



7. Réforme du droit de la famille au Japon : quelles avancées pour quelles crispations ?

– par AMÉLIE CORBEL.

Depuis la seconde moitié des années 1990, le bien-fondé de plusieurs mesures contribuant à la pérennité du modèle familial d'après-guerre fait régulièrement l'objet de contestations. Ces mesures, bien que ne contenant pas de provisions explicitement discriminatoires envers un sexe, concourent néanmoins à rendre un agencement familial plus avantageux – et légitime socialement – qu'un autre. Dans le cas japonais, ce modèle familial de référence a longtemps été composé d'un homme pourvoyeur de revenus, d'une femme au foyer pouvant travailler à temps partiel et de leurs enfants. Dans le domaine fiscal, les abattements pour conjoint sont un exemple emblématique de ces mesures ; dans le domaine de la protection sociale, on pourra citer les droits dérivés des femmes au foyer en termes de droits à la retraite.

De même, plusieurs dispositions du droit de la famille sont loin de faire consensus : là où certains souhaitent des réformes allant dans le sens d'une plus grande acceptation de la diversité des formes familiales, d'autres s'opposent à toute réforme de l'institution matrimoniale, craignant la « désintégration de la famille ». C'est notamment le cas des discriminations à l'égard des enfants nés hors-mariage⁷³. L'article 900-4 du Code civil instaurait ainsi jusqu'à récemment une différence entre la part successorale des enfants légitimes et celle des enfants nés hors mariage, ces derniers ne pouvant toucher que la moitié du montant reçu par les premiers. Cette disposition a été supprimée en décembre 2013 à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour Suprême du

⁷³ Qu'ils soient nés de deux parents non mariés mais en couple ou adultérins.

4 septembre de la même année. L'article 731 du Code Civil qui fixe l'âge minimum pour se marier à 16 ans pour les filles et 18 pour les garçons⁷⁴, est également mis en cause pour discrimination⁷⁵. De la même façon, le bien-fondé d'un délai de viduité⁷⁶ d'une durée de 6 mois révolus (Article 733) est très débattu⁷⁷. Enfin, dernier exemple, et pas le moindre, l'obligation pour les couples mariés de porter le même nom de famille. Cette disposition du Code Civil (Article 750) est l'élément du droit de la famille le plus polémique de ces vingt dernières années, bien plus que la question du mariage homosexuel.

La fin de l'année 2015 a été marquée par un renouveau d'intérêt pour ces questions, le contrôle de constitutionnalité⁷⁸ des articles 733 (délai de viduité) et 750 (nom des époux) prévu pour la mi-décembre ayant laissé présager de la possibilité d'une réforme imminente. La Cour Suprême, réunie en assemblée plénière le 16 décembre dernier, déclara qu'un

⁷⁴ La majorité matrimoniale (âge minimum requis pour pouvoir se marier sans l'autorisation de ses parents) est fixée à 20 ans pour les deux sexes.

⁷⁵ A des fins de comparaisons, en France, l'âge nubile était de 15 ans pour les filles et de 18 ans pour les garçons jusqu'à la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006. Depuis, elle a été fixée à 18 ans pour les deux sexes.

⁷⁶ Délai pendant lequel les femmes veuves ou divorcées ne peuvent se remarier afin d'éviter les conflits autour de la paternité d'un enfant né peu de temps après la dissolution du précédent mariage.

⁷⁷ A des fins de comparaisons, en France, le délai de viduité (Article 228 du Code Civil) a été aboli par la loi 2004-439 du 26 mai 2004.

⁷⁸ Au Japon, le contrôle de constitutionnalité est principalement un contrôle *a posteriori* : les tribunaux et cours peuvent se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions légales. Néanmoins, c'est la Cour Suprême qui s'exprime en dernière instance et fait « autorité ». Le contrôle *a priori* est laissé à la direction législative du Cabinet (*Naikaku hōsei kyoku*) lors de l'élaboration des projets de loi.

délai de viduité de plus de 100 jours était inconstitutionnel. Quant à l'obligation pour les époux de porter le même nom de famille, elle ne connut pas le même sort et fut déclarée conforme à la Constitution.

Dans le présent article, nous souhaiterions revenir sur la teneur de ces débats, en approfondissant en particulier la question du nom commun aux époux, avant de nous pencher sur le rôle joué par la Cour Suprême japonaise dans l'évolution du droit de la famille.

