

## **L'INSTITUTION MATRIMONIALE EN PROCÈS : DE LA RECONNAISSANCE DU CARACTÈRE GENRÉ DE L'ARTICLE 750 DU CODE CIVIL**

Amélie CORBEL  
Sciences Po / CEE (Paris)

Le 16 décembre 2015, l'article 750 du Code civil japonais qui instaure la règle de l'unicité patronymique des époux, faisait l'objet de son premier contrôle de constitutionnalité. Réunie en session plénière, la Cour suprême jugea cet article conforme à la Constitution, au grand regret des mouvements féministes japonais, qui contestent cette disposition du droit de la famille. L'article 750 du Code civil dispose que « conformément à ce qui a été décidé au moment du mariage, les époux prennent le nom du mari ou de la femme ». Ce choix est à effectuer lors de la rédaction du formulaire de déclaration de mariage, où une case est prévue à cet effet. Un formulaire qui ne serait pas dûment complété – 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 civil (KONUMA 2006 : 343). En résumé, le changement du nom légal d'un des conjoints est une condition à l'enregistrement du mariage<sup>370</sup>.

Comme le souligne Koyanagi Shun.ichiro, professeur de droit à l'université 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 [...] (KOYANAGI 2005 : 593).

D'après les statistiques du ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection sociale, 96,27 % des couples optaient pour le nom du mari en 2005. Les travaux de théorie légale féministe ont mis en évidence la manière dont une norme de droit à la formulation universaliste peut se révéler, dans la pratique, exclusive et inégalitaire. L'article 750 du Code civil en est un parfait exemple : sa formulation neutre donne l'illusion d'un choix fondé sur le libre-arbitre de l'individu, omettant la nature des rapports de force qui s'y

---

<sup>370</sup> À des fins de comparaisons, en France, le mariage n'a aucune incidence sur le nom légal des époux. Les conjoints conservent chacun leurs noms 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.

jouent. Cette même formulation neutre constitue un frein majeur à sa contestation dans l'arène juridique, la justice ayant tendance à se retrancher sur une lecture formelle de l'égalité.

Le présent travail se propose d'interroger la manière dont le mouvement pour le *sentakuteki fufu bessei* – soit celui en faveur de l'introduction de la possibilité pour les couples le désirant de conserver leur nom de naissance respectifs après le mariage – a entrepris de contester le caractère constitutionnel de l'article 750 en justice, avant d'examiner l'arrêt de la Cour suprême.

### **Contester la constitutionnalité de l'article 750 du Code civil**

L'équipe d'avocats en charge du dossier a contesté la constitutionnalité de l'article 750 sur deux fronts : en mettant en évidence son caractère liberticide d'une part, et son caractère fondamentalement inégalitaire et discriminatoire d'autre part.

#### **- Faire reconnaître le caractère liberticide de l'article 750**

Les avocats des plaignants soutiennent que l'article 750 porte atteinte à la liberté de se marier. L'article 24, alinéa 1 de la Constitution dispose que « le mariage est fondé uniquement sur le consentement mutuel des deux époux [...] ». Le consentement des époux est ainsi la seule condition à remplir pour qu'un mariage soit célébré. Toute restriction supplémentaire introduite par le législateur ne doit pas consister « en une restriction irraisonnable (*fugōri na seiyaku*), ni en une ingérence injustifiée (*futō na kanshō*) de la part de l'État » (BENRON YŌSHI 2015 : 8), sans quoi elle serait inconstitutionnelle. Or, l'article 750, en conditionnant la recevabilité du formulaire de mariage au changement de nom d'un des époux, introduit une restriction supplémentaire au seul consentement des futurs mariés. Afin de déterminer du caractère (in)constitutionnel de l'article 750, il importe donc d'analyser s'il s'agit d'une restriction raisonnable ou pas.

