

*Le juge constitutionnel colombien, législateur –cadre positif: un gouvernement des juges?**

Germán Alfonso López Daza**

Recibido: Agosto de 2010

Aprobado: Septiembre 21 de 2010

Résumé

La place de justice constitutionnelle dans le monde est un thème d'actualité mondiale qui suscite réflexions et interrogations. La Cour Constitutionnelle de la Colombie, depuis sa création (la Charte de 1991) a aussi modifié des présupposés jusqu'alors intouchables, comme par exemple celui de la sécurité juridique. L'impact de la jurisprudence constitutionnelle, défendant les postulats de la protection de la Constitution, de l'Etat de Droit, et des droits fondamentaux, a été tel qu'on en est arrivé à utiliser l'expression connue de "gouvernement des juges" pour décrire cette nouvelle situation juridique colombienne.

Mots clés: Justice constitutionnelle, Cour Constitutionnelle colombienne, gouvernement des juges, activisme judiciaire, création jurisprudentielle, sentences manipulatrices.

* El artículo es resultado del proyecto de investigación titulado "La justicia constitucional colombiana: ¿Un gobierno de los jueces?" finalizado en el año 2009 y financiado por la Universidad Surcolombiana; el autor participó en calidad de investigador principal en el proyecto.

** DEA en Institutions et Politiques Publiques à l'Université de Paris I (Sorbonne). Doctorat en Droit constitutionnel à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas). Professeur et chercheur à l'Universidad Surcolombiana à Neiva (Colombie). Directeur du Groupe "Nuevas Visiones del Derecho" (Cat. B Colciencias). germanlo@usco.edu.co

Introduction

Contrairement à la constitution colombienne de 1886 qui autorisait dans certains cas le Président de la République, le Congrès, et la Cour Suprême de Justice à appliquer directement le contenu du texte constitutionnel, le nouveau texte promulgué par l'Assemblée Nationale Constituante de 1991 inclut une liste importante de principes et règles directement applicables par les juges, fonctionnaires administratifs ou litigants en Colombie.

La constitution de 1886 ne prévoyait pas de mécanismes d'application généralisée comme celui de l'exception d'inconstitutionnalité; celle-ci existait mais il était rare que le conseil constitutionnel y ait recours.

Selon le concept traditionnel de l'état de droit, les juges avaient pour mission d'appliquer les règles et principes énoncés par les codes et les lois. La constitution s'exprimait à travers la loi et l'interprétation directe du texte supérieur ne se faisait pas, les niveaux de constitutionnalisation étaient très vagues.

La Constitution de 1991 a changé les concepts du constitutionnalisme: elle a imposé la suprématie directe de la constitution¹ et la protection des droits constitutionnels fondamentaux des citoyens en rendant règles et principes directement applicables à tout type de conflits.

Cette dernière décade a connu de nombreux changements au niveau de la théorie des sources du droit (liant l'application directe de la constitution à une nouvelle utilisation des précédents judiciaires), au niveau de l'argumentation juridique et au niveau de la façon d'aborder le problème des sources et l'interprétation du droit.

¹ La Court Constitutionnel colombienne a exprimé que la Charte Politique de 1991 a un pouvoir obligatoire, c'est-à-dire, elle est directement applicable, principalement dans les cas de protection de droits fondamentaux. Voir les arrêts de la Court Constitutionnel colombienne T-406 de 1992, C-479 de 1992, C-543 de 1992, T-006 de 1992, T-567 de 1992.

Le juge constitutionnel se transforme alors en créateur conscient de ses règles constitutionnelles; il n'est plus un simple exécuteur et l'utilisation de la constitution est à la portée de tous les citoyens.

C'est dans ce contexte que cet article a pour objet de présenter quelques décisions judiciaires de la cour constitutionnelle colombienne du point de vue de la sentence manipulatrice ou modulation des sentences. Dans un premier temps, nous ferons une brève description des changements générés par les décisions de la cour constitutionnelle et des affrontements entre les différents pouvoirs publics qui s'en suivirent. Dans un deuxième temps, on examinera la typologie des sentences manipulatrices du contrôle constitutionnel conduisant à une cassure de la traditionnelle séparation des pouvoirs et à une transformation du tribunal constitutionnel en législateur cadre-positif. Finalement, on fera référence à la théorie du concept "gouvernement des juges" élaborée par Edouard Lambert en 1921 et de sa possible application au cas colombien.