La règle du nom commun aux époux : aperçu historique

L'article 750 du Code Civil japonais dispose que « les conjoints doivent porter le même nom, soit celui du mari ou celui de la femme, selon leur choix au moment du mariage⁷⁹ ». La célébration du mariage civil consiste en la présentation d'un formulaire de mariage (*kon. in todoke*) à l'officier d'état civil qui, après avoir vérifié sa validité, le réceptionne. Les époux n'ont pas besoin d'être présents lors de cette démarche administrative, un tiers pouvant venir déposer le formulaire à leur place. Le choix du nom de famille commun aux futurs époux est à effectuer lors de la rédaction du formulaire de déclaration de mariage où une case est prévue à cet effet : au couple de cocher, au choix, la case du « nom du mari » ou du « nom de la femme ». Un formulaire qui ne serait pas dûment complété quant à ce point – soit que les époux n'aient coché aucune case ou qu'ils aient, au contraire, coché les deux – ne pourrait être réceptionné par l'officier d'état civil⁸⁰. Dit autrement, le changement du nom

⁷⁹ Traduction de Koyanagi Shin.ichiro tirée de : Koyanagi Shin.ichiro (2005), « La codification et l'actualisation du Code civil japonais : l'apport de la Commission législative », *Les Cahiers de droit*, Vol. 46, n° 1-2, p. 593.

⁸⁰ Arrêt du Tribunal des affaires familiales de Gifu du

légal de l'un des conjoints est une condition à l'enregistrement du mariage⁸¹.

Comme le souligne Koyanagi Shun.ichirō – professeur de droit à l'université de Dokkyō, « dans le texte, il n'y a pas de discrimination selon le sexe, parce qu'il est possible au mari de déclarer vouloir prendre le nom de son épouse et vice versa. Pourtant, dans la plupart des cas, c'est l'épouse qui portera le nom de son conjoint pendant le mariage [...] »⁸². D'après les statistiques du ministère de la Santé, de l'emploi et de la protection Sociale, 98,8% des couples optaient pour le nom du mari en 1975 ; ils étaient 97,3% à faire ce choix en 1995 et 96,3% en 2005⁸³. Si une légère évolution peut être notée, la très grande majorité des couples choisissent encore le nom du mari comme nom de famille commun aux époux.

Un détour par l'histoire permet d'expliquer les origines de cette législation⁸⁴. L'entrée en

vigueur du Code Civil en 1898 est en effet un moment-clé dans l'introduction de la règle du nom de famille commun aux époux. Une des spécificités de ce Code Civil est d'avoir introduit l'institution juridique de l'*ie*, une communauté familiale dont les membres sont sous l'autorité du chef de famille (*koshu*). Les membres d'une même *ie* sont inscrits sur un registre familial, le *koseki*, qui a pour fonction d'enregistrer les actes d'état civil de ses membres. La règle imposait que le nom de l'*ie* soit porté par le chef de famille et ses membres. Or, le mariage impliquant le transfert d'une femme⁸⁵ d'une *ie* X à une *ie* Y, cette dernière adoptait le nom de la famille de son époux.

La réforme du Code Civil de 1947 constitue un second moment-clé. L'adoption d'une nouvelle Constitution conduit les législateurs à modifier les livres 4 (Droit de la famille) et 5 (Droit des successions) du Code Civil afin que ces derniers entrent en conformité avec les nouveaux principes d'égalité en droit de tous, d'interdiction des discriminations (Article 14) et d'égalité de l'homme et de la femme dans le cadre du mariage (Article 24). Jusqu'alors, le Code Civil japonais – comme la majorité de ses contemporains étrangers – entérinait le principe d'incapacité juridique de la femme mariée⁸⁶. Sa réforme voit l'abrogation de ces dispositions discriminatoires entre les sexes. Mais la règle du nom de famille commun aux époux persiste. Pour comprendre cela, un détour vers la loi sur le registre familial (*koseki-hō*) s'impose. A la suite de la réforme du Code Civil qui abolit l'institution juridique de l'*ie*, la loi sur le registre familial subit en effet de profonds

29 juin 1989. Source : Konuma Isabelle (2006), « La place de la femme au sein du mariage illustrée par la question actuelle du *fifū besshi* (patronyme distinct des époux) », *Japon pluriel* 6, Arles, Philippe Picquier, p.343.

⁸¹ A titre de comparaison, en France, le mariage n'a aucune incidence sur le nom de famille des époux. L'homme comme la femme conserve chacun leur nom de naissance. Toutefois, le mariage permet aux époux d'utiliser le nom de leur conjoint ou le double-nom (dans l'ordre qu'ils souhaitent) comme nom d'usage.

⁸² Koyanagi Shun.ichirō (2005), *op. cit.*, p. 593.

⁸³ Statistiques sur les fluctuations démographiques (Jinkō dōtai tōkei), Statistiques concernant les mariages pour l'année 2005 (Heisei 18 nendo « kon.in ni kansuru tōkei » no gaikyō).

URL : <http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyukonin06/index.html>.