Pour cela, il faut revenir aux intentions législatives qui l'ont vu naître. Or, la seule intention législative à ressortir des débats de l'époque semble être la « conservation de la coutume qui voulait que les individus partageant une même communauté de vie portent le même nom de famille ». Pour les avocats, cet objectif de « préservation de la coutume » ne peut constituer une restriction raisonnable à la jouissance de la liberté fondamentale qu'est la liberté de se marier.

L'arrêt de la Cour d'appel ayant mentionné un autre argument pour justifier la règle du nom de famille commun aux époux – à savoir le fait qu'il assurerait le sentiment d'unité de la famille

(*kazoku no ittaikan no kakuho*) – les avocats des plaignants prennent le temps de le contrer dans leur plaidoyer. Ils répondent que le sentiment d’unité familiale et la question du nom sont deux choses bien distinctes. D’ailleurs, les exemples étrangers montrent bien que le sentiment d’unité familiale ne disparaît pas avec l’introduction d’une plus grande liberté dans le choix du nom des époux. Enfin, citant une enquête d’opinion à l’appui, les avocats soulignent que la population japonaise elle-même est plus que sceptique quant au lien de causalité que semble établir la Cour d’appel. Les avocats des plaignants en arrivent à la conclusion que l’intention législative de préservation de l’unité familiale n’est pas une restriction raisonnable à la liberté de se marier. L’article 750 entre donc en violation avec l’article 24 de la Constitution.

- Faire reconnaître le caractère inégalitaire et discriminatoire de l’article 750

L’article 750 respectant le principe d’égalité *formelle* des sexes, tout le travail des avocats des plaignants a consisté à inciter la Cour suprême à dépasser le cadre juridique de la simple égalité formelle pour tendre vers un cadrage plus propice à une prise en compte de l’égalité réelle entre les sexes. Pour cela, ils ont mobilisé le concept de discrimination indirecte (*kansetsu sabetsu*) – défini comme « le fait qu’une règle, en apparence neutre et égalitaire d’un point de vue formel, entraîne des effets discriminatoires à l’égard des femmes dans la pratique » (BENRON YOSHI 2015 : 14). Avec 96 % des couples qui arrêtent leur choix sur le nom du mari, il ne fait pas de doute que – quand bien même il n’y aurait pas d’intention discriminatoire – ce sont dans leur écrasante majorité des femmes qui supportent les coûts liés au changement de nom. Reste alors à savoir si la Constitution japonaise couvre – ou non – les discriminations indirectes. Les avocats des plaignants concluent par l’affirmative<sup>371</sup>.

Néanmoins, afin que le concept de discrimination indirecte soit opérant, encore faut-il que la justice soit disposée à se départir du cadre de l’égalité formelle et à porter son regard sur la manière dont la règle de droit est concrètement appliquée. Or, jusqu’à présent, cela n’a pas été le cas. Ainsi, la Cour d’appel déclarait que :

---

<sup>371</sup> Les avocats des plaignants soutiennent que les discriminations indirectes entrent en conflit avec les articles 14 [Interdiction des discriminations fondées sur le sexe], 24 [Droits de nature similaire et égalité substantielle des époux] et 98.2 [Respect des traités internationaux – ici, la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes] de la Constitution japonaise.

L'article 750 n'est rien d'autre qu'une règle demandant à l'homme et la femme prévoyant de se marier, de déclarer – d'après le résultat d'une concertation fondée sur les intentions libres et égales de chacun d'eux – lequel de leurs noms d'avant-mariage sera porté par le couple après le mariage » (BENRON YŌSHI 2015 : 12).

En qualifiant les discussions portant sur le nom des époux de « concertation fondée sur les intentions libres et égales de l'homme et de la femme », l'arrêt de la Cour d'appel fait le choix d'ignorer les rapports sociaux de pouvoir au sein desquels se joue cette décision.

Les avocats des plaignants soulignent que la question de savoir qui des deux époux prendra le nom de l'autre donne rarement lieu à une « concertation ». Les normes de genre à l'œuvre dans la société japonaise veulent que ce soient aux femmes de changer de nom à l'issue du mariage, et non aux hommes. Autre élément venant altérer le caractère « libre et égal » de la « concertation » entre les futurs époux : la dépendance économique – à venir ou déjà existante – de la femme à l'égard de l'homme dans un contexte social de forte division sexuée du travail.

