LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
XLIE TABLE RONDE INTERNATIONALE DE L'INSTITUT LOUIS FAVOREU
Université Aix-Marseille, 12-13 Septembre 2025

LA LÉGITIMITÉ DES DÉCISIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ AU JAPON
COMME ÉLÉMENT DU DIALOGUE INSTITUTIONNEL

OGAWA Yukiko, Maître de conférence, Université Teikyo

1. Les caractéristiques des litiges constitutionnels au Japon	1
A.- Nature du système de contrôle de constitutionnalité adopté par la Constitution japonaise	1
B.- Le passivisme judiciaire – l'exemple du contentieux relatif à l'inégalité de la répartition des sièges parlementaires	2
2. Dialogue entre la Cour suprême et les organes politiques	4
A.- La théorie du contrôle de constitutionnalité dialogique	4
B.- L'évaluation du contentieux relatif au déséquilibre du nombre de sièges	5
3. Conclusion	6

La légitimité des décisions d'inconstitutionnalité au Japon comme élément du dialogue institutionnel

Yukiko OGAWA

La pratique du contrôle de constitutionnalité au Japon a souvent été qualifiée de « passivisme judiciaire », la Cour suprême faisant en effet preuve d'une grande déférence à l'égard des organes politiques, comme en témoigne le nombre extrêmement limité de lois qu'elle a déclarées inconstitutionnelles au fil de son histoire (1.a)¹. Toutefois, une tendance récente à l'activation de ce contrôle semble se dessiner : depuis 2022, la Cour suprême a rendu chaque année une décision d'inconstitutionnalité². De leur côté, les juridictions du fond ont commencé en parallèle à recourir à la notion de « situation » ou « d'état d'inconstitutionnalité », qui était jusqu'alors cantonnée au contentieux de la malrépartition du droit de vote (1.b). Ces évolutions suscitent un intérêt croissant pour l'étude des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif, et des modalités de leur dialogue (2.a), ainsi que dans la manière dont cette discussion s'ouvre au-delà des seules institutions, aux citoyens, notamment lors du contentieux électoral (2.b).

1. Les caractéristiques des litiges constitutionnels au Japon

A.- Nature du système de contrôle de constitutionnalité adopté par la Constitution japonaise

L'article 81 de la Constitution japonaise dispose 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 ». La décision fondatrice qui a défini la nature de ce pouvoir est l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour suprême le 8 octobre 1952, concernant la constitutionnalité de la Force de

¹ Il convient toutefois de nuancer l'usage de l'expression consacrée de « passivisme judiciaire ». Comme le souligne le professeur Yoichi Higuchi, l'attitude de la Cour suprême n'est pas exclusivement marquée par une réticence à statuer, mais combine au contraire un « activisme en matière d'interprétation constitutionnelle » et un « passivisme en matière de constat d'inconstitutionnalité »¹. Ainsi, comme l'illustre l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Asahi², la Cour, tout en s'abstenant de déclarer la loi inconstitutionnelle, développa néanmoins dans ses obiter dicta une interprétation volontariste qui servit de caution constitutionnelle aux organes politiques. C'est précisément cette dualité que tend à occulter l'expression réductrice de « passivisme judiciaire ». Yoichi HIGUCHI, « Activisme et passivisme dans le contrôle de constitutionnalité », in *La justice entre activisme et retenue*, Keiso Shobo, 1978, p. 93 et s. Pour la décision Asahi, voir 24 mai 1967, *Asahi c. Ministre de la Santé et du Bien-être social* (Minshū vol. 21, n° 5, p. 1043).

² Cour suprême du Japon, Grande chambre (ci-après C. supr. [Gr. ch.]), 19 juillet 2022, Minshū, vol. 76, n° 6, p. 1475 (Affaire du mariage pour les personnes de même sexe - "Mariage pour tous I") ; C. supr. (Gr. ch.), 25 octobre 2023, Minshū, vol. 77, n° 8, p. 2039 (Affaire de l'opération de changement de sexe), C. supr. (Gr. ch.), 3 juillet 2024, Minshū, vol. 78, n° 3, p. 382 (Affaire sur la loi de protection eugénique).

police de réserve, ancêtre des Forces d'autodéfense³¹. L'affaire portait sur la compatibilité de cette force avec l'article 9, alinéa 2, de la Constitution⁴. La Cour suprême jugea ainsi que :

« Le pouvoir conféré à nos juridictions est celui d'exercer la fonction juridictionnelle ; l'exercice de ce pouvoir suppose la saisine d'un litige concret. Nos juridictions ne disposent pas de l'autorité pour rendre des jugements sur l'interprétation abstraite de la Constitution ou d'autres normes juridiques en l'absence de litige effectif. Certes, la Cour suprême détient un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois et règlements, mais ce pouvoir s'exerce dans les limites de la fonction juridictionnelle. À cet égard, il n'existe aucune différence entre la Cour suprême et les juridictions inférieures (Art.76.1)⁵.