1. *Dynamisme de la cour constitutionnelle colombienne dans son rôle de protectrice de la constitution de 1991*

La jurisprudence colombienne de la Cour Constitutionnelle allant dans le sens de la défense des droits fondamentaux et de la solution de conflits liés aux droits sociaux a créé une attitude de confiance et de respect des citoyens envers la cour constitutionnelle.

Celle-ci a pour mission principale de veiller au respect de la suprématie de la constitution grâce aux recours des actions de tutelle et des sentences de constitutionnalité².

² L'article 241 de la Constitution colombienne établit les pouvoirs de la Cour constitutionnelle colombienne. Cet article, développe ces pouvoirs en 11 points liés avec la garde de l'intégrité et la suprématie de la Constitution. Les fonctions constitutionnelles de la Court sont liées avec les décisions sur les requêtes de inconstitutionnalité, soit par contrôle automatique soit

Cette tâche confiée à la cour durant ces 18 années de fonctionnement du haut tribunal constitutionnel a débouché sur la création d'une vaste doctrine constitutionnelle jurisprudentielle, base du constitutionnalisme colombien du XXI^{ème} siècle.

Les créations jurisprudentielles telles que *l'effet inter partes*, *l'effet inter comunis* ou *erga omnes*, la *voie de fait*, *l'état de choses inconstitutionnel* ou la protection des droits de 3^{ème} et 2^{nde} génération par la voie de la *connexité*, sont des garanties du respect de *l'Etat Social et Démocratique de Droit* créé par l'Assemblée Nationale Constituante en 1991.

2. Justice constitutionnelle versus pouvoir exécutif-pouvoir législatif

La Constitution Politique de 1991 a pour vocation la protection des droits essentiels qui, souvent, n'étaient pas respectés (droit à la vie, à la paix, justice sociale, solidarité, droit au travail). Pourtant, elle fait l'objet de nombreuses critiques:

- Depuis son entrée en vigueur, elle n'a pas rempli sa mission de protection³ durant ces 18 dernières années.
- Il y aurait un manque de cohérence de certains articles, l'absence d'une idéologie bien définie, un corpus trop long, une réglementation excessive.
- Ses 28 réformes

La majorité de la doctrine colombienne et la Cour Constitutionnelle reconnaît que la Charte politique n'est qu'une première étape pour atteindre une véritable justice sociale et la protection des droits fondamentaux⁴.

par demande constitutionnelle fait par les citoyens. La Cour fait aussi, un contrôle des décisions des juges liées au recours d'*amparo* des droits fondamentaux.

³ Autrement dit, le «fétichisme constitutionnel» a changé au cours des dernières années, lorsque la population a pris conscience que les problèmes sociaux ne sont pas résolus avec le changement de la constitution.

⁴ C'est ce qu'a déclaré la Cour constitutionnelle dans l'affaire C-479 de 1992 et T-217 de 1994.

Cette protection est faite par les juges de la République qui ont à leur disposition le recours en "tutela", et autres voies de recours constitutionnelles comme l'action populaire, habeas corpus.

Les juges colombiens rendent avant tout justice et ne gouvernent pas. Il est possible que dans certains cas de vide juridique ou de loi contraire à la justice, le juge oblige la juridiction administrative colombienne à l'aide de ces nombreux recours qui lui donnent un réel pouvoir sur l'action de l'administration: l'Etat Social de Droit.

Le juge constitutionnel doit d'abord mettre en application les principes et règles⁵, dictés par la cour constitutionnelle et chercher à rendre justice. Ce qui l'oblige à s'immiscer, contrairement à la théorie de Montesquieu, dans d'autres domaines que le sien.

Cette ingérence dans d'autres branches du pouvoir a provoqué des affrontements entre celles-ci et la Cour Constitutionnelle., rapportés d'ailleurs par tous les médias et baptisés par les journalistes "*choques de trenes*"⁶. La Cour Constitutionnelle intervient dans les cas suivants:

1. Pour violation des droits fondamentaux dans les sentences de "tutela" prononcées par l'administration publique.
2. Pour faire appliquer la théorie de la *voie de fait* dans les sentences de "tutela" dictées par le Conseil d'Etat, la Cour Suprême de Justice ou Supérieur de la "Judicatura".
3. Pour inconstitutionnalité des lois ou décrets affectant de façon directe le pouvoir exécutif

⁵ La Cour constitutionnelle a clairement conceptualisée, la différence entre les principes et les valeurs et la façon dont elles devraient être appliquées dans un Etat social de droit, dans la décision T-406 1992.

