

L'impact du droit international sur la
Constitution Japonaise: du point de vue de la
protection des droits de l'homme

著者	TATEISHI Hiroko
出版者	法学志林協会
journal or publication title	法学志林
volume	109
number	4
page range	1(336)-28(309)
year	2012-02
URL	http://hdl.handle.net/10114/7730

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme

Tateishi Hiroko

INTRODUCTION

L'impact du droit international sur les principes constitutionnels représente un sujet primordial dans le contexte de l'internationalisation des normes sur les droits de l'homme. On peut aborder ce sujet sous un angle universel, ou bien encore, dès lors que l'on refuse l'idée d'une internationalisation de type hégémonique et puisqu'il existe des traditions très variées parmi les pays modernisés, l'analyser dans la perspective de l'identité constitutionnelle.

Cette question montre pour le Japon un caractère contradictoire du point de vue de la conciliation entre l'identité nationale et l'application de la norme internationale aussi bien pour la première Constitution de l'Empire de 1889 (constitution de Meiji) que la Constitution actuelle de 1946. Ces deux constitutions ont en effet été adoptées sous la pression de la communauté internationale, cependant, au début de l'ère Meiji ainsi qu'après la seconde guerre mondiale, les idées politiques et les mentalités qui pouvaient soutenir le constitutionnalisme n'avaient pas encore pris dans la société japonaise.

三三六

Nous traiterons donc dans un premier temps cette question en

examinant quelle conciliation a été tentée dans la procédure d'adoption des constitutions de 1889 et 1946. Dans un second temps, nous réfléchirons à la légitimité constitutionnelle des traités protégeant les droits de l'homme en tant que norme interne, et ce, de manière universelle.

I. L'identité constitutionnelle de la Constitution japonaise de 1889 et le droit international

La première Constitution du Japon a été établie pour moderniser le Japon, sous la pression de l'ouverture au monde occidental. Cette assimilation-absorption des droits occidentaux a commencé tout d'abord à partir du droit international. Pour établir une relation juridique équilibrée et indépendante avec des pays occidentaux, le gouvernement de Meiji a introduit les principes constitutionnels moderne en percevant les notions fondamentales du droit international.

Le droit international demeurait la source majeure des idées du gouvernement de Meiji pour appréhender la notion moderne d'Etat et de régime politique. Après même l'instauration de la monarchie constitutionnelle en 1889, le droit international a servi à légitimer le pouvoir monopole du *Tenno* (*L'Empereur du Japon*) dans la conduite des relations extérieures et de la diplomatie. Alors que le Japon faisait face -presque tous les dix ans- à quatre graves guerres sous la constitution de Meiji, les affaires étrangères dominaient la politique. L'autorité du commandement suprême de *Tenno* sur les autorités militaires (de mer, de l'air et de terre) étaient le noyau de ses pouvoirs.

Cependant, le droit international demeurait une norme écartée de la vie politique interne. C'était une sorte de constitutionnalisme apparent destiné aux pays occidentaux, alors qu'il manquait encore toutefois de la

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme démocratie dans l'Etat. Le droit international était à la fois le moteur de l'assimilation du constitutionnalisme mais aussi une norme permettant de garantir le pouvoir absolu de la monarchie.

Sur ce thème, le célèbre professeur de droit français, au Japon, Yoshiyuki Noda, soulignait que «l'introduction du système juridique d'un pays, ne se résume pas à la simple importation globale de ses dispositions, de ses articles. Le système qui réceptionne dispose, de sa propre initiative, d'une certaine latitude de choix». Pour cette raison, l'illustre auteur considère que le concept d'«assimilation» est plus approprié que la référence à la notion de «réception»⁽¹⁾. Cette considération montre que l'introduction de toute culture juridique étrangère rencontre naturellement des limites, au premier rang desquelles l'obligation de prendre en compte l'identité ou les intérêts de l'Etat récepteur.

A cet égard, dans l'histoire constitutionnelle japonaise, on peut considérer comme très révélatrice la formule utilisée par *Tenno*, qui, lorsqu'il ordonna de préparer la Constitution de l'ère Meiji, rappela que c'est en se fondant sur «*les principes essentiels de l'Etat japonais, tout en considérant les lois des pays étrangers, [qu'il souhaitait] élaborer la Constitution*»⁽²⁾. Ceci explique une certaine ambivalence, de cette Constitution japonaise, qui associe deux philosophies distinctes, l'esprit japonais et les institutions issues des pays occidentaux (essentiellement l'Allemagne). C'était une époque où la recherche en droit constitutionnel concentrait son attention sur l'étude des Constitutions occidentales pour réfléchir et assimiler les principes et les doctrines de la Constitution moderne, ainsi que sur le tatonnement de l'identité japonaise entre deux cultures et deux réalités.

L'ouverture au monde, donc, l'assimilation-absorption des droits occidentaux par le droit international n'a pas eu seulement lieu au Japon, mais également en Chine à cette époque. La connaissance du droit international était indispensable pour maintenir l'indépendance avec les pays occidentaux. D'abord la traduction, de l'ouvrage «*Le droit des gens*»⁽³⁾ (Vattel), puis celle des «*Elements of international Law*»⁽⁴⁾ (Wheaton) ont introduit en Chine ces nouveaux concepts sous la dénomination «*Bannkoku Kouho*» en 1864. Au travers du «*Bannkoku Kouhou*», les notions fondamentales du droit, de la diplomatie, et de la souveraineté nationale ont été répandus au Japon.

La connaissance du droit international est devenue la source majeure des idées du gouvernement de Meiji pour appréhender la notion moderne d'Etat et de régime politique, que ce soit la notion de l'Etat fédéral avec l'exemple des Etats-Unis, ou la notion de monarchie comme dans l'Allemagne du XIXème siècle.

Plus tard, après la Seconde guerre mondiale, la Constitution du Japon de 1946 fut de nouveau conçue sous l'influence dominante de la Déclaration de Potsdam et surtout sous l'égide des Etats-Unis et des Nations-Unies. C'est au prix d'une nouvelle assimilation de la culture juridique étrangère par le droit japonais, que s'est effectué le retour du droit constitutionnel.