L'article 81, invoqué par les demandeurs, signifie seulement que la Cour suprême a le caractère de juridiction de dernier ressort en matière constitutionnelle. On ne saurait en déduire que la Cour dispose d'un pouvoir propre de contrôle abstrait de constitutionnalité ni qu'elle aurait, en première et dernière instance, une compétence exclusive pour ce type d'affaires. Si la Cour suprême devait, comme le soutiennent les demandeurs, avoir le pouvoir de déclarer abstraitement la nullité des lois et règlements, n'importe quel citoyen pourrait la saisir directement afin de contester leur validité, ce qui ferait apparaître la Cour comme une instance placée au-dessus de tous les pouvoirs de l'État, en contradiction avec le principe fondamental de la démocratie qui repose sur la séparation des trois pouvoirs, leur équilibre et leur non-ingérence mutuelle. »

En somme, dans le système actuel, les juridictions ne peuvent se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme que dans le cadre d'un litige concret. L'argumentation de l'arrêt s'interprète donc comme une négation de la compétence de la Cour suprême pour exercer un contrôle abstrait des normes. Toutefois, la formulation « dans le cadre de notre système actuel » peut également être lue comme

³ C. supr. (Gr. ch.), 8 octobre 1952, Minshū, vol. 6, n° 9, p. 783 (Affaire de la Réserve nationale de police).

⁴ Article 9. 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'Etat ne sera pas reconnu.

⁵ Article 76. Le pouvoir judiciaire, dans son ensemble, est dévolu à une Cour Suprême ainsi qu'à tous tribunaux de moindre instance créés par la loi.

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. Tous les juges se prononcent librement en leur âme et conscience et sont tenus d'observer exclusivement la constitution et les lois.

signifiant qu'un tel contrôle deviendrait possible si une loi venait à en fixer les conditions, notamment en déterminant qui aurait qualité pour agir.

La doctrine est divisée sur ce point. Selon une première thèse, l'article 81 de la Constitution admet la possibilité d'un contrôle abstrait, mais subordonne son exercice à l'adoption d'une loi d'application. Selon une seconde thèse, une telle action serait recevable directement sur le fondement de la Constitution, même en l'absence de législation. Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'en pratique, aucune loi de ce type n'a jamais été adoptée. En conséquence, le contrôle de constitutionnalité au Japon ne s'exerce actuellement que sous la forme d'un contrôle par voie d'exception, à l'occasion d'un litige concret.

B.- Le passivisme judiciaire – l'exemple du contentieux relatif à l'inégalité de la répartition des sièges parlementaires

Les litiges relatifs à l'inégalité de la répartition des sièges électoraux constituent l'un des contentieux constitutionnels les plus fréquents au Japon. Face à cette disparité de la valeur du vote, la Grande Chambre de la Cour suprême a adopté un critère d'examen en trois temps. Premièrement, elle détermine si la répartition des sièges a conduit, « au regard d'un ensemble de considérations diverses », à une « situation d'inconstitutionnalité ». Deuxièmement, si tel est le cas, elle vérifie si l'absence de correction par le législateur « dans un délai raisonnable » a transformé cette situation en une violation effective de la Constitution. Enfin, elle décide s'il convient de se limiter à déclarer l'élection inconstitutionnelle sans l'annuler, ou si la violation justifie l'annulation du scrutin.

Sur le premier point, la jurisprudence constante de la Cour suprême, établie depuis son arrêt fondateur de 1976⁶, retient les critères suivants pour déterminer si une situation d'inconstitutionnalité est atteinte :

« La Constitution doit être comprise comme exigeant l'égalité quant au contenu du droit de vote, autrement dit l'égalité de la valeur des suffrages. Cependant, cette égalité ne constitue pas une norme absolue qui détermine à elle seule la structure du système électoral : elle doit être réalisée en harmonie avec d'autres objectifs ou considérations politiques que la Diète est en droit de prendre légitimement en compte. La Constitution prévoit que, pour les élections des deux chambres de la Diète, le nombre de sièges, les circonscriptions, le mode de scrutin et les autres modalités du processus électoral doivent être fixés par la loi (art. 43, al. 2⁷ et art. 47⁸), de sorte que

⁶ C. supr. (Gr. ch.), 14 avril 1976, *Kurokawa c. Commission électorale de la préfecture de Chiba*, *Minshū*, vol. 30, n° 3, p. 223.

