée. Du moins, les raisons évoquées revêtent-elles un caractère passablement « abstrait ».

Toutes les propositions s'accordent à dire qu'il faut surmonter la passivité évidente de la Cour suprême. « Renforcer le pouvoir judiciaire », qui était traditionnellement faible par rapport aux autres pouvoirs publics au Japon, constitue la base des propositions. Mais ce qui est moins clair, ce sont les attentes en direction d'une activation du contrôle de la constitutionnalité des lois au Japon. En d'autres termes, dans ces propositions, ni les rôles à assumer par une cour constitutionnelle, ni les conditions de réalisation d'un tel contrôle, ne sont clairement définis.

Rappelons qu'en Allemagne, le Tribunal Constitutionnel Fédéral avait été établi par la Loi Fondamentale de 1949 pour garantir « la démocratie combattante », caractérisé par l'intolérance vis-à-vis des ennemis de la liberté (néo-nazi et communistes), et qu'en France, le Conseil constitutionnel, aux termes de la Constitution de la Cinquième République de 1958, avait été établi pour sanctionner « la rationalisation du Parlement ». En outre, il faut bien voir qu'il existe différents modèles dans le système dit de la cour constitutionnelle à l'europpéenne. Par exemple, entre le Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour constitutionnelle italienne, il existe de nombreuses différences de pouvoir et de rapport avec les autres juridictions¹³.

On a l'impression qu'une idée simple s'impose, celle en vertu de laquelle « le positif est bon et le passif mauvais ». Surtout, dans les propositions des conservateurs, la grande absente reste cette idée de rendre plus fiables les remèdes juridictionnels apportés aux atteintes contre les droits des citoyens, alors qu'aujourd'hui les exemples étrangers montrent que l'introduction d'une cour constitutionnelle est en général présentée comme devant précisément répondre à cet objectif.

On pourrait être en droit d'attendre de l'introduction d'une cour de ce type au Japon au moins la rapidité de traitement des cas, dans la mesure où en l'état actuel il existe un certain nombre de cas constitutionnels difficiles à résoudre, non seulement juridiquement mais également politiquement, des cas pendants depuis plus de 10 ans. En fait, jusqu'à présent, et s'agissant du débat récurrent relatif à la constitutionnalité des Forces d'Auto-Défense, la Cour Suprême n'a rendu aucune décision définitive, qu'une telle décision soit ou non de nature constitutionnelle.

Par ailleurs, il faut remarquer qu'un gouvernement ne peut généralement diriger ni orienter les décisions constitutionnelles à sa convenance, puisqu'une institution de la justice constitutionnelle, digne de ce nom, doit par définition pouvoir jouir totalement de l'autonomie et l'indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs. Les diverses expériences étrangères fournissent de nombreux exemples de conflits ou d'antagonismes difficilement surmontables entre cour constitutionnelle et gouvernement ou législateur. Par exemple, dans les années 90¹⁴, la Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne a dû faire face à une critique très virulente et de grandes manifestations ont eu lieu à son encontre, en raison d'une série de décisions, dont la fameuse décision du 16 mai 1995 déclarant inconstitutionnel – pour violation de la liberté de croyance et de conscience garantie par l'article 4 de la Loi Fondamentale – un règlement du gouvernement bavarois qui ordonnait l'accrochage d'un crucifix dans chaque salle de classe d'école publique. De même, aux États-Unis, un article du Code pénal du Texas relatif à l'hypothèse de la profanation d'un objet sacré a été déclaré inconstitutionnel par la Cour Suprême en 1989 pour violation de la liberté d'expression garantie par le 1er Amendement (*Texas v. Johnson*, 491 U.S.397). Cette décision, comprise comme une forme de désacralisation du drapeau national américain, provoqua « une tempête de protestations¹⁵ ». En effet, le Congrès adopta une résolution de reproche (97 contre 3 à la Haute Chambre, 411 contre 5 à la Basse Chambre), et vota une loi dont le but était de renverser cette décision. La Haute Instance américaine y a répondu par un deuxième arrêt d'invalidation. On rappellera encore qu'en France, contre la décision du 13 août 1993 relative à la loi sur la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur de l'époque, dénonça ouvertement le Conseil constitutionnel, et estima que « le Conseil, en prenant sa décision non pas en fonction des textes mais en les interprétant, empêche le Gouvernement d'appliquer sa politique¹⁶ ».

