

# Des limites de la révision constitutionnelle au Japon

Satomi Baba\*

## 1 Introduction

La révision de la Constitution<sup>(1)</sup> n'est pas très courante au Japon. En effet, la seule révision qu'il a connue depuis la Restauration de Meiji est celle de 1946. Cette révision visait à modifier la Charte impériale de Meiji afin d'établir la nouvelle Constitution japonaise de 1946, toujours en vigueur aujourd'hui. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler d'une révision constitutionnelle. Même les lois relatives à la procédure de la révision constitutionnelle qui concrétisent l'article 96 de la Constitution ne sont pas encore établies. Ceci ne signifie pas pour autant que les discussions sur la révision sont absentes. Au contraire, on devrait voir dans cette situation le résultat de la vive controverse sur ce sujet depuis la fin de la seconde guerre mondiale. La révision constitutionnelle étant discutée à nouveau dans le programme politique, le débat sur ses limites lui aussi semble aujourd'hui revivre dans le monde académique. Cette contribution a pour but de présenter et d'examiner les discussions sur les limites de la révision constitutionnelle au Japon après guerre<sup>(2)</sup>.

On citera comme formes typiques des limites de la révision les dispositions constitutionnelles interdisant elles-mêmes certaines

---

\* Former Research Associate, School of Law, Waseda University.

※ Ce texte est une intervention faite au 5<sup>e</sup> séminaire franco-japonais du droit public tenu au Centre d'Etudes Japonaise d'Alsace (CEJA, Colmar, France) du 4 à 6 septembre 2002.

(1) La signification de l'expression 'révision constitutionnelle' est imprécise et varie selon les auteurs. On utilisera ici cette expression dans son sens le plus large, pour toute modification positive des textes constitutionnels, sauf autre cas mentionné explicitement.

(2) Sur les discussions sous la Charte impériale de Meiji, voir Hajime Yamamoto, La théorie du pouvoir constituant et la limitation du pouvoir de révision au Japon, Le nouveau défi de la Constitution japonaise, LDGJ 2004, p.41.

révisions, tel l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française de 1958 : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Même si de telles dispositions sont absentes de la Constitution japonaise, il existe quelques textes constitutionnels pouvant être interprétés comme tel selon des auteurs. Ce sont par exemple l'alinéa premier du préambule de la constitution : « Nous rejetons et déclarons nuls et nonavenus toutes autres constitutions, ...y contrevenant. », les articles 11 et 97 : « Ces droits fondamentaux, qui lui sont garantis pas la présente Constitution sont accordés au peuple de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables. ». Pourtant, l'effet juridique de telles dispositions n'est pas évident car à supposer que leur révision même soit légalement possible, on pourrait ainsi effectuer des révisions constitutionnelles préalablement interdites. Dans ce cas-la, on devrait qualifier ce genre de disposition comme de simples déclarations politiques dont l'effet est juridiquement nul. De ce point de vue, on traitera ici des limites de la révision, soit intrinsèques à la théorie constitutionnelle, soit par les normes supra-constitutionnelles. On abordera d'abord quelques types d'argument traditionnels au Japon sur la limitation de la révision, avant d'examiner un nouveau courant de pensée qui essaie de les adapter aux situations modernes.

## **2 Les doctrines de la limitation de la révision constitutionnelle**

### **(1) La doctrine de la limitation par les normes supra-constitutionnelles**

Selon cette doctrine, la raison essentielle par laquelle la Constitution moderne est qualifiée de loi suprême se situe dans le fait qu'elle a été statué pour faire obéir la puissance de l'Etat aux normes éternelles qui garantissent les droits naturels de l'homme. L'idée de pouvoir constituant du peuple devrait donc être considérée comme idéologie utilisée dans la théorie constitutionnelle pour servir dans le combat pour gagner la garantie constitutionnelle de droits de l'homme. Ainsi, le principe des droits de l'homme et son corollaire de la démocratie, les normes fondamentales de la constitution moderne dont la valeur

suprême correspond aux droits fondamentaux de l'homme, devront être considérées comme des normes super-positives positivisées qui, « étant condition fondamentale de l'existence même du pouvoir constituant », représente « les limites intrinsèques qui contraignent l'activité du pouvoir constituant »<sup>(3)</sup>. Il en résulte que la modification de ces normes est impossible en droit par le pouvoir constituant ; et d'autant moins par le pouvoir constitué de révision, intrinsèquement subordonné par la volonté du pouvoir constituant originaire.