⁷ Article 43. Les deux Chambres se composent de membres élus, représentants du peuple tout entier. Le nombre des membres de chaque Chambre est fixé par la loi.

⁸ Article 47. Les circonscriptions électorales, la procédure de vote et tous autres problèmes ayant trait au mode d'élection des membres des deux Chambres sont réglés par la loi.

le Parlement dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la structure du système électoral.

Pour les élections à la Chambre des représentants, lorsque le système retenu consiste à diviser le territoire national en de nombreuses circonscriptions, il faut considérer que, dans la fixation du nombre de sièges et du découpage électoral, le critère le plus important et fondamental exigé par la Constitution est que le nombre d'électeurs ou la population représentée par chaque député soit maintenu aussi égal que possible. Toutefois, il est également permis au Parlement de tenir compte d'autres éléments, pour autant qu'ils soient raisonnables. Lors de la détermination concrète des circonscriptions, il convient de prendre comme unités de base les subdivisions administratives [...], en considérant divers facteurs : superficie du territoire, densité de population, composition démographique, conditions de transport, situation géographique, etc. L'objectif est à la fois d'assurer une représentation fidèle de la volonté populaire [...] et de concilier cette exigence avec l'égalité de la valeur des suffrages. Par conséquent, la constitutionnalité d'un tel système électoral doit être appréciée selon qu'il conserve ou non une rationalité, en tant qu'exercice du pouvoir discrétionnaire reconnu au Parlement [...]. Ce n'est que si les dispositions concrètes adoptées par le Parlement dépassent les limites de ce pouvoir discrétionnaire, en méconnaissant les exigences constitutionnelles, qu'il faut conclure à une violation de la Constitution. »

2. Dialogue entre la Cour suprême et les organes politiques

A.- La théorie du contrôle de constitutionnalité dialogique

L'attitude du juge, qui consiste à ne pas prononcer immédiatement une déclaration d'inconstitutionnalité, est ainsi parfois analysée sous l'angle du « dialogue » qu'il entretiendrait avec les organes politiques.

Dans la théorie du « contrôle de constitutionnalité dialogique »⁹, le terme de « dialogue » renvoie d'abord à celui qui s'instaure entre les institutions de l'État. L'arrêt d'inconstitutionnalité rendu par la Cour suprême laisse aux organes politiques une marge de manœuvre pour y répondre, et il leur appartient de le faire. Cette interaction en matière constitutionnelle entre la Cour et les pouvoirs politiques est alors qualifiée de « dialogue constitutionnel ». Ce dialogue peut prendre deux formes : le « dialogue ponctuel », qui correspond à la séquence allant de la décision d'inconstitutionnalité à révision législative ; et le « dialogue continu », qui se traduit par une succession de décisions de la Cour et de révisions législatives.

En second lieu, ce dialogue n'est pas limité aux seules institutions étatiques, mais

⁹ SASAKI, Masatoshi, « Le dialogue entre la Cour suprême et les organes politiques », *Ronkyū Jurisuto*, n° 12, 2015, p. 206-207.

inclut également les citoyens. Il recouvre l'ensemble des interactions constitutionnelles entre la Cour suprême, la Diète, le pouvoir exécutif, les collectivités territoriales et le peuple¹⁰. La perspective fondamentale de cette théorie du dialogue est double. D'une part, le contrôle de constitutionnalité est un élément essentiel de l'État de droit, et les décisions d'inconstitutionnalité de la Cour suprême lient constitutionnellement les autres institutions. D'autre part, la garantie des droits fondamentaux et la concrétisation des valeurs constitutionnelles ne résultent pas uniquement des arrêts de la Cour, mais de l'interaction dialogique entre l'ensemble des acteurs institutionnels et la société.

La Cour suprême formule ainsi plusieurs attentes à l'égard des autres acteurs. Elle attend de la Diète qu'elle stimule le débat constitutionnel au cours du processus législatif et qu'elle explicite les faits sur lesquels se fonde la loi. En cas de modification d'une loi jugée inconstitutionnelle, elle attend que la qualité de ce débat soit accrue. Enfin, elle exige de l'État, en tant que partie défenderesse, qu'il assume la responsabilité d'invoquer et de démontrer la constitutionnalité de la loi contestée, notamment à l'aide d'éléments objectifs.