⁸⁴ Cette partie s'appuie principalement sur les sources suivantes : Komiyama Yōko et al. (2013), « Sentakuteki fifū bessei he no michisuiji – Tōkyō chi-sai hanketsu wo ki ni kangaeru », Josei tenbō, n°661, p.2-11

et Konuma Isabelle (2006), « La place de la femme au sein du mariage ... », *op. cit.*, p.341-352.

⁸⁵ Dans le cas d'un homme rejoignant l'*ie* de son épouse, la procédure de mariage devait être complétée par une procédure « d'adoption de gendre » (*mukoyoshi*) de la part des parents de la jeune femme.

⁸⁶ Koyanagi Shun.ichirō (2005), *op. cit.*, p. 582

changements. Là où l'ancien registre pouvait enregistrer de nombreuses générations, le nouveau ne peut plus en contenir que deux : un couple marié et ses enfants célibataires. Le mariage est l'occasion pour les conjoints de quitter le registre de leurs parents et de fonder leur propre registre. Néanmoins, la règle de l'unicité du nom de famille par registre ayant été conservée, l'un des époux doit se défaire de son nom de naissance pour adopter celui de son conjoint.

Une règle qui ne fait pas que des heureuses

Si cette règle reçoit le soutien d'une partie non négligeable de la population, elle a également son lot d'adversaires. Les milieux féministes y voient ainsi un reliquat du système patriarcal d'avant-guerre où le changement de nom marquait la nouvelle appartenance de la femme à la famille de son époux. A elle d'assurer le rôle attendue d'une « belle-fille » (*yome*), c'est-à-dire de produire un héritier, de prendre soin de ses beaux-parents et de s'occuper de la maisonnée⁸⁷. Le combat de ces militantes contre la règle du nom commun aux époux doit donc être replacé dans le rejet plus général de cet imaginaire familial, qui perdure encore aujourd'hui sous diverses formes. D'autres préoccupations – plus conservatrices cette fois – peuvent aussi nourrir une rancœur à l'égard de l'article 750 du Code Civil. Chez les familles sans fils pour faire perdurer le nom de famille, le mariage de la fille aînée et/ou unique peut être source d'émotions complexes. Que ses parents l'aient formulé explicitement ou pas, la jeune femme peut ressentir une obligation morale à éviter que son nom ne « périsse » sous sa génération. Cela peut d'ailleurs

conduire certaines femmes à préférer le concubinage, voire mener à des ruptures dans certains cas. Une solution serait que le gendre accepte de prendre le nom de sa femme, mais cela n'est souvent guère envisageable, la société voyant ce choix comme une « capitulation » qui compromet la masculinité de l'époux⁸⁸. Pour les familles sans héritiers mâles, une réforme du Code Civil serait donc la bienvenue, chacun des époux pouvant conserver son nom à l'issue du mariage. Cette préoccupation de perpétuation du nom de famille a d'ailleurs été largement relayée par les médias en décembre dernier⁸⁹. Ces familles – préoccupées avant tout par la survie de leur lignée familiale – fournissent un contre-exemple à cette rhétorique conservatrice qui associe les pro-réformes à des ennemis de la famille.

L'emploi du « nom de jeune fille » dans le cadre professionnel

Outre le malaise que peuvent ressentir certaines femmes à devoir abandonner leur nom de jeune fille, d'autres inconvénients les attendent, dans le domaine professionnel en particulier. Avec le recul de l'âge au premier mariage⁹⁰, les femmes réalisent une partie de plus en plus importante de leur carrière sous leur nom de naissance. En changer à mi-parcours peut créer des désagréments

⁸⁸ Shin Ki-young (2004), *op. cit.*, p.108.

⁸⁹ A titre d'exemple, citons l'émission *Kurōsu Appu Gendai* (NHK) du 7 décembre 2015 intitulée « Kazoku no myōji dō kangaemasu ka ? « Fūfū bessei » no yukue » (Comment penser le nom de famille ? Sur la piste « des noms de famille distincts entre époux »)

⁹⁰ Il était, en 2013, de 29,3 ans pour les femmes et de 30,9 pour les hommes. Cf. Rapport du Ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection Sociale, « Heisei 25 nen. Jinkō dōtai tōkei geppō nenhyō (gaisū) no gaikyō », p.14. URL : <http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/geppo/engai13/dl/gaikyou25.pdf>

⁸⁷ Pour plus de détails, voir Shin Ki-young (2004), « Fufubessei movement in Japan : Thinking about women's resistance and subjectivity », *F-GENS Journal*, n°2, pp.107-114

professionnels. C'est pourquoi un nombre grandissant de femmes choisissent de continuer à utiliser leur « nom de jeune fille » dans le cadre professionnel. Il faut néanmoins apprécier le point suivant : le nom d'avant-mariage (*kyūsei*) n'est en aucun cas le nom légal de ces femmes (et quelques hommes) mais un nom d'usage⁹¹. Or, le nom d'usage n'a aucune existence légale au Japon : il n'est pas mentionné dans le Code Civil par exemple⁹². Ce faisant, son usage dans le cadre professionnel a longtemps reposé sur la seule bonne volonté de l'entreprise. Encore aujourd'hui, les entreprises n'autorisant pas leurs employé.e.s à utiliser leur nom prénuptial⁹³ ne sont pas rares. Néanmoins, là où le Code Civil et autres textes législatifs se font silencieux, la jurisprudence a peu à peu ouvert la porte à une certaine protection juridique du nom d'usage.

