

État de droit et démocratie : convergence ou antinomie ?

Minamino, Shigeru
Professeur adjoint à l'Université de Kyushu

<https://hdl.handle.net/2324/19649>

出版情報 : pp.127-135, 2008-04. Université de Montpellier I / Monéditeur.com
バージョン :
権利関係 :



Université Montpellier I

C.E.R.CO.P

Université Strasbourg III

Institut de Recherche Carré de Malberg

**VIIÈME SÉMINAIRE
FRANCO-JAPONAIS
DE DROIT PUBLIC**

Les mutations contemporaines
de la démocratie

Faculté de droit de Montpellier

20, 21 et 22 septembre 2006

Sous la direction de :

Olivier JOUANJAN, Professeur à l'Université de Strasbourg III

Alexandre VIALA, Professeur à l'Université de Montpellier I

Hajimé YAMAMOTO, Professeur à l'Université Tohoku de Sendai

ÉTAT DE DROIT ET DÉMOCRATIE : CONVERGENCE OU ANTINOMIE ?

Shigeru MINAMINO

Professeur adjoint à l'Université de kyushu

Le titre que nous ont proposé les organisateurs est difficile à traiter. Une première difficulté provient du fait qu'il s'agit de traiter d'un seul coup deux prolégomènes du droit constitutionnel moderne, « État de droit » et « démocratie », dont chacun doit naturellement mériter un colloque ou un ouvrage, ce qu'ont en effet réalisé récemment Olivier Jouanjan¹ et Luc Heuschling² sur l'État de droit et il y a presque quinze ans Dominique Rousseau sur « La démocratie continue »³. Il n'y aurait plus rien à ajouter.

Une deuxième difficulté découle de l'éventuelle intention des organisateurs : vraisemblablement, ils attendent de moi une intervention sur ce thème *du point de vue du droit constitutionnel japonais*, « quelque chose sur le Japon ». Or, cette exigence m'accule dans une impasse. D'un côté, s'agissant des concepts, il n'existe pas un concept *japonais* proprement dit d'État de droit ni de démocratie. Les deux concepts ont été importés au Japon de l'Occident, et la doctrine japonaise s'est efforcée et s'efforce toujours de comprendre et d'analyser ce que la doctrine occidentale comprend et analyse autour de ces deux concepts. Concernant l'État de droit, surtout concernant le concept de *Rechtsstaat*, la doctrine japonaise du droit public est très bien achalandée, mais il ne m'est sans doute pas demandé d'en présenter un bilan et, d'ailleurs, cela me serait impossible. D'un autre côté, non pas s'agissant des concepts, mais s'agissant des conceptions, il est peut-être possible d'évoquer les cas japonais. Mais nous ne sommes pas sûrs si une intervention du type « au Japon, c'est comme ça, voilà » vous intéresserait beaucoup.

Il faudrait donc chercher une voie limitée et modérée, à savoir d'abord limiter l'emploi des concepts d'« État de droit » et de « démocratie » dans mon propos à un sens respectif, ensuite modérer l'emploi des cas japonais jusqu'à la borne de nécessité. Mon intervention se veut ainsi une « contribution à la théorie générale, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel japonais ».

¹ O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, PU Strasbourg, 2001.

² L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

³ D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995.

Comme l'a remarqué Michel Troper dans son fameux article intitulé justement « Le concept d'État de droit », « dès qu'on cherche à préciser ce qu'est cet État de droit, [...] on ne peut manquer d'être frappé par plusieurs incertitudes »⁴. Les obscurités portant sur ce concept « entraînent naturellement, continue-t-il, des difficultés considérables lorsqu'on veut énoncer une thèse quelconque sur l'État de droit, par exemple sur ses rapports avec la démocratie. [...] Tout dépend du sens qu'on donne à cette expression »⁵. La conclusion de son exposé « roboratif », pour reprendre l'adjectif employé par Olivier Jouanjan⁶, on le sait tous, consiste à faire valoir que, concernant d'une part l'État de droit dans le sens d'un État soumis au droit, il est « impossible », et que concernant d'autre part l'État de droit dans le sens d'un État qui agit *au moyen* du droit, il est « inévitable ». Cette conclusion me semble impossible à accepter mais inévitable. Elle est inévitable, si l'on prend les mêmes très forts présupposés épistémologiques que ceux de Michel Troper. Elle est impossible à accepter, non seulement si l'on ne partage pas ses présupposés, mais aussi si l'on veut partager l'ambition d'une grande majorité des constitutionnalistes contemporains de soutenir simplement qu'un bon État devrait être en même temps un État de droit et un État démocratique. Ainsi on est invité à donner d'autres sens à ces concepts que ceux donnés par Michel Troper.