Ainsi, l'assimilation de la culture juridique étrangère et la construction du régime constitutionnel moderne au Japon ont été constamment rendues nécessaires par l'exigence consentie ou subie, d'établir des relations juridiques avec la société internationale.

II. La perception de la nature juridique des traités et du droit comparé dans la Constitution de Meiji (1889) au Japon.

1. L'influence du droit français au début de l'époque de Meiji

Après l'ouverture au monde, le gouvernement s'attela à moderniser le droit japonais pour renégocier les traités non équilibrés. Pour l'éducation des juristes, l'école de droit anglais et l'école de droit français ont été dirigées par le gouvernement. C'est une période durant laquelle l'influence du droit français fut le plus remarquable. Entre 1869 et 1874, la traduction des 5 codes français (droit civil, droit commercial, droit pénal, procédure civile et procédure pénale), a beaucoup contribué à la préparation de la législation. La loi établissant les institutions judiciaires a été adoptée en 1881. Dans cette loi, les noms et appellations des instances, des diverses Cours et autres tribunaux étaient presque les mêmes que ceux présents en France (comme la Cour de cassation par exemple).

Mais au cours des années 1880, le droit allemand a pris la place du droit français en raison de ses tendances monarchiques. Finalement, la promulgation de la Constitution de 1889, ayant la tendance de la monarchie comme la Constitution de Prusse de 1850, ne laissa plus la place à l'influence de la doctrine française. Cependant, les recherches en droit français ne furent pas abandonnées pour autant. A l'occasion de la cérémonie de commémoration des cent ans du code Napoléon en 1904, au Ministère de la Justice à Tokyo, Monsieur Inoue, le Président de la Cour de cassation, a estimé qu'au moins seize juges parmi les vingt-neuf présents avaient une éducation fondée sur les idées du droit français.

Cependant, en raison du choix du régime politique japonais, seules les doctrines allemandes ont finalement influencé les constitutionnalistes japonais.

2. La structure normative et les traités dans la Constitution de Meiji

(1) La considération sur le constitutionnalisme par les Professeurs Hozumi et Minobe.

Pour saisir la nature juridique des traités dans la Constitution de Meiji, la compréhension de la structure normative et de la souveraineté de la Constitution est essentielle. Puisque pour devenir une norme Juridique interne, la norme étrangère doit être assurée sa légitimité par les organes compétentes.

La Constitution de Meiji a attribué au *Tenno* des caractères contradictoires, à la fois divin, dans le sens de la mythologie japonaise et chef de l'Etat, au sens constitutionnel. D'autre part, la Constitution a établi les trois pouvoirs, mais non indépendants les uns des autres, et ses compétences ont été limitées seulement pour coopérer à ce dernier. S'agissant du statut des traités, leur conclusion fut apportée par le pouvoir exclusif de *Tenno*.

Dès lors que la Constitution de Meiji contient les deux principes antithétiques, d'un côté, la monarchie absolue et divine, et de l'autre la monarchie constitutionnelle, l'interprétation de la Constitution a eu un rôle considérable. Cette contradiction a été nettement marquée par les doctrines de deux professeurs de droit constitutionnel, Yatsuka Hozumi⁽⁵⁾ et Tatsukichi Minobe⁽⁶⁾. La doctrine de Hozumi révèle une tendance monarchique en insistant sur la souveraineté de *Tenno*, alors que la

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme doctrine de Minobe se fonde sur le droit positif, constitutionnalisme moderne.

(2) S'agissant d'estimer ces deux doctrines du point de vue des successeurs légitimes des principes de la Constitution de Meiji

Cette division de la doctrine concerne l'interprétation de la structure de la souveraineté, le critère de sa légitimité de la prérogative du *Tenno*. Au 19^e siècle, en Europe, il existait deux types d'Etat fondés sur la Constitution moderne. Le premier groupe est celui de la monarchie constitutionnelle qui limite le pouvoir du monarque par le Parlement, c'est-à-dire un dualisme, un partage des prérogatives entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le deuxième groupe est celui de l'Etat démocratique dans lequel le Parlement, élu par le peuple, est au centre du pouvoir exécutif, c'est-à-dire le monisme basé sur la souveraineté nationale.

Au début de Meiji, le politicien Hiroyuki Katou, influencé par les idées de Condorcet, soutenait déjà le constitutionalisme moderne, qui implique le contrôle du pouvoir de *Tenno*, le suffrage universel ainsi que les rouages d'un parlementarisme de type français.⁽⁷⁾

En plus, l'un des fondateurs, de la Constitution de Meiji, Hirobumi Itou, choisit de prendre parti pour la doctrine allemande de «l'Etat organe». Il transforma, cependant, cette doctrine en estimant que le pouvoir du *Tenno* ne résulte que du *Tenno* lui-même. Mais, à côté de cette acceptation du monarchisme, il a également estimé que le but de la Constitution réside dans la protection des droits de l'homme.⁽⁸⁾

Hozumi a a été influencé par la doctrine de Laband, appartenant à

l'école positiviste du droit constitutionnel, et a critiqué Itou en se fondant sur la théorie de la personnalité de l'Etat.⁽⁹⁾ Hozumi a, en effet, considéré que l'Etat jouissait de la personnalité de droit public. Dans l'Etat monarque, c'est l'Empereur lui-même qui possède le pouvoir et la souveraineté, tandis que le peuple est un objet de domination. Cependant, Laband n'était pas favorable pour considérer que l'Empereur est le sujet du pouvoir. Au contraire, la notion de «Kokutai»,⁽¹⁰⁾ caractéristique de la théorie de Hozumi, refuse la limitation du pouvoir du *Tenno*.⁽¹¹⁾

Ainsi, la théorie de Hozumi n'est pas dans la lignée des idées des fondateurs de la Constitution du point de vue de la limitation du pouvoir du *Tenno*, Hozumi a assimilé les doctrines allemandes mais en a produit le contraire.

