

Le fédéralisme et le contrôle judiciaire de constitutionnalité comme contrepouvoirs du bloc pouvoir législatif/pouvoir exécutif

Sébastien Lebel-Grenier et Stéphane Bernatchez
Professeurs, Faculté de droit Université de Sherbrooke (Québec, Canada)

Le présent projet de communication se rattache à l'axe intitulé « analyse des discours et moyens proposés pour « constituer » d'autres pouvoirs face au bloc législatif/exécutif ». Il présente, dans une perspective de droit comparé, deux mécanismes du système constitutionnel canadien.

Le régime constitutionnel canadien est un modèle souple de séparation des pouvoirs, dans lequel il existe une certaine confusion entre les pouvoirs législatif et exécutif en vertu du principe du gouvernement responsable : les ministres doivent être choisis parmi les membres de l'assemblée législative et le gouvernement doit avoir la confiance de la majorité de la chambre législative pour conserver le pouvoir. Même si le système constitutionnel est fondé sur le principe de la souveraineté du Parlement, le pouvoir exécutif a toujours contrôlé le Parlement, cette primauté étant principalement due à la discipline de parti et au mode de scrutin (1). Au sein du pouvoir législatif, la Chambre haute (le Sénat) devait notamment servir de contrepouvoir, tant à la Chambre basse (la Chambre des communes) qu'au pouvoir exécutif. Le Sénat devait notamment représenter les intérêts des provinces.

L'histoire constitutionnelle canadienne a cependant démontré que le pouvoir législatif s'est révélé incapable de servir de contrepoids au pouvoir exécutif. En conséquence, deux autres sous-systèmes ont servi de contrepouvoirs au bloc constitué par les pouvoirs législatif et exécutif : le fédéralisme et le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Au début du régime constitutionnel, certains mécanismes (pouvoir de sanction, de réserve, de désaveu) ont été créés afin d'assurer au gouvernement fédéral le contrôle des lois adoptées par les provinces. Applicable à la fois au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif, le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces a mis en opposition les deux niveaux de gouvernement, qui ont ainsi agi comme adversaires dans le contentieux constitutionnel et contrepouvoirs réciproques.

Plus récemment, la Loi constitutionnelle de 1982 a conféré au pouvoir judiciaire un pouvoir encore plus important à l'égard des lois du pouvoir législatif et des décisions du pouvoir exécutif. En effet, sous le régime de la Charte canadienne des droits et libertés, les tribunaux doivent contrôler la constitutionnalité des lois eu égard aux droits et libertés protégés. De même, la Cour suprême du Canada a rejeté la doctrine des questions politiques, s'arrogeant ainsi le pouvoir de déclarer invalides certaines décisions de l'exécutif. Cependant, ces dernières années, les questions de sécurité et de lutte au terrorisme risquent toutefois de réintroduire une certaine déférence judiciaire à l'égard de l'exécutif et de miner la capacité du contrôle judiciaire de constitutionnalité des'ériger en contrepouvoir du bloc législatif/exécutif. La primauté du pouvoir exécutif s'accroît pendant les situations d'exception eu égard aux droits et libertés protégés. De même, la Cour suprême du Canada a rejeté la doctrine des questions politiques, s'arrogeant ainsi le pouvoir de déclarer invalides certaines décisions de l'exécutif. Cependant, ces dernières années, les questions de sécurité et de lutte au terrorisme risquent toutefois de réintroduire une certaine déférence judiciaire à l'égard de l'exécutif et de miner la capacité du contrôle judiciaire de constitutionnalité des'ériger en contrepouvoir du bloc législatif/exécutif. La primauté du pouvoir exécutif s'accroît pendant les situations d'exception (2). Au surplus, l'on peut se demander si l'état d'exception, qui avait été conçu comme une mesure provisoire

et, évidemment, exceptionnelle, n'est pas devenu une forme permanente de gouvernance, et même le paradigme de gouvernement dominant dans la politique contemporaine (3). Émergerait ainsi un nouveau régime constitutionnel, dit « d'urgence », dans lequel les tribunaux risquent d'adopter le schème de pensée véhiculé par le pouvoir exécutif (4). Lorsque l'État juridictionnel cède ainsi devant l'État gouvernemental, la légitimité décisionniste de Carl Schmitt l'emporte alors sur la légitimité normative de Hans Kelsen (5). Schmitt fut d'ailleurs le premier à élaborer une théorie de l'état d'exception⁶.

Enfin, pour légitimer l'action du pouvoir judiciaire dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, la théorie constitutionnelle canadienne a proposé une théorie du dialogue – qui se rapproche des théories processualistes de la délibération ou de la démocratie continue élaborées aux États-Unis (7) et en Europe (8). Cette théorie du dialogue cherche précisément à expliquer la nouvelle dynamique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et à fonder la légitimité du contre-pouvoir judiciaire.

1 José Woehrling, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, tome premier – études, Montréal, Thémis, 1994, p. 123, pp. 225 et suiv.

2 Par exemple, aux États-Unis, le pouvoir exécutif s'est imposé comme la branche dominante de l'État : voir notamment Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*, Cambridge/London, Belknap Press, 2005.

3 Giorgio Agamben, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

4 Bruce Ackerman, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven & London, Yale University, 2006.

5 Michel Coutu, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », (2004) 56-57 *Droit et Société* 233.

6 Carl Schmitt, *Die Diktatur*, Munich-Leipzig, 1921 (*La Dictature*, Paris, Seuil, 2000).

7 B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », (1993) 91 *Mich. L. Rev.* 577.

8 Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997. Dominique Rousseau, *La démocratie continue*, Paris, L.G.D.J.-Bruylant, (coll. *La pensée juridique moderne*), 1995. Dominique Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », (1997) 96 *Le Débat* 73.