I – France

En France, il est souvent dit que le concept d'État de droit a été introduit par Carré de Malberg⁷. Ce n'est évidemment pas vrai⁸, mais la généalogie mise à part⁹, afin de délimiter le sens du concept dans mon propos, commençons par nous rappeler brièvement ses écrits. Le maître de Strasbourg, comme vous le savez, a distingué et comparé le système de l'État de droit

⁴ M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits*, n° 15, 1992, repris dans M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 267 et s. (p. 267).

⁵ *ibid.*, p. 271.

⁶ O. Jouanjan, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, pp. 7 et s. (p. 12, note 21).

⁷ Par exemple : L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2006, § 30.

⁸ Voir L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 376.

⁹ Sur la généalogie du terme « Rechtsstaat », voir O. Jouanjan, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 7 et s. ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.* ; et, n'oublions pas, Harada Kou, *Houchi Kokka Ron (Doctrine du Rechtsstaat)*, Tokyo, Yuhikaku, 1939.

et le système de l'État légal. Le premier, selon ses mots, « s'il a, quant à l'étendue de la puissance administrative, une portée moins absolue que celle du système de l'État légal – possède, à d'autres égards, une portée plus large que ce dernier. L'État légal tend purement à assurer la suprématie de la volonté du Corps législatif et il n'implique que la subordination de l'administration aux lois. [...] Mais le] régime de l'État de droit est un système de limitation, non seulement des autorités administratives, mais aussi du Corps législatif »¹⁰.

Carré de Malberg considère, d'un côté, du point de vue de la « différence hiérarchique »¹¹ entre les deux activités de l'État, activité législative et activité administrative, que le régime établi par la Constitution de la III^e République, spécialement celui exprimé par l'article 3 de la loi du 25 février 1875¹², n'est « pas seulement le régime de l'État de droit, mais bien celui de l'État légal »¹³ car la « Constitution ne définit point l'administration par sa matière, mais uniquement par son caractère exécutif »¹⁴ ; autrement dit : elle ne distingue pas les actes administratifs ayant des effets d'ordre individuel à l'égard des citoyens et ceux dont l'effet demeure « cantonné au dedans de l'organisme administratif »¹⁵. Mais pour cet auteur, d'un autre côté, la III^e République doit, du point de vue du contrôle des actes des pouvoirs publics¹⁶, être qualifiée d'un système « en deçà »¹⁷ des exigences de l'État de droit, ou d'un système qui « ne s'est pas élevé jusqu'à la perfection de l'État de droit »¹⁸ car sa Constitution ne lie pas le législateur mais simplement l'administration par rapport au législateur.

10 R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, tome I, Paris, Sirey, 1920 (réimpr., Paris, Dalloz, 2004), p. 492.

11 R. Carré de Malberg, *Contribution...*, tome I, *op. cit.*, p. 485. Cette expression serait celle de Maurice Hauriou (*Précis de droit administratif et de droit public*, 5^e éd., p. 19).

12 L'article 3 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics : « Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution. [...] ».

13 R. Carré de Malberg, *Contribution...*, tome I, *op. cit.*, p. 491.

14 *op. cit.*, p. 481.

15 *op. cit.*, p. 477.

16 Concernant le contrôle des actes administratifs, chez Carré de Malberg, « si les actes accomplis spontanément par l'autorité administratives intéressent individuellement des citoyens, c'est à l'autorité juridictionnelle qu'il appartiendra de statuer leur légalité » et « si ces actes ne touchent pas au droit individuel, ils demeurent aux Chambres d'arrêter les entreprises de l'autorité administrative, soit par des lois modifiant les règlements que celle-ci a pu édicter, soit par la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle ». R. Carré de Malberg, *Contribution...*, tome I, p. 493.