Le « dialogue idéal » se déroulerait donc en plusieurs étapes. Il commencerait par l'explication, lors des délibérations parlementaires, des motifs de la conformité de la loi à la Constitution. Intervendrait ensuite la démonstration de cette conformité par l'État devant la Cour suprême. La Cour rendrait alors un jugement d'inconstitutionnalité laissant une marge de manœuvre au Parlement. Sur cette base, la Diète procéderait à une révision législative fondée sur sa propre interprétation constitutionnelle, laquelle pourrait à son tour faire l'objet d'un nouveau contrôle par la Cour. L'ensemble de ce processus permettrait enfin à la conscience constitutionnelle citoyenne de s'exprimer¹¹.

Selon le professeur Sasaki¹², cette théorie du dialogue invite à réexaminer la question de la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité. Les décisions d'inconstitutionnalité de la Cour ne constituant pas le dernier mot en la matière, le système ne serait pas aussi contraire au principe démocratique qu'on le prétend souvent. À un éventuel « activisme judiciaire », la Diète peut opposer un « activisme législatif » en développant sa propre argumentation constitutionnelle, ce qui nuance le caractère antidémocratique du premier. Même le passage d'un passivisme judiciaire à un activisme judiciaire ne saurait être considéré comme fondamentalement antidémocratique, dès lors que la Cour offre au Parlement l'occasion de réagir de manière autonome.

Les décisions d'inconstitutionnalité de la Cour suprême peuvent en outre stimuler le débat démocratique sur les questions constitutionnelles. Par le prisme de la théorie du dialogue, Sasaki nuance ainsi fortement les objections relatives à la légitimité

¹⁰ Ibid., p. 207.

¹¹ OKANO, Nobuki, « La transformation de la “société” pour la justice et l’avenir de l’“activation” du contrôle de constitutionnalité », *Ronkyū Jurisuto*, n° 38, 2022, p. 65.

¹² SASAKI, Masatoshi, Op. Cit. note 9, p.213

démocratique du contrôle de constitutionnalité.

B.- L'évaluation du contentieux relatif au déséquilibre du nombre de sièges

Du point de vue de la théorie du dialogue, l'arrêt de 2013¹ peut être analysé de plusieurs manières. D'une part, le passage de la majorité de la Cour d'un constat de conformité à la Constitution à celui de « situation d'inconstitutionnalité » ne fut pas un revirement soudain. Ce processus contenait déjà des messages adressés à la Diète, non seulement à travers des opinions dissidentes, mais aussi par le biais d'opinions séparées exprimant des doutes sur la constitutionnalité. D'autre part, la méthode consistant à juger que le système de la « clause de siège réservé à une personne » (*hitori-betsuwaku-hōshiki*) devient inconstitutionnel avec le temps est considérée comme un moyen efficace d'établir un dialogue entre la Cour et la Diète, car elle permet de réduire les frictions en n'invalidant pas frontalement les choix du législateur.

La majorité affirma en outre que, pour apprécier si la Diète avait agi dans un délai raisonnable, il convenait d'évaluer non seulement la durée écoulée, mais aussi la nature des mesures correctrices à prendre et les procédures nécessaires. L'objectif est de déterminer si les efforts du législateur peuvent être jugés raisonnables, en tant qu'exercice de son pouvoir discrétionnaire, « à la lumière de l'esprit de la décision judiciaire ». Ce faisant, tout en reconnaissant une certaine marge d'appréciation au Parlement, la Cour suprême indiqua que la notion de délai raisonnable pouvait être limitée par le contenu de ses propres arrêts. Sur ce point, elle adopta donc une orientation tendant, non pas de manière graduelle mais en substance, à restreindre la marge de manœuvre du législateur.

Il a par ailleurs été souligné que l'évaluation de l'action de la Diète dans le cadre de la théorie du « délai raisonnable » repose en réalité sur une prémisse : les décisions judiciaires antérieures imposent déjà au législateur des obligations de fond, qui constituent l'essence même de la « situation d'inconstitutionnalité ». La référence au « délai » tend ainsi à perdre sa dimension purement temporelle¹³. On peut donc considérer que les éléments du dialogue entre la Cour suprême et les organes politiques ont été intégrés dans le cadre même du contrôle jurisprudentiel, et que le contentieux de la répartition des sièges est, par sa nature, particulièrement propice à un tel développement.

3. Conclusion

Un thème qui a récemment suscité une attention particulière dans le cadre du dialogue entre la Cour suprême et le pouvoir politique est celui du mariage entre personnes de même sexe. Le 30 novembre 2022, le tribunal de district de Tokyo a, pour la première fois, qualifié l'absence de législation en la matière de « situation

¹³ OKANO, Nobuki, *Op. Cit. note 11*, p.66

d'inconstitutionnalité »¹⁴.