En résumé, les avocats des plaignants défendent la position selon laquelle le contrôle de constitutionnalité de l'article 750 ne peut faire l'économie d'une analyse des rapports de pouvoir qui structurent les choix offerts aux hommes et aux femmes. L'ignorer, c'est être complice des rapports sociaux de pouvoir à l'œuvre.

### **Le cadrage du problème**

Saisir l'arène juridique dans un but militant suppose également de sélectionner avec soin le profil des plaignants. Non seulement cela a des conséquences sur le champ des possibles en termes d'argumentation juridique, mais c'est aussi l'occasion pour le mouvement de déterminer le « cadrage » qu'il souhaite voir assigner à la cause défendue. C'est pourquoi il faut analyser le profil des cinq plaignants et la mise en récit dont fait l'objet le changement de nom.

#### **- Caractéristiques des plaignants**

La doyenne des plaignants, Sakamoto Kyōko (80 ans, professeure de lycée à la retraite) vit en concubinage avec son compagnon jusqu'à la naissance de leurs trois enfants. Peu avant chacune des naissances, ils se marient afin que leurs enfants soient déclarés légitimes et divorcent peu après. Ils ne divorcent pas à l'issue de la troisième et dernière naissance. La deuxième et troisième plaignantes, Yoshii Minako (professeure d'université) et Oguri Kaori (conseillère légale, *gyōsei shoshi*) ont toutes deux

consenti, faute de mieux, à prendre le nom de leur mari à l'occasion du mariage mais continuent d'utiliser leur « nom de jeune fille » dans le cadre de leurs activités professionnelles. Enfin, Kayama Emi (journaliste free-lance) et son compagnon, dont le nom n'a pas été rendu public, sont les seuls plaignants à ne pas être mariés actuellement. Le couple se marie au début des années 2000 : c'est Kayama Emi qui prend – à regret – le nom de son époux. Elle qui pensait pouvoir conserver l'usage de son nom de naissance même une fois mariée, réalise que certaines situations nécessitent l'usage de son nom légal. Afin de mettre un terme à cette situation, elle et son mari décident de revenir au simple concubinage (*jijitsukon*) et « divorcent sur le papier ».

Cette brève présentation du profil des plaignants permet de mettre en évidence plusieurs caractéristiques. Tout d'abord, tous les plaignants ont été mariés au moins une fois. Ils s'accordent ainsi sur le caractère préférable du mariage légal au concubinage. Plus que la symbolique de l'institution matrimoniale en elle-même, ce sont avant tout les bénéfices et droits qui s'y rattachent que recherchent les plaignants : statut légitime des enfants nés d'un couple marié, reconnaissance légale du couple, avantages fiscaux, etc. Autre point commun aux plaignants : ce sont les femmes qui ont systématiquement pris le nom de leur époux à l'issue du mariage. Que des femmes foncièrement opposées au changement de nom fassent une telle concession souligne à quel point il est difficile pour une femme de résister à la pression qui pèse sur sa personne. « Imposer » à son conjoint de devoir changer de nom reste inconcevable. Ceci vient conforter l'argumentation des avocats sur le caractère fondamentalement biaisé du « consentement » des femmes au changement de nom. De même, toutes les femmes sont présentées sous le jour de femmes exerçant une activité professionnelle. La figure de la femme au foyer ou de la mère est peu présente. Ce choix est à mettre en relation avec le plaidoyer qui souligne le lien étroit existant entre le plus grand investissement des femmes sur le marché du travail, et leur plus grande défiance à l'égard de la règle de l'unicité du nom patronymique des époux.