17 *Op. cit.*, p. 492.

18 *Loc. cit.*

De cette fameuse distinction malbergienne, d'ailleurs critiquée par Michel Troper, pour lequel elle « repose sur deux critères très différents »¹⁹, à savoir la soumission ou non à la loi de toute sorte des actes administratifs d'une part, et la limitation ou non du législateur par les droits individuels d'autre part, on pourrait, me semble-t-il, néanmoins tirer un point de départ pour délimiter le sens dans mon propos du terme « État de droit ».

Lorsque Carré de Malberg estime que la III^e République « ne s'est pas élevé[e] jusqu'à la perfection de l'État de droit », il envisage l'État de droit comme un système de limitation du Corps législatif, un système à venir, ou bien en tout cas un système non encore réalisé à son époque ni en Allemagne ni en France. Et l'on sait que cet auteur, se voulant positiviste de la III^e République et ayant intitulé son dernier ouvrage « La loi, expression de la volonté générale »²⁰, n'était pas en faveur de l'État de droit dans cette acception.

Quant à Léon Duguit, il est plus tranché sur ce point. Il a auparavant nié le contrôle de constitutionnalité des lois mais dans la deuxième édition de son *Traité de droit constitutionnel*, publié en 1923, il l'affirme en écrivant comme suit : « Dans la première édition de cet ouvrage (t. 1, p. 159), j'avais, après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux. J'étais dans l'erreur, et aujourd'hui j'accepte, sans hésiter, la solution que je viens d'exposer [c'est-à-dire non pas la création d'une cour spéciale pour ce contrôle mais plutôt la reconnaissance aux tribunaux existants de la compétence de ce contrôle]. Il me paraît évident, poursuit-il, qu'elle est la conséquence nécessaire et logique de la hiérarchie des lois. [...] J'ajoute qu'un pays dans lequel on ne reconnaît pas ce droit aux juridictions ne vit pas véritablement sous un régime d'État de droit »²¹. On connaît d'ailleurs tous « l'infatigable combat de Léon Duguit en faveur de l'État de droit »²², pour reprendre l'expression d'Olivier Beaud, dans cette acception.

Pour parler du cas japonais de « État de droit et démocratie », je voudrais employer le terme « État de droit » en ce dernier sens : un État de

¹⁹ M. Troper, « Le concept d'État de droit », *précit.*, p. 270.

²⁰ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931 ; réimp., Paris, Economica, 1984 (préface de Georges Burdeau).

²¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, tome 3, Paris, E. de Boccard, 1923, p. 675.

²² O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », dans Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 257-266, (p. 261).

droit est un État dans lequel le contrôle de constitutionnalité des lois est institutionnalisé. C'est évidemment un emploi du terme tout à fait arbitraire, qui ne peut d'ailleurs porter sur beaucoup d'États d'avant-guerre, mais comme le dit Olivier Jouanjan : « Aujourd'hui, le contrôle de constitutionnalité apparaît comme le point archimédique où se rencontrent (sans nécessairement se concilier) la démocratie et l'État de droit »²³. En effet, Jellinek a pu qualifier, déjà en 1919, le contrôle de constitutionnalité des lois comme le « *Lieblingsthema* »²⁴ des auteurs allemands, et dans le Japon contemporain, s'il reste encore chez des constitutionnalistes d'aujourd'hui en tant que thème favori, il s'agirait justement de son rapport avec la démocratie. On pourrait même dire que « les mutations contemporaines » du système constitutionnel entraînent naturellement celles d'un vieux concept qu'est ici l'État de droit. Voilà donc, dans le temps qui me reste, je voudrais parler brièvement, du point de vue du droit constitutionnel japonais, du contrôle de constitutionnalité et de son rapport avec la démocratie.