L'utilisation du terme 'norme fondamentale' ici est évidemment différent de celui de Hans Kelsen. Critiquant le positivisme relativiste, cette doctrine insiste sur la légitimité du contenu de la Constitution pour que soit reconnue sa pleine validité juridique.

Ceci représente la doctrine dominante parmi les constitutionnalistes au Japon après guerre. Mais un autre courant doctrinal, dit 'positiviste', se développe aujourd'hui. Ce dernier tient compte de 'la valeur' de façon différente, en évitant de se fonder sur le droit naturel.

## (2) La doctrine positiviste de la limitation

Influencée par la fameuse distinction proposée par Carl Schmitt entre 'la Constitution' proprement dite et la loi constitutionnelle, cette doctrine pose comme limite de la révision des dispositions concernant spécifiquement 'la Constitution'. Ces dispositions composent donc la norme fondamentale de la Constitution. Il y a quelques variétés de théories qui appartiennent à cette doctrine, mais les principes considérés comme tels dans la Constitution japonaise sont en général les mêmes : le principe de respect des droits de l'homme, principe de la souveraineté nationale et le pacifisme (bien qu'il existe des discussions sur l'alinéa 2 de l'article 9 relative à la démilitarisation.).

① Une première théorie insiste sur la continuité de l'identité de la Constitution. Une révision touchant la norme fondamentale qui provoque le changement d'identité de la Constitution n'est pas possible car c'est une modification qui est plus qu'une révision. « Une révision qui

---

<sup>(3)</sup> Nobuyoshi Ashibe, *Kenpo seitei kenryoku* (Le pouvoir constituant), Tokyo daigaku shuppankai 1981, pp.41-42.

provoque la discontinuité de l'identité de la Constitution en changeant la norme fondamentale qui constitue son fondement est impossible par la logique juridique car telle 'révision' équivaut à la suicide de la Constitution. »<sup>(4)</sup> Autrement dit, la modification au dessus de la limite équivaut à la révolution au sens juridique du terme ; cette dernière détruisant la Constitution pour en établir une nouvelle. Cela est donc impossible à réaliser au nom de simple révision. Pourtant, une fois effectuée, l'effet juridique de telle 'révision' ne pourrait être qu'acceptée car elle correspondrait à l'établissement d'un nouvel ordre juridique. Simplement, on ne pourrait pas lui accorder de légitimité du point de vue de la précédente Constitution. Ceci signifie que 'l'impossibilité' de la révision demeure relative selon cette théorie.

Certes, on pourrait qualifier cet argument de neutre en valeur, mettant surtout l'accent sur la définition du terme 'révision'. Mais si l'on y voyait une signification normative quelconque, il y aurait une autre possibilité d'interpréter cette théorie : « puisqu'elles n'ont pas une même identité, la Constitution après la 'révision', ne pouvant pas de nature succéder en terme de légitimité à la Constitution avant la 'révision', devrait proposer un nouveau fondement de légitimité » ; « l'appeler 'révision' a pour effet d'accorder à cette modification une apparence de légalité, ce qui finit très souvent et injustement par la légitimer »<sup>(5)</sup> ; la révision qui a pour but d'éviter la nécessité de la proposition d'un nouveau fondement de légitimité ne devra donc pas être admise.

De ce point de vue, cet argument pourrait aussi être considéré comme celui qui insiste sur la légitimité de la Constitution. Les deux types d'argument que nous avons vus jusqu'à présent – limitation par les normes supra-constitutionnelles et doctrine positiviste – se différencient sur l'origine même de la légitimité. Le premier argument voit la légitimité dans le contenu de la norme matérielle, absolue, alors que pour le deuxième, l'interprétation de la légitimité est relative à la présente constitution. Ce qui est injuste dans le deuxième argument, c'est qu'il

---

<sup>(4)</sup> Hogakukyokai, Chukai nihonkoku kenpo (le commentaire de la Constitution), Yuhikaku 1954, p.1425.

<sup>(5)</sup> Noriho Urabe, Zentei Kenpogaku kyoushitsu (le manuel du droit constitutionnel), Nihonhyoronsha 2000, pp.27-28.

envisage la légitimité par l'apparence de légalité sans continuité de l'identité ; et le problème majeur est donc le manque d'explication de la part de l'organe de révision. On reviendra sur ce point par la suite.