L'analyse des caractéristiques des plaignants permet de mettre en évidence le « cadrage » de l'affaire souhaité par l'équipe d'avocats, mais fait aussi ressortir *a contrario* l'absence de témoignages en provenance de femmes souhaitant conserver leur nom de naissance afin d'éviter que leur nom de famille ne s'éteigne sous leur génération. Souvent les aînées d'une fratrie de filles ou filles uniques, elles souhaitent pouvoir se marier sous leur nom de famille et – si possible – le transmettre à leurs enfants, sans pour autant

imposer ce choix à leur mari. L'absence de ce type de témoignage lors du procès est d'autant plus notable qu'il a largement été relayé par les médias dans les jours précédant la décision de la Cour suprême. Le choix de ne pas intégrer ce témoignage est à mettre en relation avec le fait qu'il s'accorde mal avec le cadrage de l'article 750 souhaité par l'équipe d'avocats. En effet, le caractère conservateur de cette préoccupation à l'égard de la survie de la lignée familiale (*ie ishiki*) cadre mal avec le caractère émancipateur du plaidoyer des avocats qui est, quant à lui, résolument centré sur l'individu.

- Mettre en récit le changement de nom

Le plaidoyer des avocats reconnaît que pour un certain nombre de femmes, devoir changer de nom à l'issue du mariage n'est pas jugé problématique : au contraire, cela peut même être une source de joie. Pour d'autres, cette même règle d'unicité patronymique des époux représente une véritable perte de soi. Les témoignages soulignent la violence quotidienne que représente le fait de ne plus être maître d'une partie de son identité. Les témoignages concordent sur les limites de l'usage du « nom de jeune fille » (*kyūsei*) comme solution au problème. En effet, ce dernier n'étant pas le nom légal de la personne, son usage dépend du bon-vouloir de l'interlocuteur. Les interactions avec l'administration ou avec l'employeur peuvent ainsi donner lieu à des situations humiliantes où la femme se voit refuser l'usage de son ancien nom et ainsi être « remise à sa place ».

### L'arrêt de la Cour suprême

À présent que la stratégie légale des avocats des plaignants a été clarifiée, il importe de revenir sur les arguments qui lui ont été opposés par l'arrêt de la Cour suprême. Le 16 décembre 2015, celle-ci juge l'article 750 constitutionnel – à une majorité de dix voix contre cinq – et rejette la demande de dommages et intérêts pour inaction législative.

Tableau 1 : Position de la Cour suprême et opinions minoritaires

Plaidoyer des avocats des plaignants	Arrêt de la Cour	OPINIONS MINORITAIRES		
		Okabe K.	Kiuchi M.	Yamauchi Y.
[1] L'article 750 est contraire à la liberté de mariage.	×	○	○	○
[2] Il est foncièrement inégalitaire et discriminatoire à l'égard des femmes.	×	○	○	○
L'article 750 est inconstitutionnel.	×	○	○	○
L'État est fautif d'inaction législative.	×	×	×	○

Ne pouvant entrer dans les détails de l'argumentation de la Cour suprême, nous nous contenterons ici de revenir sur quelques éléments marquants de l'arrêt<sup>372</sup>.

- De la « rationalité » de l'article 750

La rationalité (*gōrisei*) de l'article 750 a été un enjeu majeur du procès. Là où les avocats des plaignants avancent qu'il est irraisonnable d'imposer à tous les couples mariés la règle de l'unicité patronymique, la Cour suprême conclue à la rationalité qu'il y a d'avoir les membres d'une famille porter le même nom. Ce dernier – en tant qu'appellation de famille – a notamment pour fonction de rappeler le groupe auquel appartient l'individu. On passe ainsi d'un cadrage qui insiste sur le caractère irraisonnable de l'absence d'exception à la règle, à un cadrage qui valide la logique intrinsèque de cette même règle. Il importe néanmoins de noter que cette conclusion à laquelle aboutit la Cour ne préjuge en rien de la rationalité qu'il y aurait à introduire un système permettant aux couples le souhaitant de conserver leurs noms de famille respectifs à l'issue du mariage. D'ailleurs, la Cour le répète à plusieurs reprises dans son arrêt.