II – Japon

Sous l'ancienne constitution nippone de 1889, promulguée juste cent ans après la Révolution française, il n'existait pas de système de contrôle de constitutionnalité des lois. Un peu comme dans les années vingt sous la III^e République française, dans le Japon d'avant-guerre également, dans la doctrine constitutionnelle, les opinions sur la justice constitutionnelle étaient divisées. Premier point semblable, le droit positif n'institutionnalise pas le contrôle de constitutionnalité des lois, mais la plupart des doctrines, soit l'admettent par interprétation, soit insistent pour l'introduire. En France, par exemple, suite à une affaire concernant le vice-président du Sénat Anthony Ratier, le quotidien *Le Temps* publia une enquête sur la possibilité du contrôle de constitutionnalité des lois à la fin de l'année 1925 et les auteurs interrogés – outre Paul Raynaud qui était l'avocat de Ratier – des universitaires comme Duguit, Hauriou, Henri Berthélémy et

²³ O. Jouanjan, « État de droit », dans Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 649-653 (p. 652).

²⁴ G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung : staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1919, p. 397.

Mestre y ont tous été favorables²⁵. Au Japon, la plupart des manuels du droit constitutionnel des années vingt le sont aussi²⁶.

Second point de similitude, il existait dans les années vingt, bien sûr, des opinions contre la justice constitutionnelle et elles appartenaient à certains grands noms d'alors, mais elles restaient quand même minoritaires. En France, parmi les auteurs en vie dans les années vingt, c'est Larnaude ou Carré de Malberg, et au Japon, c'est Minobe, le numéro un des constitutionnalistes de l'époque²⁷. Mais dans le Japon d'avant-guerre, contrairement à Duguit et, dans une certaine mesure, à Carré de Malberg, les constitutionnalistes ne discutaient pas le contrôle de constitutionnalité des lois en termes d'État de droit. Ce concept était, avant la guerre, traité en général plutôt par les administrativistes, en tant qu'antipode du *Poli-zeistaat*. Et après la guerre, le système constitutionnel ayant changé, la conception de l'État de droit au Japon subit une grande mutation.

L'actuelle Constitution japonaise de 1947 a institutionnalisé dans son article 81 le contrôle de constitutionnalité non seulement de toutes les lois mais aussi des règlements, décrets et actes administratifs. En dernier ressort, la compétence appartient à la Cour suprême. Le système juridictionnel de l'avant-guerre de type III^e République ou de type autrichien, établi par l'ancienne constitution²⁸, fut abandonné et une organisation de la justice de type américain fut introduite. Pour cette raison, la doctrine constitutionnelle japonaise d'après-guerre s'est référée et se réfère toujours à la littérature américaine s'agissant de la justice constitutionnelle, y compris évidemment de son rapport avec la démocratie. La compatibilité du contrôle de constitutionnalité avec la démocratie ou avec le principe de la souveraineté nationale, ou bien la légitimité du juge suprême consti-

²⁵ *Le Temps*, du 14 novembre 1925 (P. Raynaud), du 15 novembre (H. Berthélémy), du 19 novembre (Duguit), du 29 novembre (Mestre), du 27 décembre (Hauriou). Cités par Miyazawa Toshiyoshi, « De la compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois des tribunaux français (*Fukoku Saibansho no Houritsu Shinsaken ni tsuite*) », *Revue du droit et de la politique de l'Université de Tokyo* (*Kokka Gakkai Zasshi*), vol. 40, n° 7, 1926, repris dans Miyazawa T., *Constitution et Justice* (*Kempô to Saiban*), Tokyo, Yuhikaku, 1967, pp. 147-190.

²⁶ Entre autres, Uesugi Shinkichi (8^e éd., 1928, p. 602 et s.), Ichimura Mitsue (12^e éd., 1926, p. 689 et s.), Shimizu Toru (13^e éd., 1923, non vu), Inada Shunosuke (1925, non vu), Soejima Giichi (1926, non vu).

²⁷ Sur Minobe et son époque, voir Minamino Shigeru, « Minobe Tatsukichi », dans Jean-Louis Halpérin et Olivier Cayla (dir.), *Dictionnaire des auteurs et des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, à paraître.