¹³ L. Favoreu, op. cit., p. 27 et s.

¹⁴ Voir Adolf Kimmel, Une crise de la Cour Constitutionnelle Fédérale ?, in *Pouvoirs*, n° 79, 1996, p. 147 et s.

¹⁵ Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 1108.

¹⁶ *Le Monde*, 17 août 1993.

On peut se demander si ceux qui proposent l'établissement d'une cour constitutionnelle au Japon sont prêts à accepter l'éventualité, et à payer le prix, de tels conflits entre les pouvoirs. Curieusement, dans les propositions présentées jusqu'à maintenant, on ne peut trouver aucune mention relative à la façon dont serait composé l'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois envisagé. Et l'on reste donc dans l'incertitude s'agissant du point de savoir comment trancher entre plusieurs candidatures envisageables, qu'il s'agisse de celles de professeurs de droit, d'hommes politiques, de magistrats de carrière, de bureaucrates, d'avocats, ou de leur combinaison... Or la question est loin d'être anodine. Il va de soi que les activités jurisprudentielles de la cour constitutionnelle sont aussi fonction de la composition d'un tel organe.

IV A propos des opinions défavorables à la création d'une cour constitutionnelle au Japon

Les attitudes défavorables à la création d'une cour constitutionnelle de type européen prédominent chez les constitutionnalistes. Cela contraste avec l'attitude très positive dont font montre les partis politiques en général, ainsi que plusieurs personnalités politiques. Ce raidissement de la doctrine témoigne à lui seul de ce que l'idée de création d'une telle cour reste avant tout une initiative politique, et non pas académique, quoique la possibilité d'un tel établissement provoque nécessairement de nombreux problèmes de droit, tant en ce qui concerne la procédure civile, et le droit pénal, que le droit administratif.

Certaines doctrines constitutionnelles importantes relèvent cette particularité structurelle de l'organe de la justice constitutionnelle de type européen, dont les jugements seraient rendus sans examen suffisant des détails des cas en cause. En effet, un cour constitutionnelle, soit juge abstraitement la conformité d'une loi à la Constitution, soit reçoit un renvoi d'un cas de la part des juridictions ordinaires, en rupture donc avec les faits du cas en cause. C'est ainsi, au niveau de la profondeur d'examen des faits que, comme l'affirment ces doctrines constitutionnelles, le modèle européen diffère du modèle américain.

Cette manière de catégoriser deux types de justice constitutionnelle, européenne et américaine, nous semble cependant redoutable. Dans de nombreux pays, une cours constitutionnelle prend bien en considération les aspects divers des faits afin de rendre une juste décision, et ce quel que soit le système juridique en question. De même, il est inévitable que lorsque, dans le système diffusé du contrôle, une juridiction ordinaire rend un jugement sur la constitutionnalité, elle ne considère pas seulement les faits du cas, mais tient également compte, en principe, de l'applicabilité générale de son arrêt au regard des autres juridictions.

Or, comme nous l'avons vu, le plus grand problème au Japon quand on veut activer le contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre actuel, réside dans la figure idéale du juge comme juge sans personnalité, cette image s'imposant aux juges. Il s'agit du modèle du juge « bouche de la loi », exactement comme le veut la tradition française depuis Montesquieu. Il semble que cette image imprègne profondément la mentalité du juge japonais actuel. Dans ces conditions, toute réforme du système juridictionnel en cours ne saurait que tendre à l'évolution de l'état actuel de la justice constitutionnelle nipponne.