⁶ Sur ce sujet est abondante doctrine colombienne. S'il vous plaît voir entre autres les articles suivants: Gómez, Las Vías de Hecho como generadoras del Choque de Trenes en la jurisprudencia constitucional (1992-2008); Henao, Tutela contra sentencias de las altas Cortes o choque de vanidades (2005); "El choque de trenes" o las Contradicciones entre las Altas Cortes del Poder Judicial" en Crítica Política Numero146 <http://escuelajuridica.org>; (Casas, 2006), Giraldo, El choque de trenes. Sobre los sistemas de interpretación jurídica en Colombia (2007).

4. Pour inactivité législative, vide juridique ou de lacune normative afin de donner des directives au Congrès de la République.

Les arrêts de la Cour Constitutionnelle d'inconstitutionnalité du Concordat signé par le Saint Siège⁷ et la Colombie, de dépénalisation de la consommation d'hallucinogènes à usage personnel⁸, de la légalisation de l'euthanasie⁹, de la protection du droit à l'inviolabilité parlementaire des congressistes¹⁰, l'inconstitutionnalité de la norme régulatrice du système UPAC¹¹, de l'interdiction d'augmentation des salaires des fonctionnaires¹², de l'interprétation donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'action en nullité¹³, de la dépénalisation de l'avortement¹⁴ et plus récemment de celle d'une réforme constitutionnelle pour vice de fond¹⁵ ont déchainé la critique: la Cour Constitutionnelle est trop présente et outrepassé ses compétences. Du fait de son "activité" intense, on l'accuse de "prévaricateur" et on regrette que la Colombie soit devenue un "un gouvernement des juges".

Le contrôle judiciaire des lois n'est pas démocratique et la Cour en arrive à définir des politiques publiques. On craint un risque de politisation du pouvoir judiciaire,

Pourtant si l'on considère des aspects du pays comme sa tradition démocratique ininterrompue, sa relative stabilité institutionnelle, son développement de la démocratie participative et son principe de séparation des pouvoirs, tout porte à penser que nous n'avons pas un "gouvernement des juges".

⁷ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-027 de 1993.

⁸ Court Constitutionnel colombienne Arrêt -221 de 1994.

⁹ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-239 de 1997.

¹⁰ Court Constitutionnel colombienne Arrêt SU-047 de 1999.

¹¹ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-700 de 1999.

¹² Court Constitutionnel colombienne Arrêt 1433 de 2000.

¹³ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-426 de 2002.

¹⁴ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-355 de 2006.

¹⁵ Court Constitutionnel colombienne Arrêt C-588 de 2009.

Nous allons examiner cette question à la lumière de la théorie étrangère et il se pourrait que nous arrivions à une conclusion tout différente.

Malgré la connotation péjorative de cette expression, elle désigne sur le plan constitutionnel un contenu théorique très élaboré que nous allons brièvement exposer.

3. *La cour constitutionnelle colombienne-législateur cadre positif*

On reproche à la Cour Constitutionnelle d'avoir créer un climat d'insécurité juridique¹⁶. Le contrôle constitutionnel des lois l'a amenée à dicter différentes sentences de constitutionnalité inspirées de la théorie Kelsenienne du législateur-cadre négatif¹⁷.

Hans Kelsen défendait l'existence des tribunaux constitutionnels¹⁸, gardiens de la suprématie de la Constitution et de la régularité de la normativité en vigueur. Selon le juriste viennois, une

¹⁶ Quelques constitutionnalistes colombien comme Luis Carlos SÁCHICA et Ivan Vila Casado parmi beaucoup d'autres, critiquant ouvertement la procédure devant la Cour constitutionnelle outrepasser ses limites. SÁCHICA (2010) catalogue comme un "tribunal strabique" parce que l'accuse de regarder la politique avec un œil et avec l'autre fixe son regard pétrifié dans sa jurisprudence (Ámbito jurídico, 15 au 26 mars 2010). Vila Casado (2009), pour sa part accusé d'avoir «sauté la clôture» parce qu'elle n'a pas été abrogée pouvoirs en vertu de l'article 241 de la Constitution quand il a déclaré inconstitutionnelle une modification constitutionnelle approuvée par le Congrès colombien, a cause de vice de fond, étant sa compétence des erreurs de procédure ou de forme (Ámbito jurídico, Septembre 2009).