²⁸ La constitution de 1889 établit la cour administrative comme seule et dernière instance (mais avec le principe de recours administratif préalable) et la cour judiciaire à trois instances.

tutionnel au sein du régime représentatif, sont des « thèmes favoris » des constitutionnalistes américanologues dans le Japon contemporain. Grâce à leurs travaux de grande qualité et de grande quantité, on connaît maintenant bien les discours américains (et allemands) portant sur la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité au sein du régime démocratique : « *Originalism* », théorie du « *pre-committment* », conception « procédurale » de la Constitution, etc. Ces travaux ont été engagés pour que l'on puisse ne pas dire qu'en fin de compte le contrôle de constitutionnalité est incompatible avec la démocratie, autrement dit : pour ne pas considérer que l'État de droit serait inconciliable avec la démocratie.

J'ai dit tout à l'heure qu'un système juridictionnel « de type américain » avait été introduit au Japon par la Constitution de 1947. Mais en réalité, ce devrait être tout de suite nuancé. Certes, en ce sens que le système juridictionnel de l'actuelle Constitution nipponne est moniste, contrairement à la France ou à l'Allemagne ou encore à la Corée du Sud, il est vrai de dire qu'il est conforme au modèle américain. Le contrôle de constitutionnalité s'effectue, comme aux États-Unis, au niveau de chacune des trois instances judiciaires au sommet desquelles se trouve la Cour suprême. Mais il y a bien des différences – sans même compter la différence entre l'État fédéral et l'État unitaire – entre les États-Unis et le Japon. Il faudrait en noter deux pour notre propos.

La première différence importante est le fait que la Constitution japonaise, dans son article 81, attribue d'une façon explicite l'office du contrôle de constitutionnalité des lois aux cours judiciaires tandis que la Constitution américaine, on le sait, ne contient pas d'article l'établissant, du moins en ce qui concerne celui des lois fédérales par le juge fédéral²⁹. Le juge au Japon n'a donc pas eu besoin, contrairement à son homologue américain, de s'attribuer le pouvoir de contrôler la constitutionnalité par une décision de la Cour suprême, ceci lui étant attribué au Japon par une décision du constituant.

La seconde différence est une originalité de la Constitution japonaise, dont j'ai parlé lors du dernier séminaire franco-japonais à Tokyo. Il s'agit de l'article 79, alinéa 2, qui institue ce que je traduirais par « examen ré-

²⁹ Philippe Raynaud écrit sur ce point que « Initialement, la Constitution prévoyait simplement dans son article VI le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois des États, sans l'organiser formellement pour ce qui concernait les lois fédérales adoptées par le Congrès des États-Unis ». P. Raynaud, « Constitutionnalisme », dans Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 266-271 (p. 267).

férendaire », ou bien « examen populaire » des juges suprêmes. Cet alinéa assez compliqué dispose ce qui suit : « La nomination des juges de la Cour suprême est soumise à l'examen du peuple lors des premières élections législatives³⁰ suivant leur nomination, et est de nouveau soumise à l'examen lors des premières élections législatives à l'expiration d'une période de dix ans, et ainsi de suite ». Et l'alinéa suivant de cet article dispose : « Dans les cas mentionnés à l'alinéa précédent, si la majorité des votants se prononce pour le renvoi d'un juge, celui-ci sera révoqué ».

Ce système de révocation des juges suprêmes³¹ ne fonctionne toutefois pas comme le souhaitait sans doute l'auteur de la Constitution. Avant tout il est peu probable que les citoyens connaissent bien les CV de chaque juge ou leurs comportements vis-à-vis de chaque affaire. Les juges suprêmes au Japon sont souvent nommés autour de 65 ans, de temps en temps même presque 70 ans et ils restent donc à la Cour suprême seulement pendant quelques années, jusqu'à leur retraite à 70 ans. On ne les connaît donc pas bien. Ils ne sont pas comme les 9 sages nommés à vie aux États-Unis. Certes la loi ordonne de diffuser les informations sur chaque juge avant la procédure d'examen, mais il n'est évidemment pas facile de se rappeler, devant les urnes, qui a adopté telle ou telle opinion dissidente et qui a signé telle ou telle opinion majoritaire ! Et voici le résultat : depuis presque 60 ans, aucun juge n'a été révoqué. Par exemple, lors des dernières élections législatives, en septembre 2005, six juges parmi les 15 ont été soumis à l'examen populaire. Pour chacun des 6 juges, les votes révoctaires se sont élevés à 5 millions environ contre 59 millions de votes favorables aux juges. Chacun de ceux-ci a donc fait l'objet d'environ 8 % de votes négatifs³². 8 % seulement, et chacun des six juges a reçu à peu près le même taux de votes négatifs. Cela n'a pas guère varié durant 60 ans.