V La réforme du système juridictionnel en cours et l'activation de la justice constitutionnelle

Depuis le début du XXI^e siècle, après la mise en oeuvre de la réforme gouvernementale et administrative dans les années 90, la réforme du système juridictionnel est en cours au Japon. Il faut remarquer que sans toucher aucunement le texte constitutionnel de 1946, une série de grands changements politiques et institutionnels est en train d'être accomplie depuis les années 90. Cela montre, d'une part, qu'une révision de la Constitution, quelle qu'elle soit, reste toujours un travail difficile à réaliser en raison d'une trop forte politisation du sujet propre à la situation constitutionnelle d'après-guerre. D'autre part, et malgré une telle politisation, le Japon et ses structures politiques et juridiques se transforment à présent radicalement.

Ces réformes visent non seulement certains aménagements ou améliorations sur le plan de l'organisation, mais aussi, et avant tout, une réforme des structures fondamentales de l'État. La Commission de réforme des institutions juridictionnelles créée auprès du gouvernement en 1999, et composée de 6 juristes et 7 personnes compétentes issues des différents milieux, a rendu 2 ans après, en 2001, un rapport final. Ce rapport propose un projet très concret et détaillé pour la réforme radicale autour de la Justice. Cette réforme actuelle est en train d'être réalisée sur la base de ce rapport.

Cette réforme comprend deux piliers : le renforcement de la base institutionnelle autour du système juridictionnel, et celui de sa base « personnelle ». Le renforcement de la base institutionnelle consiste à améliorer l'accès à la justice, le fonctionnement de la justice civile, pénale et administrative, et la participation active des citoyens à la justice. Le renforcement de la base humaine consiste à augmenter le nombre des juristes en général, c'est-à-dire des avocats, juges et procureurs, et à réformer l'enseignement de la formation des juristes pour répondre à une telle augmentation. Ce qui se traduit par la création d'une Law School à la japonaise.

Par contre, il convient de noter que si le dysfonctionnement du contrôle de la constitutionnalité des lois a été largement critiqué pendant longtemps par la doctrine constitutionnelle et par l'opinion publique, la commission a peu traité de ce système. Seulement, la possibilité d'une diminution des affaires à régler par le Cour Suprême et celle d'une modification des modalités de nomination des juges de la Cour Suprême ont été évoquées dans un court passage. Au lieu d'introduire un nouveau système de justice constitutionnelle, il serait possible – via le renforcement de la base personnelle et une meilleure prise en compte des origines professionnelles ou des carrières et parcours divers des magistrats – d'introduire une diversité de sensibilités et de conceptions s'agissant de la situation actuelle. Cela offrirait une possibilité – indirecte – d'activer le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Pour conclure

Soucieux de faire preuve de prudence, nous soulignerons tout d'abord que toutes les propositions actuelles en faveur de la création d'une cour constitutionnelle sont trop vagues pour mériter à ce stade d'être soutenues sans réserve. Sans une image plus précise, nous ne saurions donc nous prononcer favorablement sur le sujet. Cela ne veut pas dire, bien-entendu, que nous voulons conserver ad vitam le système actuel de la justice constitutionnelle.

D'une part, il convient, en nous fondant sur les riches expériences étrangères, et une parfaite connaissance des caractéristiques institutionnelles de chaque pays, de clarifier, aussi objectivement que faire se peut, les mérites et les défauts de la cour constitutionnelle de type européen, afin d'offrir à des citoyens possédant par définition le pouvoir constituant, des connaissances exactes en la matière.

D'autre part, il s'agit d'encourager la diversité parmi les juges de carrière, pour favoriser au sein du pouvoir judiciaire une approche plus libérale et donc propice à la concrétisation de la réforme en cours.

Et si, d'aventure, nous devons persister à voir dans les prochains développements de la tentative de réforme en cours, autant de remèdes insatisfaisants, alors il sera temps – pour activer enfin réellement la justice constitutionnelle – de proposer un projet précis d'introduction d'une cour digne de ce nom.

*
* *
*