- Le pouvoir judiciaire ne doit pas faire acte de législateur

L'autre élément marquant de l'arrêt est sa réticence à se prononcer sur le bien-fondé d'un sujet aussi polémique que l'article 750. Dès lors qu'aucun principe constitutionnel n'est enfreint de manière évidente, la Cour suprême n'a pas à s'immiscer dans la définition des règles de droit. Dans son opinion complémentaire, le président de la Cour suprême, Terada Itsurō, souligne ainsi 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 » (Arrêt 2015 : 11) ; le risque étant qu'il n'outrepasse son rôle et fasse acte de législateur.

Cependant, cette mise en retrait volontaire de la part de la Cour suprême se double d'une invitation faite à la Diète de se saisir du sujet. L'arrêt de la Cour est ainsi parsemé de préconisations à l'égard du pouvoir législatif, ceci dans l'optique d'un futur débat sur le bien-fondé de l'article 750.

---

<sup>372</sup> Pour plus de détails en français sur l'argumentation de la Cour suprême, voir Corbel, 2016.

## Conclusion

Le détour par l'arène juridique n'aura donc pas porté ses fruits : le mouvement pour le *sentakuteki fūfu bessei* se retrouve à devoir attendre de la Diète qu'elle se saisisse du sujet. Alors qu'une majorité gouvernementale favorable à la réforme du Code civil (Parti démocrate du Japon) n'était pas parvenue à mener à bien ladite réforme, les espoirs paraissent encore plus maigres aujourd'hui : le Japon connaît une majorité conservatrice depuis 2012 (Parti libéral-démocrate). L'action légale n'aura néanmoins pas été vaine, puisque l'analyse de l'arrêt de la Cour suprême offre des pistes de réflexion sur la meilleure manière de contester la constitutionnalité de l'article 750.

## Bibliographie

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie ; MÖSCHEL, Mathias ; ROMAN, Diane (sous la direction de). *Ce que le genre fait au droit*. Paris, Dalloz, 2013.

CORBEL, Amélie. « Réforme du droit de la famille au Japon : quelles avancées pour quelles crispations ? » *Japan Analysis*, n° 39, 2016 : 43-53.

KOYANAGI, Shin.ichirō. « La codification et l'actualisation du Code civil japonais : l'apport de la Commission législative. » *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2004 : 577-599.

KONUMA, Isabelle. « La place de la femme au sein du mariage illustrée par la question actuelle du *fūfu besshi* (patronyme distincts des époux). » In *Japon pluriel 6*. Arles, Éditions Philippe Picquier, 2006 : 341-352.

KONUMA, Isabelle. « Le statut juridique de l'épouse au Japon : la question de l'égalité. » *Recherches familiales*, n° 7, 2010 : 127-135.

MINISTERE DE LA SANTE, DE L'EMPLOI ET DE LA PROTECTION SOCIALE. « 18 nendo "kon.in ni kansuru tōkei" no gaikyō – Jinkō dōtai tōkei tokushū hōkoku [Statistiques sur les fluctuations démographiques – Aperçu sur les statistiques concernant les mariages, année 2006]. » En ligne. <http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/konin06/index.html> (consulté le 05/12/2016).

SAIKŌ SAIBANSHO DAIHŌTEI [Grande cour de la Cour suprême]. Arrêt n° 1023 du 16/12/2015 [songai baishō seikyū jiken]. En ligne : [http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/546/085546\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/546/085546_hanrei.pdf) (consulté le 23 mars 2017).

SAKAKIBARA FUJIKO *et al.* [Avocats représentant les demandeurs en cassation]. *Benron yōshi* (Résumé du plaidoyer), 04/11/2015. En ligne [http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/bennronyousi\\_2015\\_2.pdf](http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/bennronyousi_2015_2.pdf) (consulté le 23 mars 2017).

SAKAKIBARA FUJIKO *et al.* [Avocats représentant les demandeurs en cassation]. *Jōkoku riyūsho* (Motifs du pourvoi en cassation), 04/06/2014, en ligne : [http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/jyokokuriyuu\\_2014.pdf](http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/jyokokuriyuu_2014.pdf) (consulté le 23 mars 2017).