¹⁷ Kelsen (1979, pp. 303-334), propose la création d'un tribunal spécialisé, indépendant des pouvoirs publics traditionnels compte tenu des problèmes à résoudre (la suprématie de la Constitution). Quand il parle de «législateur négatif», il le fait en pensant dans le cas américain et autrichien. Kelsen (cité per Perez, 1981, p. 6) a déclaré: «un tribunal habilité à annuler des lois, individuellement ou en général, agit comme un législateur négative.»

¹⁸ Cette déclaration qu'il a défendue, se trouve dans une doctrine classique constitutionnelle du début du XXe siècle: *Qui devrait être le défenseur de la constitution?* Dans ce travail, Kelsen fait référence à l'organe dont la fonction est de défendre la constitution contre d'éventuelles violations des normes inférieures. Kelsen et Carl Schmitt se sont affronté ouvertement ; Schmitt a défendu la position du chef d'état en tant que défenseur de la constitution et refuse cette fonction dans la Cour Constitutionnelle.

Constitution qui ne prévoit pas de garantie d'annulation d'actes inconstitutionnels n'est pas une Constitution à caractère complètement obligatoire (Kelsen, 1988, p. 48).

Pour lui, le tribunal constitutionnel est un législateur-cadre négatif: le parlement élabore les lois (législateur-cadre positif) et le juge constitutionnel a pour mission de les annuler si celle-ci sont contraires à la Constitution. Ces facultés de libre création par le parlement et d'annulation par la Cour Constitutionnelle sont définies par la Constitution.

La décision prise par le juge constitutionnel n'a pas d'effet rétroactif et son application devient obligatoire à partir de sa publication. Ceci afin de préserver la sécurité juridique du système.

Toutefois, Kelsen impose une restriction très importante : le principe de séparation des pouvoirs selon la tradition de Montesquieu, doit être respecté. Les tribunaux constitutionnels ne peuvent donc pas créer de normes juridiques positives, sous peine d'empiéter sur les compétences du Parlement.

Ce concept de "législateur-cadre négatif" est actuellement dépassé par la doctrine italienne, espagnole et allemande, et celle de leur Cour et tribunal constitutionnels respectifs (Aja, 1988).

Ce modèle kelsenien de contrôle a pour effet l'application du principe *erga omnes* selon lequel les sentences de constitutionnalité des tribunaux sont applicables à tous.

En cas de norme déclarée inconstitutionnelle. Celle-ci doit être immédiatement supprimée et cette annulation a le même caractère que celui d'une loi nouvelle. Certains essayistes affirment que la demande d'inconstitutionnalité n'est pas à proprement parler une "demande" telle qu'elle est formulée dans la Théorie Générale du Procès en tant que prétention d'un droit subjectif,

mais plutôt une "initiative législative négative" (Quiroga, 2005, p. 11).

Kelsen propose deux modalités pour les arrêts d'annulation : certains à effet rétroactif et d'autres à effet non rétroactif prévoyant un délai d'application de la norme annulée. Il conçoit également la possibilité qu'un arrêt d'inconstitutionnalité ait un effet rétroactif (Kelsen, 1988, p. 149). Kelsen donne autorité aux juges constitutionnels de différer l'application de ses arrêts ou de décider si les normes sont applicables ou remplaçables. Ces considérations reflètent la difficulté d'unification des arrêts de constitutionnalité prononcés par ces tribunaux.

Cette souplesse dans la fixation de la date des effets des arrêts répond avant tout à la multiplicité des cas examinés : politiques, économiques et surtout sociaux.

Selon la doctrine, cette technique remonte au XIXe siècle et était utilisée par la Cour Suprême des États Unis. Plus tard, au XXe siècle, vers 1925, quelques tribunaux européens (Allemagne, Espagne, Italie) y ont recours afin de nuancer l'effet de leurs arrêts. La Cour Constitutionnelle regroupe ce genre d'arrêts dans la catégorie "modulation des effets des arrêts". La doctrine¹⁹ et la jurisprudence distinguent les procédés d'interprétation manipulatrice, conditionnée, d'intégration, et de substitution.