Quant à Minobe, il fonde sa théorie sur la doctrine Allemande «l'État personnalité juridique», qu'on trouve notamment chez George Jellinek.⁽¹²⁾ Selon Minobe, l'Etat est composé de l'ensemble de la nation, le pouvoir appartient à cet ensemble. Cette théorie place donc l'ensemble du peuple au même qualité que *Tenno* dans la structure de l'Etat. Par cette théorie, Minobe précise que dans l'Etat monarchique, *Tenno* possède la souveraineté, mais, le fondement même du système politique moderne s'appuie sur l'autonomie du peuple.⁽¹³⁾ Par conséquent, il remet l'usage du pouvoir en question, pas son appartenance. Pour Minobe, c'est le Parlement qui se situe au centre du constitutionnalisme.⁽¹⁴⁾

La doctrine de Minobe est aussi différente de celle des fondateurs de la Constitution. Dans un contexte du changement des systèmes politiques dans les Etats occidentaux, au cours des 19^e siècle au 20^e siècle, il remarque que c'est le parlementarisme qui est le plus répandu sans distinction entre démocratie ou monarchie. Il attache également l'importance à

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme
l'interprétation comparatiste, selon lui, la Constitution de Meiji assimile le
constitutionnalisme occidental (la Constitution de 1814 de la France, celle
de Berge de 1831)⁽¹⁵⁾ sur la monarchie traditionnelle japonaise.

(3) La nature des traités chez Hozumi et chez Minobe

Concernant le pouvoir exclusif de conclusion des traités confié à *Tenno*,
par l'article 13 de la Constitution, Hozumi considère que c'est la
prérogative propre au *Tenno* constitutionnellement admis (*Tenno taiken*).
Ainsi, l'intervention du Parlement a été bloquée. Le *Tenno* peut décider,
sans contrôle de la Constitution, de la procédure de conclusion et des
moyens de promulgation, et ce même pour les traités cachés au peuple,
donc, sans promulgation.⁽¹⁶⁾

Selon Hozumi, les traités ne porte pas la nature juridique du droit
national. Concernant les relations entre les traités et les lois, les traités ne
peuvent pas modifier ou abroger les lois. Il a donc choisi la procédure de
la «réception» par la loi pour introduire les traités dans les normes
juridiques internes, basé sur la notion du dualisme entre le droit
international et le droit national. Sur ce point, théoriquement, demeure
encore la possibilité pour le Parlement d'intervenir au moment de légiférer
afin d'exécuter l'obligation des traités, mais en réalité, c'est *Tenno* qui
détient le pouvoir de légiférer avec la coopération du Parlement. Cela dit,
Hozumi distingue strictement les traités et les lois nationales, il en résulte
l'existence d'un risque d'absolutisme de *Tenno* sur la politique étrangère.
Hozumi a alors considéré que le pouvoir du conclusion des traités
appartient seul au pouvoir absolu de *Tenno*.

Minobe considère de son côté que c'est la Constitution qui consacre le

pouvoir de conclusion au profit du *Tenno*. Ainsi, ce pouvoir ne surgit pas de lui-même. Naturellement, les traités ne peuvent pas modifier la Constitution. En ce qui concerne les relations entre les traités et les lois, il admet que les traités peuvent venir modifier ou abroger les lois. Autrement dit, les traités sont supérieurs aux lois nationales. Il tire cette interprétation de l'expression employée à l'article 13 qui dispose que le *Tenno* conclut tous les traités. Par cette interprétation, Minobe a accepté le pouvoir monopole du *Tenno* pour conclure les traités.

En conséquence, les traités peuvent acquérir la nature d'acte juridique interne dès le moment de leur promulgation. Cependant, selon Minobe, s'agissant des traités qui limitent les droits de la nation, la conclusion des traités est considérée comme des actes de la législation auxquels le Parlement peut participer.

Ces deux doctrines montrent bien la limite du contrôle du pouvoir du *Tenno* par le Parlement en matière de politique étrangère, même chez Minobe. Durant cette période, la politique japonaise a été guidée vers l'Etat civilisé, selon l'expression du droit international, dans la société internationale. Il faut également ajouter que, sous la Constitution de Meiji, les japonais ont subi des guerres internationales tous les 10 ans. Dans ces conditions, Hozumi a opté pour les théories allemandes de la souveraineté étatique absolue de droit international, et de l'autre côté Minobe a cherché un chemin pour réaliser les principes du constitutionnalisme, particulièrement, le contrôle du pouvoir absolu du *Tenno* par la Constitution.

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme

III. La perception de la nature juridique des traités dans le contexte conflictuel de la Constitution japonaise de 1946

1. La légitimité de la Constitution de 1946 et du droit international

En acceptant la Déclaration de Potsdam, en 1945, pour mettre fin aux activités des armées, le gouvernement japonais eut l'obligation d'appliquer son contenu. Parmi ces principes, l'établissement d'un «gouvernement caractérisé par le pacifisme et la démocratie» a suscité un débat vif. Car, si on considère que «le gouvernement démocratique» signifie la souveraineté nationale, ce changement nécessite le bouleversement de la souveraineté du *Tenno*, c'est une sorte de révolution obligée par l'affirmation de la Déclaration de Potsdam, donc, le droit international.

Dans les premiers temps, le gouvernement refusa la révision de la Constitution et essaya de satisfaire la demande de la Déclaration par une interprétation plus large de la Constitution de Meiji. Mais, finalement, du fait de la pression des Alliés et pour éluder la responsabilité dans la guerre du *Tenno* au Tribunal international militaire de Tokyo, le gouvernement accepta la révision complète de la Constitution contenant le statut du *Tenno* comme "*Tenno symbole*", c'est à dire le perdant du pouvoir politique.