L'un des premiers jugements à ce propos date de 1993. Sekiguchi Reiko, professeure nouvellement rattachée à une université publique, se voit refuser l'emploi de son nom prénuptial dans le cadre de ses activités universitaires. Suite à de nombreuses vexations et pressions de la part de son employeur, elle porte l'affaire en justice. Saisi de l'affaire en première instance, le Tribunal de district de Tōkyō admet qu'un nom d'usage peut faire l'objet d'une protection juridique dès lors qu'il a été porté un certain temps, mais

⁹¹ A des fins de comparaison, la France présente le cas inverse : le nom de naissance est le seul nom légal reconnu et le nom du conjoint n'est qu'un nom d'usage dont la jouissance prend fin avec le divorce.

⁹² La partie sur l'emploi du nom d'usage prend appui sur l'article de Sakamoto Yōko (2015), « Tsushō shiyō wo meguru ugoki – Fūfu bessei soshō dai-hōtei kaifu wo ki ni kangaeru », *Toki no hōrei*, n°1977, mai 2015, pp. 57-75

⁹³ Nous utiliserons indifféremment « nom d'usage » pour « nom prénuptial » et inversement.

conclut néanmoins à la rationalité d'utiliser le nom légal dans le cadre professionnel et donne raison à l'université. La plaignante fait appel du jugement et un compromis est trouvé avec l'université en 1998 : c'est une première victoire. Le second jugement à avoir marqué une avancée dans la protection juridique du nom d'usage date du 29 mars 2001 : le Tribunal de district d'Ōsaka condamne une entreprise à des dommages et intérêts pour avoir refusé à l'une de ses administratrices l'usage de son nom prénuptial. Le jugement indique qu'en limitant le droit de la plaignante de se faire appeler comme elle le souhaitait, « sans raison rationnelle », l'entreprise a porté atteinte à son droit de la personnalité (*jinkaku-ken*).

Cette décision de justice a des répercussions importantes : elle contribue à ce que les fonctionnaires soient autorisés à utiliser leur nom d'usage sur leur lieu de travail à compter du 1^{er} octobre 2001⁹⁴. Depuis le milieu des années 2000, un nombre croissant de documents officiels autorisent – de manière plus ou moins restreinte⁹⁵ – la mention du nom prénuptial.

Ces deux dernières décennies ont ainsi vu progresser l'emploi du nom d'usage à mesure que la jurisprudence lui accordait une certaine protection juridique. Néanmoins, on reste à un stade où son utilisation est conditionnée à la « bienvveillance » de son interlocuteur. De même, un certain nombre de femmes soulignent la difficulté qu'elles éprouvent à jongler entre deux noms, le nom légal étant

⁹⁴ Sakamoto Yōko (2015), *op. cit.*, p.58

⁹⁵ Dans le cas du passeport par exemple, l'autorisation reste exceptionnelle. Afin de pouvoir mentionner son nom prénuptial/d'usage entre parenthèses à la suite de son nom légal, le demandeur doit prouver (1) qu'il est connu sous son nom d'usage à l'étranger et (2) que l'absence de mention de ce dernier sur son passeport susciterait des inconvénients. Source : http://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/passport/pass_4.html#q16

le seul accepté pour certaines démarches. C'était notamment le cas de Kayama Emi, l'une des cinq plaignantes du procès dont l'issue s'est tenue le 16 décembre dernier à la Cour Suprême.

Une réforme attendue par les uns, rejetée par les autres

Ce procès, lancé en février 2011, est le premier à déboucher sur un contrôle de constitutionnalité de l'article 750 du Code Civil par la Cour Suprême. Jusqu'à présent, la voie judiciaire avait été moins sollicitée que la voie législative par les réformateurs. Ce sont les échecs répétés des projets de réforme qui ont décidé les plaignants et leur groupe d'avocats, à porter l'affaire en justice.