L'affaire concernait des requérants qui, souhaitant se marier avec une personne du même sexe, contestaient la constitutionnalité de certaines dispositions du Code civil et de la loi sur l'état civil. Ils soutenaient que ces dispositions violaient les articles 14, paragraphe 1, et 24, paragraphes 1 et 2, de la Constitution, et que l'inaction de la Diète constituait une illégalité au sens de la loi sur la responsabilité de l'État¹⁵, ouvrant droit à réparation. Le tribunal de Tokyo rejeta les griefs tirés de la violation des articles 14, paragraphe 1, et 24, paragraphe 1. En revanche, s'agissant de l'article 24, paragraphe 2, il estima que l'absence de tout cadre juridique permettant aux personnes de même sexe de fonder une famille portait une atteinte grave à leur existence personnelle et que cette exclusion ne reposait sur aucun motif raisonnable au regard du respect de la dignité individuelle. Le tribunal conclut donc à une « situation d'inconstitutionnalité », tout en précisant que la mise en place d'un tel système relevait du pouvoir discrétionnaire du législateur et qu'il n'était pas possible de déclarer directement inconstitutionnelles les dispositions en vigueur.

Certains auteurs ont estimé que cette décision se fondait sur l'idée que la diversité des options législatives justifiait le recours à la notion de « situation d'inconstitutionnalité ». Une telle approche risquerait cependant de rendre pratiquement impossible toute déclaration d'inconstitutionnalité en matière d'inégalité de traitement ou d'inaction législative, et d'entraîner ainsi une banalisation de cette catégorie jurisprudentielle. D'autres commentateurs ont souligné que, l'affaire étant introduite sous la forme d'un recours en responsabilité de l'État, une victoire des requérants n'aurait pu conduire directement à la reconnaissance du mariage pour les personnes de même sexe : seule une réforme législative pouvait l'instaurer. Dans ce type de contentieux, si la demande porte formellement sur une indemnisation, la véritable finalité est souvent d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité afin d'inciter le législateur à agir. Il en résulte un décalage entre l'objet du litige et la réponse judiciaire, car l'inconstitutionnalité d'une norme et l'illégalité au sens de la loi sur la responsabilité de l'État ne se confondent pas.

Dès lors, d'aucuns estiment que le tribunal aurait dû prononcer une véritable déclaration d'inconstitutionnalité. On peut néanmoins voir dans la notion de « situation d'inconstitutionnalité » une réelle utilité : elle incite la Diète à réformer la loi. Dans un contexte où la légitimité démocratique des juges est souvent mise en doute, ce type de décision offre une voie médiane qui permet de solliciter l'intervention du législateur. De plus, au Japon, les garanties procédurales sont relativement faibles. Dans ce cadre, même si le contrôle de constitutionnalité reste incident, une décision d'inconstitutionnalité peut avoir des effets au-delà des parties et, in fine, influencer la législation et la société. On peut dire que cette manière « souple et légère » d'exercer le contrôle s'accorde avec une culture institutionnelle qui privilégie un exercice

¹⁴ Tribunal de district de Tokyo, 30 novembre 2022, Reiwa 1(Wa) n° 2675.

¹⁵ Loi sur la responsabilité de l'État pour les dommages (国家賠償法, *Kokka Baishō Hō*), Loi n° 125 du 27 octobre 1947.

modéré du pouvoir¹⁶. Il ne faut pas oublier, cependant, que la Cour suprême se doit, en tant qu'ultime gardienne des droits fondamentaux, d'assumer également pleinement ses prérogatives, sous peine de commettre, si ce n'est un déni de justice, ce que l'on pourrait qualifier d'abus passif d'autorité.

¹⁶ En réaction aux mesures gouvernementales prises durant la pandémie de Covid-19, le professeur Masahiro Sogabe qualifia la situation de « constitutionnalisme souple et léger » (ゆるふわ立憲主義 *yurufuwa rikkenshugi*)¹. Selon cette analyse, les mécanismes de garantie procédurale préalable et les dispositifs de recours a posteriori face aux mesures coercitives de l'État sont si peu développés au Japon que l'adoption de contraintes plus fortes présenterait des risques excessifs. Sogabe n'estime pas pour autant que ce modèle soit souhaitable et soutient au contraire que la fragilité des contre-pouvoirs rend difficile la mise en œuvre d'un « constitutionnalisme rigide », en soulignant en outre le retard du Japon dans son adaptation aux normes internationales, ainsi que la nécessité de clarifier les relations opaques entre le gouvernement et certains secteurs industriels. SOGABE, Masahiro, « Le problème “autolimitation ou contrainte” à la lumière du constitutionnalisme », *Hanrei Jihō*, n° 2458 (2020), p. 144.