Le fait que la Constitution japonaise de 1946 fut révisée pour réaliser l'obligation de la Déclaration de Potsdam rend nécessaire une explication juridique portant sur la légitimité de cette Constitution à la fois sur la procédure et sur le contenu. En effet, du point de vue de la Constitution moderne, c'est le pouvoir constituant qui détient le pouvoir de réviser. De

plus, s'agissant des relations entre la Constitution et les traités, le dualisme dominait dans les doctrines de cette période. S'agissant du contenu, le bouleversement de la souveraineté, passant de la monarchie à la souveraineté nationale, a posé la question si il y a de la limite de la révision de la Constitution. Si l'on considère que le changement de la souveraineté dépasse la limite de la révision d'une Constitution, ce n'est pas la Constitution révisée, mais de la nouvelle Constitution.

(1) La Constitution révisée par la pression du droit international?

Comment élucider cette question de la légitimité de la Constitution? Peu après la promulgation de la Constitution de 1946, il y eut une polémique doctrinale sur le bouleversement de la souveraineté par la norme internationale. Cette discussion concerne directement la légitimité de la Constitution de 1946. C'est la doctrine de Toshiyoshi Miyazawa, le professeur de droit constitutionnel, qui est enfin devenue dominante. Miyazawa a soutenu l'existence d'une sorte de révolution, de bouleversement de la souveraineté, au moment de l'acceptation de la Déclaration de Potsdam⁽¹⁸⁾. Pour lui, l'établissement de la souveraineté nationale et l'assurance de la légitimité juridique de la Constitution sont les sujets les plus importants pour illustrer le clivage avant et après-guerre visant à établir la démocratie au Japon.

III
H
Mais, cette doctrine a soulevé une autre question: celle des relations entre la Constitution et les traités. Depuis l'ère de Meiji, dans les doctrines de droit public s'intéressant aux relations entre le droit national et les droits internationaux, il existait une opposition entre le monisme et le dualisme. En cette période d'après-guerre et de la fondation des Nations-

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme Unies, la doctrine du monisme, qui repose sur la supériorité des traités sur la Constitution, est devenue prépondérante soutenant la volonté de renoncer à la guerre.

(2) Un traité inconstitutionnel

Cependant, peu après la conclusion du traité d'alliance Nippo-Américain en 1951, en même temps que la réappropriation de la souveraineté de l'Etat au Japon, a engendré également un débat vif sur le plan juridique mais aussi au sein de la société japonaise. Ce traité contient en effet des dispositions sur lesquelles plane un doute de non-conformité à l'article 9 (la non-détention de l'armée), de la Constitution. En raison de ce traité, la doctrine moniste prônant la supériorité du droit international fut confrontée à une opposition. La contradiction doctrinale entre un bouleversement de la souveraineté par le traité, et l'existence d'un traité inconstitutionnel dans le droit positif interne reste une question difficile.

(3) L'approfondissement du principe de la souveraineté nationale par les doctrines inspirés des doctrines françaises

La question du statut des traités est étroitement liée à la compréhension de la souveraineté. Dans les années 1970, nous avons assisté à un débat profond portant sur les considérations de la souveraineté entre les Professeurs Yoichi Higuchi et Professeurs Yasuo Sugihara. En arrière plan de ce débat, il y avait la connaissance commune de la réalité du Japon, l'absence de la démocratie vive et l'insuffisance du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Higuchi a soutenu, en se fondant sur les doctrines françaises relatives

au pouvoir datant de l'époque de la Révolution, que la question de la souveraineté, autrement dit celle du pouvoir constituant, réside dans la légitimité de l'appartenance du pouvoir, mais pas dans le détenteur réelement.⁽¹⁹⁾ Une fois la Constitution promulguée, la légitimation de la Constitution est établi et la notion de souveraineté devient une rivière souterraine. Ces considérations et ces moyens de compréhension se situent davantage dans l'épistémologie que dans le droit.

Sugihara, en se fondant sur les doctrines révolutionnaires de Mounier et de Carré de Malberg, a tenté d'interpréter la souveraineté nationale de la Constitution japonaise en tant que la souveraineté populaire.⁽²⁰⁾ En insistant sur l'importance de la question de la possession de l'usage réel du pouvoir, il a développé des interprétations des dispositions de la Constitution en les harmonisant avec la souveraineté populaire. Pour lui, la notion de souveraineté conditionne le choix de l'interprétation de la Constitution en tant que droit positif.

Ce débat a laissé à la doctrine constitutionnelle une sorte de désaccord: qu'il soit épistémologique ou réelle. Par conséquence, l'approfondissement de la notion de souveraineté nationale pour saisir la nature constitutionnelle des traités n'est pas encore à l'ordre du jour.

Au-delà de ces courants, on trouve des idées développant la doctrine relative aux traités. D'abord, l'ouvrage de Milquine Geuzevic, *Le droit constitutionnel européen* (1923) a été traduit par Shigeru Oda et Yoichi Higuchi.⁽²¹⁾ Dans ce livre, on trouve la théorie du contrôle démocratique des traités, c'est-à-dire l'intervention du Parlement dans la procédure de conclusion explique la légitimité de la nature juridique des traités. L'auteur a développé son exposé en se référant aux pratiques

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme constitutionnelles françaises depuis la Constitution de 1791.

Par ailleurs, le Professeur Fukase, démontre l'importance du contrôle parlementaire sur les traités dans son article sur l'histoire des relations entre la Constitution et les traités en France⁽²²⁾. Il développe son argumentation fondée sur la doctrine de Carré de Malberg, selon laquelle même si, dans la Constitution, on ne trouve pas de disposition nette sur ce contrôle, en partant du principe que la loi est l'expression de la souveraineté nationale légitimant la limitation du pouvoir exécutif.

2. L'émergence de la protection internationale des droits de l'Homme dans les années 1990 au Japon

La protection internationale des droits de l'homme apparue, après la Seconde guerre mondiale, pour garantir les droits des individus contre les actes de barbarie de certains Etats ou en réponse aux éventuels génocides perpétrés par certains Etats totalitaires.

L'idée de la «protection internationale», basée sur l'affirmation internationale de l'universalité des droits de l'homme et de la nécessité d'un contrôle collectif des droits de l'homme, requiert une collaboration entre la politique nationale et la société internationale.

Cependant le droit international traditionnel est établi sur l'indépendance de l'Etat souverain. La théorie de la souveraineté nationale, dans le droit constitutionnel, est fondée sur la notion de l'Etat souverain. Pour introduire les normes extérieures dans le droit national, la question de la légitimité démocratique doit être réglée.