La mise sur agenda de la réforme du Code Civil date de février 1996 avec la remise des *Grandes lignes du projet de révision du Code Civil (Minpō no ichibu wo kaisei suru hōritsu-an yōkō)* par la Commission consultative du Ministère de la Justice⁹⁶ (Hōsei shingi-kai) au Ministre de la Justice. Aboutissement de discussions menées pendant près de cinq ans, ce projet de révision⁹⁷ introduit la possibilité pour chaque conjoint de conserver son nom de naissance à l'issue du mariage (*sentaku-teki fūfu bessei*). Quant au nom des

⁹⁶ Il s'agit d'une commission permanente créée en 1949 en vue de la modernisation des codes. Cf. Koyanagi Shin.ichiro (2005), *op. cit.*, p. 576.

⁹⁷ Le texte en japonais est disponible au : http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html. Les autres propositions du projet de révision étaient : (1) la fixation de l'âge légal pour se marier à 18 ans pour les deux sexes ; (2) la réduction du délai de viduité à 100 jours ; (3) l'introduction de l'obligation de déterminer les frais d'entretien des enfants lors du divorce ; (4) la fin de l'inégalité de la part successorale entre enfants légitimes et naturels ; (5) l'admission du divorce par jugement à la demande du conjoint infidèle. Cf. Koyanagi Shun.ichirō (2005), *op. cit.*, p. 593.

(futurs) enfants, le projet propose qu'il soit décidé au moment du mariage.

Ce projet est massivement rejeté par la majorité parlementaire de l'époque. Le Parti libéral démocrate ne souhaite pas toucher à l'institution matrimoniale. Les députés craignent que la possibilité donnée aux couples de ne pas adopter le même nom de famille ne conduise à l'affaiblissement du lien familial. Ils soulignent qu'une telle réforme aboutirait au fait que l'un des parents aurait un nom de famille différent de celui de ses enfants et s'inquiètent des dommages psychologiques que cela aurait sur ces derniers. Pour ces raisons, la plupart des propositions de lois portées par les réformateurs sont enterrées avant même d'être discutées à la Diète.

L'année 2001 voit les débats autour du nom de famille des époux se réactiver à la suite de la nomination de Moriyama Mayumi, femme politique favorable à la réforme de l'article 750 du Code Civil, comme Ministre de la Justice sous le gouvernement Koizumi (PLD)⁹⁸. L'enquête d'opinion menée par le Bureau du Cabinet au mois de mai 2001⁹⁹ montre qu'une grande partie des personnes interrogées (42,1%) ne serait pas opposée à une réforme, alors que 29,9% considèrent qu'un couple marié doit porter le même nom. Les 23% restants¹⁰⁰ préfèrent que les époux partagent le même nom légal mais ne voient pas d'inconvénients à ce que la loi soit modifiée afin de permettre l'emploi du nom de jeune fille comme nom d'usage dans la vie quotidienne.

⁹⁸ Sakamoto Yōko (2015), *op. cit.*, pp. 59-60.

⁹⁹ L'enquête en question s'intitule : « Kazoku no hōritsu ni kansuru yoron chōsa ». La partie 3 est dédiée à la question du nom de famille des époux (*Sentaku-teki fūfu bessei*). Quant aux chiffres mentionnés ci-dessus, ils sont tirés du graphique n°17, disponible au : <http://survey.gov-online.go.jp/h24/h24-kazoku/zh/z17.html>

¹⁰⁰ Il y avait également 5% de non-réponses.

Néanmoins, la majorité des députés PLD demeure opposée au projet de réforme.

L'arrivée au pouvoir du PDJ (Parti démocrate du Japon) en 2009 fait naître de grands espoirs. Le PDJ a en effet pris position en faveur d'une réforme du droit de la famille. Dès 2010, un projet de réforme est porté par la ministre de la Justice, Chiba Keiko (PDJ) et par Fukushima Mizuho (Parti social-démocrate), la ministre en charge de l'égalité hommes-femmes : il inclut la réduction du délai de viduité à 100 jours et la possibilité pour chacun des conjoints de conserver son nom de naissance une fois mariés. Cette initiative se heurte à une certaine opposition au sein de la coalition majoritaire, le Nouveau Parti du Peuple adoptant une position conservatrice sur la question¹⁰¹. D'autres dissensions internes apparaissent au sein du PDJ et éloignent encore la perspective d'une réforme du droit de la famille. Cet échec, sous une majorité qui se dit pourtant favorable à la réforme, conduit les pro-réformes à éprouver de la désillusion vis-à-vis de la voie législative. C'est dans ce contexte que la voie judiciaire est sollicitée dès février 2011.

Le procès : les arguments des plaignants versus la décision des juges de la Cour Suprême

Dans le procès dont l'issue a été scellée par la Cour Suprême le 16 décembre 2015, les plaignants contestaient la constitutionnalité de l'article 750 du Code Civil et réclamaient des dommages et intérêts à l'Etat pour inaction législative, c'est-à-dire pour ne pas

¹⁰¹ Des débats eurent lieu au PLD, en réaction au projet de loi pressenti. Si certaines députées étaient en faveur de la réforme – comme Noda Seiko – d'autres comme Takaichi Sanae proposaient plutôt que soit élargi la reconnaissance légale du nom d'usage. Cf. Sakamoto Yōko (2015), *op. cit.*, pp. 59-60.

avoir remédié à cette situation prolongée d'inconstitutionnalité¹⁰².