② Un autre argument se fonde sur la nature du sujet : la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision. En supposant le pouvoir constituant au dessus du pouvoir de révision, cette doctrine fixe des limites sur l'acte du pouvoir de révision ; ce qui a pour effet de renforcer la normativité de la Constitution. Certes, alors que la notion du pouvoir constituant peut d'une part servir comme fondement de la limitation de l'acte formel de révision, elle peut d'autre part avoir pour effet de faire juridiquement accepter, au nom du pouvoir constituant, une modification dont le pouvoir de révision n'a pas le droit, en la qualifiant : 'acte de constituant'. Pourtant, contre cette possibilité perpétuelle de changement, la plupart des auteurs qui acceptent cette doctrine argumentent en même temps que le pouvoir constituant doit « être perpétuellement gelé » dans la théorie constitutionnelle contemporaine. Autrement dit, selon eux, sous le constitutionnalisme dont le but majeur est la limitation du pouvoir, la Constitution ne doit être appliquée et modifiée qu'en respectant les règles inhérentes car « le pouvoir constituant du peuple s'épuise une fois qu'il a été exercé ». Ainsi, la notion de pouvoir constituant demeure la source de l'autorité de la Constitution, et sa nature statique qui restreint le pouvoir de révision l'emporte ici sur celle dynamique qui aboutirait à « la négation du normatif » au nom de la Nation<sup>(6)</sup>.

Un des traits caractéristiques de cet argument, par rapport aux autres déjà mentionnés, est qu'il cherche la légitimité de la Constitution dans le sujet, le pouvoir constituant qui l'a établie. Ce faisant, contre la crainte de la négation du normatif que provoque nécessairement cet argument, il considère ce pouvoir épuisé pour ne supposer que le pouvoir restreint de révision comme acteur légitime de la modification de la Constitution, ce qui finit par poser la limitation dans la révision constitutionnelle. Mais sur quoi se base cet épuisement du pouvoir constituant ? Le caractère persuasif de cet argument dépend naturellement de ce raisonnement.

Première possibilité : insister sur la nécessité et l'importance de la

<sup>(6)</sup> Yoichi Higuchi, *Kenpo* (le droit constitutionnel) 2<sup>éd.</sup>, Sobunsha 1998, p.74 et suiv.

théorie qui tient compte de la différence entre la source de la légitimité de la puissance de gouvernement et ceux qui détiennent de fait cette puissance. Dans la réalité de la dominance de la puissance par un petit nombre de personnes, légitimer un acte comme celui du pouvoir constituant équivaldrait en fait à légitimer un acte de dominance par la minorité. Il serait donc pertinent d'éviter l'usage de la notion de pouvoir constituant dans la pratique du droit<sup>(7)</sup>. Ici, la considération du pratique semble l'emporter, et ainsi, le sujet de la discussion s'oriente sur la conception de la démocratie et l'appréciation de la réalité du pouvoir.

Deuxième possibilité : définir le pouvoir constituant comme fait historique. Cette notion était historiquement apparue pour légitimer l'établissement de la nouvelle Constitution par la bourgeoisie, c'est-à-dire la nation, contre la puissance féodale. Ainsi, une fois que la Constitution avait été établie, le pouvoir constituant était institutionnalisé dans la Constitution et demeurait la source de sa légitimité<sup>(8)</sup>. Mais ce raisonnement n'est pas très clair. En particulier, la raison pour laquelle les limites de la révision vont au delà du principe abstrait de la souveraineté de la nation n'est pas évidente. Et si ce raisonnement en resterait là, les limites de la révision n'auraient plus qu'un effet purement théorique, et surtout, il n'y aurait plus grande différence avec les doctrines de non-limitation que l'on expose ci-dessous<sup>(9)</sup>.

### **3 Les doctrines de la non-limitation de la révision constitutionnelle**

La plupart des constitutionnalistes japonais admettent d'une manière ou d'une autre l'existence de limites à la révision. Il y a tout de même quelques doctrines contre la limitation<sup>(10)</sup>, influencées notamment

---

(7) Yoichi Higuchi, *Kindai rikkenshugi to gendaikokka* (le constitutionnalisme moderne et l'Etat contemporain), Keisoushobou 1973, p.265 et suiv.

(8) Toshiki Takano, *Kenpo seitei kenryoku to shuken* (le pouvoir constituant et la souveraineté), Seichosha 1998, p.225 et suiv.

(9) Kazushi Kojima, *Kenpogaku kowa* (le droit constitutionnel), Yuhikaku 1982, p.304 et suiv.