Au Japon, la question soulevée par la protection internationale des droits de l'homme, particulièrement celle de la limitation de la

souveraineté de l'Etat, n'est pas encore à l'ordre du jour. Ceci résulte du fait que l'application des traités internationaux par les tribunaux nationaux est encore rare. Cependant, cela ne signifie pas que l'impact des traités internationaux protégeant les droits de l'homme au Japon ne fasse pas effet.

Il s'agit d'interpréter les dispositions du droit international en rapport avec la Constitution japonaise, ainsi, nous observons une influence positive et croissante du droit international pour la protection des droits de l'homme dans la jurisprudence à la Cour suprême japonaise. Le Japon a de surcroît ratifié le statut de la Cour pénale internationale en 2007. Grâce à cette norme pénale internationale, les principes du droit constitutionnel au Japon devraient théoriquement changer.

On peut remarquer un changement de cette situation doctrinale, bien qu'il ne soit pas vraiment visible, en examinant la question de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme aux tribunaux et la Cour, à partir des années 1990. L'apparition d'une telle protection internationale a conduit le débat sur les traités dans une sphère totalement nouvelle. On a ainsi pu déplacer le débat sur les traités ailleurs que sur les traités d'alliance Nippo-Américaine. Pour la première fois, on peut approfondir, non pas politiquement, mais juridiquement, l'obligation de l'Etat née de la conclusion de traités relatifs aux droits de l'homme.

(1) L'amplification de l'application des traités par la Cour suprême

≡
≡
≡
—
S'agissant de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, la réalité demeure encore comme avant la guerre, comme la doctrine de Hozumi, la plupart des juges distinguent complètement les traités et la loi nationale. Pour admettre l'applicabilité des traités devant les tribunaux en

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme tant que normes qui puissent protéger les droits et libertés, la doctrine autorisant la nature juridique interne des normes d'origine internationale fait encore défaut.

La Cour suprême japonaise n'est pas une juridiction spécialisée, pour le contrôle de la constitutionnalité. La Constitution pose que le pouvoir judiciaire appartient à la Cour suprême et aux autres cours inférieures, et tous les litiges, y compris le contentieux administratif, sont de leur ressort (article 76).

En matière de contrôle de constitutionnalité des actes étatiques, la Constitution stipule que «la Cour suprême est une Cour de dernier ressort qui a la compétence de juger de la constitutionnalité de toutes les lois, de tous les règlements, de toutes les règles statutaires ou de tous les actes étatiques» (article 81). Cela signifie qu'est recevable tout recours porté jusque devant la Cour suprême en ce qu'il tend à examiner la constitutionnalité de ces actes.⁽²³⁾

En pratique, le contrôle est effectué par voie d'exception, au cours d'un procès engagé devant une cour ordinaire. Cependant, les moyens du pourvoi en cassation sont limités. Selon le code de procédure pénale et civile, la question de constitutionnalité ainsi qu'un revirement grave de la jurisprudence sont des causes majeures. Il n'y a aucune précision relative aux traités internationaux.

(2) Les normes de référence—traités

Le premier problème revient à savoir si le traité international fait partie du bloc de constitutionnalité dont la Cour suprême doit assurer le respect. Jusqu'à maintenant, la Cour ne se prononçait pas officiellement

sur la question de l'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme en tant que norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Selon les codes de procédures civile et pénale, seule la violation de la Constitution est autorisée comme cause de pourvoi en Cassation. Au sens juridique, le traité ne peut pas être considéré comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, dans les années quatre-vingt, la Cour n'est pas entrée en matière sur le recours en violation des traités.

Toutefois, à partir des années quatre-vingt-dix, la Cour a commencé à appliquer les traités relatifs aux droits de l'homme dans quelques arrêts, en particulier les deux Pactes internationaux de 1966. On peut dès lors considérer que la Cour ne rejette pas toujours l'application des traités. Néanmoins, on ne peut conclure que les traités font partie du bloc de constitutionnalité. Ni la Constitution, ni quelque lois spéciales que ce soit n'ont conféré à la Cour le pouvoir d'annuler les lois ou les autres actes étatiques pour violation directe de règles du droit international. Par conséquent, la violation des traités n'est pas admissible comme moyen de pourvoi en Cassation.

Au travers de sa jurisprudence, on observe que la Cour suprême a ménagé un statut spécial aux traités relatifs aux droits de l'homme.

A: La non-application des traités

三
九 En général, dans la plupart des cas, la Cour n'applique pas les traités. Ainsi, même dans les cas où les Cours d'appels ont mis en application les traités, la Cour suprême a cassé leurs décisions sans aucune mention de ces derniers. C'est le cas de l'arrêt du 5 juillet 1995 rendu par la Cour⁽²⁴⁾

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme suprême dans une affaire de discrimination entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage.

La Cour d'appel de Tokyo a déclaré, dans la décision du 23 juin 1993, la nullité de la clause conditionnelle de l'alinéa 4 de l'article 900 du code civil, qui édicte des règles successorales discriminatoires, au motif que cette clause porte atteinte à l'article 14 de la Constitution, l'égalité devant la loi. Cet arrêt a également appliqué l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour compléter l'interprétation de l'article 14 de Constitution. Puisqu'il s'agit de l'interprétation de l'article 14, la portée de la «raisonnabilité» juridique de traitements discriminatoires entre l'objet et les moyens est très vague pour admettre la violation du principe d'égalité.

Alors que la Cour d'appel a constaté l'inconstitutionnalité de l'alinéa 4 de l'article 900 du code civil, la Cour suprême a porté le verdict inverse, à propos de la même affaire. Dans l'arrêt du 5 juillet 1995, la Cour a indiqué que l'institution successorale est établie en tenant compte des conditions historiques, sociales et traditionnelles, des mentalités des nations, ainsi que des relations familiales. Par conséquent, la compétence du choix de l'institution familiale relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. De plus, puisque le code civil admet la protection du mariage légal, la discrimination des enfants nés hors mariage est raisonnable. De ce fait, l'alinéa 4 de l'article 900 du code civil ne porte pas atteinte à l'article 14 de la Constitution. En l'occurrence, la Cour n'a pas fait mention du Pacte.