Certes le fonctionnement de ce mécanisme de l'examen populaire n'a ainsi eu jusqu'ici qu'un intérêt très mince ou limité, mais il va de soi qu'il n'est théoriquement pas inconcevable qu'un jour, ce système quasiment

³⁰ Une traduction littérale serait plutôt : « élections générales des membres de la Chambre des représentants ».

³¹ Son origine remonterait à un écrit, élaboré au sein du Département d'État des États-Unis pendant la guerre pour déterminer par avance l'orientation politique après la défaite prévue du Japon. H. Borton, « Japan : Abolition of Militarism and Strengthening Democratic Processes (CAC-185b, PWC-152b) », daté du 9 mai 1944. Voir Hara D. Hideshige, *Nihonkoku Kenpo Seitei no Keifu* (*Origines de la Constitution japonaise*), vol. 1, Tokyo, Nihon Hyoron Sha, 2004, p. 461 et s.

³² Voir le site officiel du Ministère de l'Intérieur et des Communications. <http://www.soumu.go.jp/senkyo/h17sousenkyo.htm>

tombé dans l'oubli chez nous et même chez les juristes, ne refasse surface. En d'autres termes, nous ne pouvons pas dire qu'au Japon, une campagne d'*impeachment* à l'américaine n'aura jamais lieu, comme les célèbres cas du *Chief Justice* Warren au début des années 60 et du juge Douglas en 1970. Certes ce système ne fonctionne pas comme probablement prévu, mais le fait qu'il est bel et bien inscrit dans la Constitution signifie quelque chose.

Voilà donc les deux différences que je souhaiterais souligner concernant le contrôle de constitutionnalité des lois entre les États-Unis et le Japon. Ces différences semblent, à mes yeux, capitales lorsqu'on considère la légitimité du juge constitutionnel japonais. Or, curieusement, les constitutionnalistes japonais ne mettent pas souvent l'accent sur ce point. Comme je l'ai dit tout à l'heure, le discours au Japon portant sur la compatibilité du contrôle de constitutionnalité des lois avec la démocratie est en grande partie très influencé par celui des Américains. Mais, je le répète, le système japonais du contrôle n'est pas introduit par une décision de la Cour suprême mais par la volonté du constituant. Cela veut dire que le système est légitimé peut-être pas démocratiquement mais au moins constitutionnellement. On pourrait même dire qu'une fois légitimé constitutionnellement, il existe peu d'intérêt juridique à le légitimer d'une façon extra- ou supra-constitutionnelle.

Jellinek a écrit que la notion de souveraineté appartient à une catégorie historique et qu'elle est un « *polemischer Begriff* »³³. La notion de démocratie, elle aussi, du moins dans le Japon du XIX^e siècle, a été une notion concurrentielle, rivale, ou revendicative. Sous l'actuelle Constitution japonaise, la notion de démocratie en tant que notion revendicative, me semble-t-il, s'est acquittée de sa mission historique. La démocratie brute n'existe plus au Japon dans tous les sens juridiques du mot, et si une démocratie en tant que concept juridique y existe, ce n'est plus qu'une démocratie constitutionnelle.

D'après les données fournies par le droit constitutionnel japonais, la question de savoir si l'État de droit, au sens du contrôle de constitutionnalité des lois, et la démocratie sont deux choses convergentes ou bien au contraire antinomiques, est donc une fausse question pour la science du droit.

³³ *Allgemeine Staatslehre*, p. 441.

*Achevé d'imprimer
sur les presses de Monediteur.com
Dépôt légal : Novembre 2007*