(10) Sur ce sujet en général, voir par exemple, Kihachiro Kanno, *Zoku kokkenno genkai mondai* (l'étude sur le pouvoir de l'Etat 2), Bokutakusha 1988, p.16 et suiv.

par le positivisme allemand. D'une part, la doctrine positiviste de la non-limitation, et d'autre part, celle du pouvoir absolu du constituant. Selon la première, la suprématie de la Constitution provient non pas de son contenu mais de sa forme, c'est-à-dire de ce qu'elle a la forme constitutionnelle. Ceci signifie qu'il n'est pas pertinent de supposer un pouvoir constituant au dessus de la Constitution écrite. Le pouvoir de révision prévu dans la Constitution peut donc changer tout autre texte constitutionnel, et toute révision est légitime tant qu'elle est légale, qu'elle respecte la procédure prévue par la Constitution<sup>(11)</sup>. Dans ce même courant, un argument y ajoute l'idée d'un droit qui devrait changer tous les jours selon les besoins sociaux et qui ne pourrait donc pas être limité par nature<sup>(12)</sup>.

Quant à la doctrine qui envisage le pouvoir absolu du constituant, elle peut encore se diviser en deux arguments. Le premier, influencé par la doctrine française, qualifie le pouvoir du constituant comme notion juridique dans la Constitution, en identifiant le pouvoir constitué au pouvoir constituant du peuple. Le deuxième ne distingue pas ces deux pouvoirs non plus mais les qualifie comme notion politique, le pouvoir de fait, qui se situe au dessus de la Constitution. Ainsi, dans les deux cas, puisque le pouvoir de révision est identifié au pouvoir constituant, il ne peut pas être limité. Cependant, selon le deuxième argument, même si la Constitution est modifiée par une autre procédure que celle prévue, cette modification sera légitime car le pouvoir, qui établit la constitution et au dessus duquel il n'y a plus de loi pour lui donner l'autorité juridique, ne peut être que le pouvoir de fait et suprême, et la modification arbitraire de la Constitution est donc par nature une révolution. Ici, naturellement, toute considération sur la légitimité juridique n'a point d'importance. Par contre, selon le premier argument, la possibilité illimitée de la révision est légitimée comme acte juridique du pouvoir constituant. Etant la volonté du peuple, le pouvoir constituant a toute liberté quant à ses actes. De ce point de vue, notamment dans un système comme celui du

---

<sup>(11)</sup> Soichi Sasaki, *Kenpowo kaiseisuru kokkasayouno houri* (la théorie juridique de l'acte de révision constitutionnelle), *Hougaku ronso* vol. 60 n° 1, 2, p.11.

<sup>(12)</sup> Yoshio Oishi, *Kenpo kaiseito sono genkai* (la révision constitutionnelle et sa limite), *Koho kenkyu* vol.8, p.14 et suiv.

Japon où le référendum est obligatoire dans la procédure de révision, même si logiquement possible, en pratique, la légitimité de la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué de révision n'est pas perceptible de façon très évidente<sup>(13)</sup>. Là se trouve une autre conception de la démocratie.

#### **4 Les arguments sur la limitation de la révision et les différentes conceptions de la démocratie**

Dans le débat sur la limitation de la révision constitutionnelle, deux types de controverses se mêlent. D'une part, l'argument du 'pur jus-positivisme', tout à fait libre de valeur, s'oppose aux autres arguments qui tiennent compte d'une certaine valeur. Cette opposition provient essentiellement de la différence au niveau de ce que est l'objet et le but de l'étude du droit pour l'un et l'autre<sup>(14)</sup>. D'autre part, on peut trouver des divergences sur la source de la légitimité de la Constitution et sa modification. Ici, on traitera surtout de la dernière dimension qui semble plus prégnant à analyser d'un point de vue pratique.

En ce qui concerne la doctrine de la non-limitation du pouvoir de révision qui est le pouvoir constituant et la doctrine de la limitation par l'épuisement du pouvoir constituant, dans la mesure où tous les deux voient la légitimité de la Constitution dans le fait qu'elle a été établie par l'acte du pouvoir constituant qui représente une base populaire, elles se fondent sur une même perspective. Certes, quant à la nature du pouvoir de révision, elles ne partagent pas une même idée. En effet, pour l'une le pouvoir de révision est un pouvoir constitué par le constituant, et pour l'autre il est un pouvoir institué ou dérivé du constituant. Pourtant, cela n'a pas de grande importance sur l'effet d'une modification de la Constitution, car l'exercice du pouvoir constituant étant considéré ou non comme rupture de l'ordre juridique, une modification, au delà de la limite éventuelle, pourrait, dans les deux cas, finir par être légitimée comme acte du pouvoir constituant même. En conséquence, il serait pertinent de considérer que la différence entre elles provient de la divergence sur la

---

<sup>(13)</sup> Voir par exemple, Kazushi Kojima, op. cit., p.316 et suiv.