L'arrêt du 24 mars 1999 de la Cour⁽²⁵⁾ a soulevé une question similaire. Dans cet arrêt, la Cour a admis la constitutionnalité de l'alinéa 3 de

l'article 39 du code de procédure pénale qui pose l'impossibilité d'obtenir une entrevue avec ses avocats pendant la détention provisoire. Les requérants ont soutenu les «Recommandations» du comité du Pacte (civil et politique) sur l'article 14 (3b) de ce Pacte qui assure le droit de la défense et le droit de communiquer avec ses avocats choisis par les intéressés eux-mêmes. Selon ces «Recommandations générales», il est nécessaire que les avocats puissent exercer leurs fonctions sans intervention inadéquate.⁽²⁶⁾ Mais la Cour ne fait qu'indiquer que cet alinéa ne porte pas atteinte à plusieurs articles de la Constitution. On peut donc s'interroger sur la portée de la responsabilité de l'État dans le respect du traité. Dans le cas où ces États n'acceptent pas la saisine individuelle, le système de contrôle du Pacte est effectué par le contrôle des Rapports des États. Ainsi, l'acceptation des traités relatifs aux droits de l'homme en tant que normes juridiques internes implique nécessairement celle d'un contrôle effectué par des organes propres des traités.

B: L'application des traités: l'interprétation à la lumière de la Constitution

En 1997, dans l'arrêt concernant la constitutionnalité de la censure obligatoire des textes scolaires par le Ministère de l'éducation, la Cour a clairement appliqué le Pacte (des droits civils et politiques). Mais elle l'a identifié à l'article 21 (liberté de parole, de presse, ainsi que de réunion, d'association et d'expression, et l'interdiction de toute censure quelle qu'elle soit) de la Constitution. D'abord, la Cour a déclaré que la censure des textes scolaires par le Ministère de l'éducation ne porte nullement atteinte à la Constitution. Selon la Cour, le Ministère de l'éducation n'interdit pas la vente au public des textes considérés comme impropres en

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme tant que textes scolaires. Cela signifie que la censure par le Ministère de l'éducation n'est pas une réelle censure au sens de l'article 21. De plus, selon la Cour, la liberté d'expression elle-même n'est pas sans limitation. Il va de soi que la liberté d'expression peut être limitée par des intérêts publics.

Quant à la conventionnalité de la censure relative à l'article 19 du Pacte, qui édicte la liberté de l'expression, la Cour a déduit de cette disposition la garantie de la liberté d'opinion et d'expression. Néanmoins, cet article admet la limitation de ces libertés pour plusieurs motifs. Concernant cette limitation, le Comité du Pacte a délimité une ouverture qui est plus étroite que celle de l'article 21 de la Constitution. Par conséquent, les contenus de ces deux limitations ne sont pas identiques. Cependant, selon la Cour, lorsque l'article 21 admet la limitation pour les intérêts publics, c'est-à-dire que la censure sur les textes scolaires ne porte pas atteinte à l'article 21, naturellement cette censure ne porte pas atteinte à l'article 19 du Pacte.

Cette interprétation de la Cour suprême concernant l'article 19 du Pacte est discutable. En effet, la Recommandation du Comité du Pacte sur l'article 19 interdit expressément la censure par l'État. Si l'application du traité par le juge national implique l'acceptation de l'autorité de la chose interprétée par l'organe compétent, la question soulevée devant la Cour reste entière.

C: L'application des traités: l'autonomie d'interprétation

A partir des années quatre-vingt-dix, quelques arrêts de la Cour font

mention des traités relatifs aux droits de l'homme. La Cour a toutefois déclaré que la législation nationale ne portait pas atteinte aux traités. C'est le cas de l'arrêt du 2 mars 1993⁽²⁸⁾ sur la constitutionnalité de l'alinéa 2 de l'article 98 de la loi concernant les fonctionnaires d'État qui énonce l'interdiction faite aux fonctionnaires de se mettre en grève. Les requérants ont soutenu que l'alinéa 2 de l'article 98 de cette loi porte atteinte à l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Par conséquent, cet alinéa porte atteinte à l'alinéa 2 de l'article 98 de la Constitution qui stipule que «les traités conclus par le Japon ainsi que le droit international établi doivent être scrupuleusement observés».

La Cour a déclaré cet alinéa conforme à la Constitution en expliquant que les traités mentionnés par les requérants ne peuvent pas être interprétés comme assurant le droit de grève aux fonctionnaires. Dès lors, la Cour a indiqué que cet alinéa ne pouvait pas être considéré comme portant atteinte au traité.

Ce faisant, elle désavouait l'interprétation formulée par le Comité du Pacte international (des droits civils et politiques), pour qui l'article 3 de ce Pacte assure un droit de grève aux fonctionnaires. Dans cet arrêt, la Cour a directement mentionné le traité sans toutefois respecter l'interprétation de l'organe compétent.

三
五 Dans l'arrêt du 13 mars 1998⁽²⁹⁾ concernant le droit de vote et la condition de nationalité, la Cour a eu une interprétation semblable à celle de 1993. Cette affaire traitait de la question de la constitutionnalité de l'alinéa 1^{er} de l'article 10 de la loi concernant les élections des fonctionnaires qui

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme limite le droit de vote et d'éligibilité aux personnes ayant la nationalité japonaise. Les requérants ont soutenu que cette clause porte atteinte à l'article 25 du Pacte international des droits civils et politiques. En l'espèce, la Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel, qui ne reconnaissait pas la violation du Pacte.