Avant d'aborder les arguments des uns et des autres, une présentation des plaignants s'impose¹⁰³. Malgré des âges et des parcours de vie différents, Yoshii Minako (professeure d'université), Sakamoto Kyōko (professeure de lycée à la retraite) et Oguni Kaori (conseillère légale) ont pour point commun d'avoir choisi – faute de mieux – de porter le nom de leur mari tout en continuant d'utiliser leur nom de naissance dans leur vie sociale. Toutes trois regrettent de ne pas avoir pu conserver leur nom de naissance à l'issue du mariage et souffrent de l'inadéquation qui existe entre leur nom légal (= nom de leur époux) et leur « véritable » nom, celui auquel elles s'identifient. Les deux autres plaignants, Kayama Emi (journaliste free-lance) et son compagnon¹⁰⁴ présentent un profil différent. En couple depuis plus de quinze ans et mariés au début des années 2000, ils ont choisi de divorcer « sur le papier » et de revenir au concubinage afin de mettre un terme aux souffrances causées par le changement de nom auquel avait dû se résigner Kayama Emi. Leur parcours assez atypique¹⁰⁵ montre que l'article 750 peut faire

¹⁰² Arrêt du 16 décembre 2015 (n°1023) de la Cour Suprême japonaise réunie en assemblée plénière. URL : http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/546/085546_hanrei.pdf

¹⁰³ Aperçu de la plainte (Sojō gaiyō) disponible sur le site de l'association de soutien au procès. URL : <http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/sojyo.pdf>

¹⁰⁴ A notre connaissance, son nom n'a pas été rendu public.

¹⁰⁵ La pratique qui consiste à se marier juste avant la naissance d'un enfant (afin qu'il obtienne le statut d'enfant légitime) avant de divorcer « sur le papier » n'est pas rare chez les activistes. Cette pratique est rendue possible par la facilité du divorce : le dépôt d'une déclaration de divorce à l'officier d'état civil suffit. Sakamoto Kyōko a fait de même à la naissance de ses deux premiers enfants, pour le troisième elle a décidé de ne pas divorcer.

renoncer au mariage légal et aux bénéfices et protections auquel il donne droit.

Or la Cour Suprême n'a pas suivi l'argumentation des demandeurs qui estimaient que l'article 750 du Code Civil était inconstitutionnel. Quels ont été les principaux éléments du plaidoyer à l'arrêt de la Cour Suprême ?

Le premier article de la Constitution à faire l'objet d'enjeux d'interprétations est l'article 13¹⁰⁶ et particulièrement, l'étendue de la protection qui est accordée au nom de famille. Là où les demandeurs avancent que « le droit de ne pas être contraint à changer de nom » fait partie intégrante des droits de la personnalité couverts par l'article 13, la Cour Suprême préfère une approche plus restrictive de ces mêmes droits. Dans son argumentation, la Cour Suprême souligne que le raisonnement du Code civil qui veut qu'une famille partage un même nom de famille est tout à fait justifiable¹⁰⁷, et qu'en conséquence, il n'y a rien à redire au fait que les changements d'état civil (mariage, adoption, divorce...) s'accompagnent de changements de nom de famille.

Les demandeurs sont aussi d'avis que l'article 750 du Code Civil entre en violation avec l'article 14 de la Constitution japonaise qui proclame l'égalité de tous les citoyens devant la loi¹⁰⁸. A l'arrêt de la Cour d'appel qui déclarait

que le choix du nom des époux « résulte d'une consultation qui se fonde sur la volonté libre et égale de l'homme et de la femme concernée »¹⁰⁹, les avocats des demandeurs au pourvoi répondent que les chiffres disent autre chose : avec plus de 96% des couples qui optent pour le nom du mari, difficile d'admettre que la « consultation » entre les futurs époux se déroule sur un pied d'égalité. Une fois replacé dans son contexte social, l'article 750 perd de sa neutralité supposée. La norme sociale qui veut que c'est à la femme de rejoindre la famille de son époux est toujours d'actualité et se traduit par une attente très forte de la part de la belle-famille, à laquelle la femme aura du mal à échapper si elle ne souhaite pas de tensions avant même le mariage. Le plaidoyer conclut que la règle du nom commun aux époux « provoque inévitablement un effet discriminant »¹¹⁰. La Cour Suprême a choisi de ne pas suivre l'argumentation des demandeurs et revient à une approche plus restrictive de l'article 14. Elle souligne qu'aucune inégalité formelle entre hommes et femmes n'est à noter dans le système de nom unique aux époux et que, s'il est vrai que la vaste majorité des couples optent pour le nom du mari, cette situation n'est pas à proprement parler la conséquence de l'article 750 en lui-même¹¹¹.