<sup>(14)</sup> Kazushi Kojima, op. cit., p.312.

conception de pouvoir constituant et non pas celui de révision.

Quel pouvoir est supposé comme pouvoir constituant dans la doctrine de son épuisement ? On pourrait voir derrière cette doctrine l'idée de Sieyès sur laquelle la Nation est libre de toute contrainte et que sa volonté devrait se manifester sans contrainte procédurale ou formelle, ou l'idée de Schmitt qui voit le pouvoir constituant dans l'approbation des masses<sup>(15)</sup>. Cela pourrait être une des raisons pour lesquelles qu'elle insiste sur son caractère destructif contre le constitutionnalisme. Toutefois, ce qui serait remarquable sur ce point, c'est un courant de doctrine qui sympathise avec l'argument d'Oliver Beaud, qui, se basant en principe sur la théorie de Schmitt, mais ayant en même temps conscience de la caractéristique d'anti-constitutionnalisme de sa notion du pouvoir constituant 'actif ou dynamique', insiste sur la nécessité éventuelle de l'exercice du pouvoir constituant démocratique : le référendum constituant<sup>(16)</sup>. De ce point de vue, est soulignée l'importance de la distinction entre le référendum constituant, le référendum législatif et la révision par le Congrès. L'importance ici de cet argument se situe dans son effort de surmonter le caractère destructif de la notion schmittienne du pouvoir constituant, étudiant le pouvoir constituant et de révision en tenant compte des organes concrètes notamment le référendum, au delà de la notion abstraite. Il est vrai que l'essentiel de 'l'épuisement' du pouvoir constituant devrait être trouvé plutôt dans l'appréciation réaliste de l'auteur sur le politique, le décalage entre l'expression idéale de la volonté nationale et la limite du système politique réel. Même le référendum populaire ne pourrait donc pas donner la pleine légitimité à son résultat. Mais en fin du compte, cela semble ici se dissoudre en argument sur la pertinence d'un système concret de la démocratie. La doctrine insistant sur l'importance de l'effet de la succession de la légitimité pourrait par ailleurs être située sur la même ligne des arguments. Il serait important de revenir sur la signification de l'existence de différents concepts de pouvoir, celui

---

<sup>(15)</sup> Yoichi Higuchi, Kenpo, op. cit., p.78 et suiv.

<sup>(16)</sup> Hajime Yamamoto, Saikinno France ni okeru 'kenpo seitei kenryoku' ronno fukken (la renaissance des arguments sur 'le pouvoir constituant' en France), Housei riron 1997. Dans cet article est principalement traité : Olivier Beaud, la Puissance de l'Etat, PUF 1994.

constituant, de révision et législatif, dans la théorie de la démocratie contemporaine.

Cela étant, les arguments ne devraient pas être limités sur la procédure. La notion de la volonté du pouvoir constituant étant une notion idéale abstraite, il ne peut pas exister ‘un pouvoir constituant’, une telle volonté concrète. Ce serait là d’où proviennent des limites intrinsèques du pouvoir constituant. Et cela se rapprocherait d’un certain sens de la doctrine de la limitation par les normes supra-constitutionnelles, qui devrait se reconstruire de cette perspective.

## **5 Quelques remarques conclusives**

Une des choses importantes qui avaient influencées la discussion, avancée de façon plutôt normative, sur ce sujet au Japon d’après-guerre était évidemment la conjoncture politique dans laquelle la fixation des principes de constitutionnalisme et de respect des individus devait être un des problèmes les plus urgents. Face aux réactions contre le nouvel ordre d’après-guerre, la direction traditionnelle des arguments devait avoir d’une certaine efficacité. Par contre, dans les circonstances actuelles, il semblerait nécessaire de revenir sur «qui et comment décide». L’organe comme le Conseil constitutionnel français qui contrôle la ‘constitutionnalité’ d’une révision constitutionnelle n’existant pas au Japon, l’argument devrait avoir plus de l’efficacité pratique quand il trouve sa signification ailleurs, dans la théorie concrète sur la limite du système de la démocratie.