D: L'application indirecte des traités: l'interprétation de la Constitution à la lumière des traités

En 2008, dans un arrêt⁽³⁰⁾ concernant l'inégalité entre enfants naturels et enfants légitimes dans la loi relative à la nationalité, la Cour suprême (Grande chambre) a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 3-1 de cette loi rendant ainsi le huitième arrêt d'inconstitutionnalité depuis 1947. L'article 3-1 prévoyait que les enfants naturels, nés d'un père japonais et d'une mère étrangère, reconnu par son père après sa naissance, sous la condition du mariage des parents postérieurement à cette reconnaissance, acquière la nationalité japonaise. Concernant cette condition (nécessité du mariage), les requérants ont soutenu que cet article représentait une rupture d'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels quant à l'acquisition de la nationalité et est contraire à l'article 14-1 de la Constitution qui garantit l'égalité devant la loi. La Cour a déclaré que l'article 3-1 crée des inégalités entre les enfants dont le lien juridique est seulement reconnu par le père et les enfants qui ont obtenu le statut d'enfants légitimes par le mariage ultérieur des parents. Plusieurs affaires ont été concernées par cette question des inégalités générées par l'article 3-1, mais aucune n'avait abouti à un succès.

Cette fois, la Cour a admis les arguments des requérants qui ont fait référence au droit étrangers et aux traités relatifs aux droits de l'homme.

Dans son arrêt, la Cour a interprété l'article 14-1 à la lumière des droits étrangers, du pacte international et la convention des droits des enfants de 1989.

La Cour a ainsi précisé, dans le cadre de l'interprétation de l'article 14-1 de la Constitution, que «Dans les législations des pays étrangers, il existe une tendance consistant à mettre fin à la discrimination contre les enfants naturels, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale des droits de l'enfant-1989, régulièrement ratifiés par le gouvernement japonais, il existe des dispositions qui interdisent toutes les sortes de discrimination causées par sa naissance.», «Considérant le changement du contexte social mentionné ci-dessus, soit international, soit national, la condition selon laquelle l'acquisition de la nationalité japonaise est limitée au seul cas du mariage ultérieur des parents, il est possible de considérer qu'il n'y a plus de proportionnalité raisonnable avec l'objet et les moyens de la loi.⁽³¹⁾». A la suite de cet arrêt, le Parlement a révisé l'article 3-1 de la loi relative à la nationalité afin de supprimer «la condition du mariage», en décembre 2008.

≡
≡
≡
Cet arrêt est remarquable du point de vue de la garantie des droits fondamentaux au Japon dans la mesure où il constitue le huitième arrêt déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi depuis la mise en œuvre de la Constitution en 1947. De plus, du point de vue de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, c'est la première fois que la Cour suprême interprète la Constitution à la lumière des traités. Les juristes expliquent ce moyen comme étant une «application indirecte des traités». Dans un contexte marqué, au sein de la communauté des juristes japonais, par la distinction entre droit national et droit international, l'application

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise du point de vue de la protection des droits de l'homme indirecte des traités est un pas en avant dans le développement de la garantie des droits fondamentaux.

Par conséquent, on peut faire quatre remarques sur l'attitude de la Cour face aux traités relatifs aux droits de l'homme.

Premièrement, dans la majorité des arrêts, la Cour n'a pas admis le traité comme norme de contrôle de constitutionnalité.

Deuxièmement, dans le cas où la Cour applique les traités, elle a identifié les normes internationales aux normes constitutionnelles nationales. Ainsi, la Cour a interprété les traités selon l'interprétation donnée à la Constitution.

Troisièmement, la Cour a appliqué et interprété deux Pactes indépendamment de la Constitution, sans toutefois tenir compte de l'interprétation des Comités des Pactes. Aucune communication ou échange n'a été effectué entre les juges nationaux et l'organe autorisé à délivrer une interprétation de ces Pactes.

Enfin, la Cour a commencé à appliquer les traités indirectement pour interpréter la Constitution.

Ces remarques sur la jurisprudence montrent que la Cour suprême japonaise ne respecte pas encore bien l'exigence internationale d'exécuter les traités. Cette négligence des traités en tant que normes juridiques internes concerne la question de la légitimité constitutionnelle des traités et celle des rapports entre droit constitutionnel et droit international dans le domaine des droits de l'homme.

On peut considérer qu'une des causes de ces questions est le reflet du statut du droit international dans l'histoire constitutionnelle japonaise.

≡
=

Conclusion

Au Japon, la question de l'application des normes juridiques d'origines internationales pour la protection des droits constitue un phénomène tout à fait nouveau. Cependant, si on regarde la société internationale actuelle, le déploiement du système démocratique et la question de la transformation de la Constitution face à la source juridique internationale est un thème récurrent, même si cela s'effectuent à des niveaux différents

Pour s'adapter à cette situation, on cherche les idées et les pratiques dans les théories et l'histoire du droit international et également dans les doctrines constitutionnelles des droits fondamentaux communs, dite le standard des droits de l'homme.

En Europe, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou c/Turque*, 23 juillet 1998, définit que la Convention européenne des droits de l'homme est l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. La Cour a estimé que cette Convention a un caractère constitutionnel et objectif, donc, les Etats contractants doivent exécuter les obligations découlant de cette Convention en tant que norme constitutionnelle sur les droits de l'homme. Pour respecter l'obligation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en France, l'intégration de cette Convention dans la constitution est soutenue par d'éminents constitutionnalistes.⁽³²⁾

≡
— Face à cette contrainte conventionnelle, les Etats contractants doivent cultiver et transformer les doctrines sur la souveraineté nationale pour admettre la notion de standard des droits de l'homme, cette fois, pas pour la puissance de l'Etat, mais pour la protection des droits de l'homme.

Face au courant de la constitutionnalisation du droit international,

L'impact du droit international sur la Constitution Japonaise: du point de vue de la protection des droits de l'homme dans le domaine de la protection des droits, le gouvernement et aussi le peuple japonais ont, cette fois, la possibilité de choisir, pour mieux protéger les droits de l'homme.