Ensuite, le cœur du débat s'est situé dans la conformité de l'article 750 au regard de l'article 24 de la Constitution¹¹². En conditionnant

loi ; il n'existe aucune discrimination dans les relations politiques, économiques ou sociales fondée sur la race, la croyance, le sexe, la condition sociale ou l'origine familiale. »

¹⁰⁶ Article 13 : « Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement. » Les traductions des articles de la Constitution japonaise sont tirées du site : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm#3>

¹⁰⁷ Le texte original indique « gōrisei ga aru », soit littéralement « il y a une rationalité ».

¹⁰⁸ Article 14 : « Tous les citoyens sont égaux devant la

¹⁰⁹ Cité dans le plaidoyer des demandeurs, p.12.URL : http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/bennronyousi_2015_2.pdf

¹¹⁰ Plaidoyer des demandeurs, *op. cit.*, p.14.

¹¹¹ Arrêt de la Cour Suprême, *op. cit.*, p.5

¹¹² Article 24. Alinéa 1 : « Le mariage est fondé uniquement sur le consentement mutuel des deux époux,

la validité du mariage au changement de nom de l'un des conjoints, l'article 750 ne va-t-il pas à l'encontre de la liberté de mariage garantie par l'article 24 ? Si, répondent les demandeurs qui soulignent « un manque de proportion évident entre d'une part l'intention législative, à savoir la préservation d'une « coutume » qui veut que la vie en communauté s'exprime par le port d'un même nom, assurant par là un sentiment d'unité au sein de la famille, et d'autre part le moyen employé – c'est-à-dire l'article 750 – qui conduit les couples réticents à changer de nom à faire face au choix suivant : se soumettre à cette injonction ou renoncer à se marier ». Là encore, la Cour Suprême ne suit pas le raisonnement des demandeurs. Elle souligne que le changement de nom n'est qu'un effet du mariage, et non une condition. De même, ce n'est pas parce que des personnes – en désaccord avec certaines provisions légales du droit de la famille – décident de ne pas se marier, qu'on peut dire que ces provisions restreignent la liberté de mariage définie par l'article 24. Son second alinéa accorde en effet une certaine latitude au législateur dès lors que les exigences d'égalité des sexes et de dignité des individus sont respectées, ce qui est le cas pour l'article 750.

et son maintien est assuré par coopération mutuelle, sur la base de l'égalité de droits* du mari et de la femme. » Article 24. Alinéa 2 : « En ce qui concerne le choix du conjoint, les droits de propriété, de succession, le choix du domicile, le divorce et autres questions se rapportant au mariage et à la famille, la législation est promulguée dans l'esprit de la dignité individuelle et de l'égalité [substantielle] des sexes. »

* La traduction de « *dōtō no kenri* » (par « égalité de droits ») ne fait pas l'objet d'un consensus. Isabelle Konuma lui préfère par exemple la traduction plus littérale de « droits de nature similaire » afin de souligner l'ambivalence de la nature de l'égalité au sein du mariage. Source : Konuma Isabelle (2010), « Le statut juridique de l'épouse au Japon : La question de l'égalité », *Recherches familiales*, n° 7, p. 130.

Dans son opinion complémentaire, le Président de la Cour Suprême – Terada Itsurō – éclaire la décision de la Cour. Il relève la difficulté auquel fait face tout tribunal quand il est amené à juger de la constitutionnalité d'un manque d'options dans le « menu légal »¹¹³ ; le risque étant que le pouvoir judiciaire n'outrepasse son rôle et fasse acte de législateur. Terada conclut en invitant à poursuivre le débat dans le cadre d'un « processus démocratique »¹¹⁴ et passe ainsi la main à la Diète.

Une Cour Suprême « conservatrice » ?

Dans un article de 2009, David S. Law – professeur de droit et de science politique à l'université de Washington – démontrait le caractère « conservateur »¹¹⁵ de la Cour Suprême japonaise en soulignant que sur 61 années d'existence, seules huit dispositions¹¹⁶ avaient été jugées inconstitutionnelles, contre plus de 800 pour la Cour Constitutionnelle allemande par exemple¹¹⁷. La Cour Suprême japonaise est particulièrement réticente à invalider des dispositions politiquement sensibles. Elle s'est ainsi refusée à statuer sur la « bonne » interprétation de l'article 9 de la Constitution japonaise, laissant la voie libre à la direction législative du Cabinet¹¹⁸ pour le faire.

¹¹³ Arrêt de la Cour Suprême, *op. cit.*, p.11.