- (1) Yoshiyuki Noda, «*L'assimilation de droit étranger au Japon*», in «*Le droit étranger et le droit japonais*», 1966, Iwanamishoten, p. 161.
- (2) *Édit sur l'élaboration de la Constitution*, 1876.
- (3) Emer de Vattel, *Le Droit des gens: Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. 1, Londres, 1758, p. 541, *Le Droit des gens: Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. 2, Londres, 1758, p. 345, Lidia H. Liu, *The clash of empires: the invention of China in modern world making*, Harvard University Press, 2004, p. 118.
- (4) Henry Wheaton, *Elements of International Law* (1836), Takeki Osatake, *kinsei nihon no kokusaikannen no hattatsu*, reprinted, Osatake takeki chosakushu, no. 13, 2006, p. 36-60.
- (5) Yatsuka Hozumi (1860-1912) est le professeur de droit constitutionnel à l'Université de Tokyo à l'époque de Meiji. Sa théorie sur la nature du statut juridique de *Tenno* est caractérisé par la puissance absolue, l'impossibilité de le contrôler.
- (6) Tatsukichi Minobe (1873-1948) est le professeur du droit constitutionnel à l'Université de Tokyo, à l'époque de Meiji, Taisho et Showa. Il est connu pour sa doctrine, dit *Tenno-kikan-setsu*, qui explique le pouvoir de *Tenno* en tant que un des organes de l'Etat. Il a cherché la possibilité de contrôler le pouvoir de *Tenno* par la Constitution.
- (7) Hiroyuki Katou, *rikken-seitai -ryaku*, 1868, ré ed., *Nihon no meicho*, 1984, p. 332.
- (8) Hirobumi Itou, *kenpou-gikai*, 1989, ré ed., Iwanami-shoten, 1940, p. 26-27.
- (9) Yatsuka Hozumi, *Teikoku-kenpou no houri, kokkagakkai-zasshi*, vol. 3, no. 25, 1889, p. 173-174.
- (10) Par la définition du caractère chinois, {*Koku*} signifie {l'Etat} et {*tai*} signifie {le corps}. Dans l'histoire politique du Jappn, {*Kokutai*} était une notion de l'identité du Japon, le symbole de la communauté japonaise. Cependant, son contenu était varié selon les époques et les personnes. Après l'adoption de la Constitution de Meiji, l'interprétation du pouvoir de *Tenno* s'est divisée selon la définition de {*Kokutai*}. Car, la Constitution édicte que *Tenno* est le chef de l'Etat mais sa légitimité réside dans le mythe du Japon d'antiquité. Donc, la question majeure était de savoir si la Constitution assure la possibilité de contrôler le pouvoir du *Tenno*.
- (11) Yatsuka Hozumi, *Kenpou-Teiyou*, 1910, p. 206.
- (12) Tatsukichi Minobe, *Kenpou-satsuyou*, 1923, 2^e ed., p. 12-20.

法学志林 第109巻 第4号

- (13) Tatsukichi Minobe, *Nihon-kenpou no kihonshugi*, 1934, p. 42-51.
- (14) Tatsukichi Minobe, *Kenpou-satsuyou*, 1923, 2e ed., p. 61-64.
- (15) Tatsukichi Minobe, *Teikoku-no-kokutai-to-teikokukenpou*, *Hougakukyokai-zasshi*, vol. 31, no. 6, pp. 29-31.
- (16) Yatsuka Hozumi, *Kenpou-teiyou*, 1920, p. 766-776.
- (17) Tatsukichi Minobe, *Kenpou-satsuyou*, 1923, p. 451-460. 451-460.
- (18) Toshiyoshi Miyazawa, *Nihonkoku-kenpou no tanjyou no houri*, *Nihonkoku-kenpou*, commentaire, huroku, 1955, re ed., *kenpou no genri*, 1967, p. 376-387.
- (19) Yoichi Higuchi, *kindai-rikkenshugi to gendai-kokka*, 1973, p. 301.
- (20) Yasuo Sugihara, *Kokumin-shuken to kokumin-daihyousei no kankei*, in *Kenpougaku*, 4, 1976, p. 63 et suiv.
- (21) B. Milquine Geuzevic, traduit par Shigeru Oda et Yoichi Higuchi, *Kenpou no kokusaika-kokusaikenpou no hikakuteki-kousatsu*, 1964.
- (22) Tadakazu Fukase, *furansu-kenpoushi niokeru jyoyaku to kokunaihou*, 1-3, *Hokkaido law review* vol. 7 (2), 1956, p. 1-80, vol. 7 (3-4), 1957, p. 23-55, vol. 8 (1, 2), p. 46-91.
- (23) Le problème se pose pour les traités internationaux, car la Constitution étant muette à cet égard, la question de leur place dans le contrôle de constitutionnalité demeure souvent soulevé.
- (24) Décision de la Cour suprême, 1975 juillet 5 (GC). *Minshu* vol. 49, no. 7, p. 1789.
- (25) Arrêt de la Cour suprême, 1999 mars 24 (GC). *Minshu* vol. 53, no. 3, p. 514.
- (26) General opinion 13/21 (1984), l'article 14, A/39/40, Annex VI.
- (27) Arrêt Saikou-saibansho, 1997 aout 26,
- (28) Arrêt de la Cour suprême, 1993 mars 2. *Roudou-hanrei*, no. 629.
- (29) Arrêt de la Cour suprême, 1998 mars 13.
- (30) Arrêt de la Cour suprême, 2008 juin 4 (GC). *Minshu* vol. 62, no. 6, p. 1367.
- (31) L'arrêt de la Cour suprême du 4 juin 2008 sur l'affaire de la constatation de la nationalité.
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080604174246.pdf>
- (32) D. Rousseau, *L'intégration de la Cour européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité*, in D. Rousseau et F. Sudre (direction), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, droits et libertés en Europe*, 1990, STH, p. 117 et s.; Th. S. Renoux et M. de Villiers, *Code constitutionnel français, commenté et annoté*, LITEC, 1995, 1^{re} éd., art. 55 et 61, p. 431 et p. 455.

本稿は、2010年12月9日、メキシコで開催された第8回国際憲法学会の第15部会「憲法原則に対する国際法の影響」において報告をした原稿である。フランスでの在外期間中に原稿の準備をしたため、日本語の重要文献についての参照が不十分であることをお詫びしたい。