¹¹⁴ Arrêt de la Cour Suprême, *op. cit.*, p.15.

¹¹⁵ Le terme conservateur est ici à entendre comme une réticence à invalider les lois adoptées par la Diète.

¹¹⁶ Depuis l'année de parution de l'article (2009), deux autres dispositions ont été jugées inconstitutionnelles.

¹¹⁷ Law David S. (2009), « The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan », *University of Texas Law Review*, Vol.87, n°4, pp. 1545-1593.

¹¹⁸ Haley John O. (2005), « Waging war: Japan's constitutional constraints », *Constitutional Forum*, Vol. 14, n°2, p.19 et 21.

Yamamoto Hajime, professeur de droit à l'université du Tōhoku, analyse les raisons de ce « conservatisme », qu'il préfère qualifier de « passivité »¹¹⁹. A la suite d'Itō Masami¹²⁰, il avance que la Cour Suprême se place en retrait des pouvoirs législatif et exécutif en raison d'un certain manque de légitimité démocratique. La Cour Suprême se caractérise par la grande importance qu'elle accorde à la stabilité juridique ainsi que par sa réticence à reconnaître de nouveaux droits subjectifs. Yamamoto ajoute que le manque d'alternance a eu une répercussion importante sur la composition de la Cour Suprême, le gouvernement PLD ayant été le seul pendant longtemps à désigner ses membres. David S. Law insiste sur le fait que le mode de sélection des juges est en l'état actuel largement favorable aux candidats peu à même de s'éloigner des précédents établis par la Cour. En effet, la composition de la Cour Suprême fait l'objet d'une règle officieuse qui veut que sur les quinze juges, huit soient d'anciens magistrats, deux d'anciens procureurs, quatre d'anciens avocats, deux d'anciens hauts fonctionnaires, et que le dernier provienne du professorat. Or, ceux qui ont le plus tendance à se distinguer du statu quo et à exprimer des opinions « libérales » – à savoir les avocats et les professeurs de droit – ne sont pas en mesure de rassembler une majorité de voix.

S'il semble que la nature conservatrice de la Cour Suprême se soit exprimée dans son arrêt de mi-décembre 2015 concernant l'article 750 du Code Civil, n'oublions pas

¹¹⁹ Yamamoto Hajime (2005), « Sur les projets récents de création d'une cour constitutionnelle au Japon », Actes du Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 9-11 juin 2005, Montpellier, p. 3-4. URL : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/YAMAMOTO.pdf>

¹²⁰ Professeur de droit ayant siégé à la Cour Suprême de 1980 à 1989.

que le même jour, elle jugeait en partie inconstitutionnel l'article 733 du Code Civil portant sur le délai de viduité. De même, les deux derniers arrêts d'inconstitutionnalité rendus par la Cour Suprême portaient sur des dispositions touchant au droit de la famille : la discrimination à l'égard des enfants naturels pour la part successorale (4 septembre 2013) et l'obtention de la nationalité japonaise (4 juin 2008).

Ninomiya Shūhei, juriste et professeur à l'université de Ritsumeikan, soutient que ces arrêts sont des mesures ayant pour fondement le droit à l'égalité, et ont permis de garantir des droits aux minorités. Cette posture qui accorde la priorité à la nécessité de trouver une issue à des cas individuels – sans attendre que la législation ne vienne régler le problème – peut être considérée comme extrêmement précieuse dans le domaine du droit de la famille où la législation ne progresse pas¹²¹. Si l'on peut regretter que la Cour Suprême n'ait pas fait preuve d'autant d'initiative dans le cas de l'article 750, cette « posture » s'est bel et bien manifestée au travers des opinions minoritaires émises par cinq des juges.

Sakurai Ryūko (femme, 69 ans), ancienne haut fonctionnaire, Okabe Kiyoko (femme, 66 an), juriste, ainsi que Yamauchi Yoshiki (homme, 69 ans), Onimaru Kaoru (femme, 66 ans) et Kiuchi Michiyoshi, tous trois avocats, ont fait part de leur désapprobation à l'égard de l'arrêt de la Cour¹²². Tous les cinq jugent l'article 750 du Code Civil inconstitutionnel. Cinq voix sur

¹²¹ Ninomiya Shūhei (2015), « Kazoku-hō ni kansuru shihō sekkyōku-shugi no igi to genkai – 2000 nendai ikō no hanrei wo chūshin ni », dans Ichikawa Masato et al. , *Nihon no saikō saibansho : Hanketsu to hito – seido no kōsatsu*, éditions Nihon hyōron-sha, pp.85-86.

¹²² A noter que seul Yamauchi Yoshiki a jugé qu'il y avait eu « inaction législative » de la part de l'Etat devant faire l'objet d'un versement de dommages-intérêts.