En Colombie, la Cour Suprême utilise cette technique depuis 1912 et le Conseil d'État depuis 1947 dans les cas d'action d'inconstitutionnalité et d'action en nullité.

La Cour Constitutionnelle y a recours depuis 1991 (Constitution politique de 1991, 1991): elle module ou modifie le texte de la norme à réviser et change ainsi l'effet prévu par le législateur. On distingue 7 groupes de sentences.

¹⁹ Voir principalement: Olano (2004); Solano (2000); Monroy (2002); Martinez (2000, p. 9).

a) Sentences manipulatrices

Elles modifient le sens de la loi en réécrivant le texte. Par exemple, la sentence C-948 du 6 novembre 2002, en révision de l'article 3 de la loi colombienne numéro 734 de 2002 (2002), qui disait: "(La Procuraduría Générale de la Nation) et le Conseil Supérieur de la Judicatura (sont) compétents (en principe) pour avoir connaissance, seulement à la fin du procès, des fautes reprochées aux fonctionnaires de la branche judiciaire, à l'exception de ceux qui ont une curule constitutionnelle."

La Cour a déclaré les énoncés entre parenthèses inconstitutionnels et le texte en vigueur dit ceci: "le Conseil Supérieur de la Judicatura est compétent pour avoir connaissance, seulement à la fin du procès, des fautes reprochées aux fonctionnaires de la branche judiciaire, à l'exception de ceux qui ont une curule constitutionnelle."

b) Sentence substitutive

Ce sont celles qui transforment le sens du texte de loi et remplacent une partie de celle-ci interprétée comme non conforme à la constitution par la Cour. Par exemple, la sentence C-113 de 1993, qui révisé la constitutionnalité des incises deux et quatre de l'article 21 du Décret colombien numéro 2067 de 1991 et l'article 24 du même Décret. Dans le premier, la Cour déclare inconstitutionnelles les incises qui prévoyaient les effets des sentences de la Cour et confirme qu'elle seule a la compétence de fixer les effets de ses arrêts.

c) Sentences interprétatives ou conditionnées

Dans ces arrêts, la Cour précise qu'une norme est constitutionnelle seulement si son interprétation est en accord avec celle de la Cour. C'est le cas de l'objection d'inconstitutionnalité de l'article 30 (partiel) du Code du Travail colombien et de l'article 238 (partiel) du Décret-loi colombien numéro 2737 de 1989.

L'arrêt, a déclaré constitutionnel sur ses fondements 31 et 33, l'expression de l'incise 2 de l'article 238 du Décret-loi colombien numéro 2737 de 1989, : "il est interdit de faire travailler les mineurs de moins de 14 ans et les parents ont l'obligation de les scolariser" **sous la condition** que la prestation subordonnée aux services rendus par les enfants âgés de moins de quinze (15) ans et de plus de quatorze (14) ans, soit sujette aux conditions prévues dans les conventions 138 "Sur l'âge minimum d'admission à l'emploi" et 182 "Sur l'interdiction des travaux pénibles du travail des enfants" de la OIT.

d) Sentence additive ou d'intégration

L'arrêt C-109 de 1995 de la Court Constitutionnel colombienne, la définit ainsi: c'est une modalité qui autorise le juge constitutionnel, en vertu de la norme de la Charte (C.P. article 4), à appliquer directement les normes constitutionnelles sur la législation, afin de palier à son vide juridique normatif ou les imprécisions législatives.

Cet arrêt ajoute à la norme examinée les éléments dont l'absence la rendrait inconstitutionnelle, sentence C-690 de 1996 de la Court Constitutionnel colombienne.

Telle est la fonction d'intégration de la doctrine constitutionnelle dont le caractère obligatoire, pour être source de droit, a été reconnu par la Cour. Il ne pouvait en être autrement puisque la Constitution est non seulement un système de sources mais aussi la norme juridique suprême, qui a la faculté d'imposer ses décisions à l'administration colombienne.

Nous illustrons ce cas par la décision C-470 de 1997 de la Court Constitutionnel colombienne, pour analyse de la constitutionnalité de l'article 238 du Code du travail colombien. La norme disait:

"ART. 239.- Interdiction de licencier.

1. Aucun employé n'en peut être renvoyé sous prétexte de grossesse ou d'allaitement.

2. On considère que le licenciement est causé par la grossesse ou l'allaitement s'il est réalisé pendant la grossesse ou dans les trois (3) mois suivant l'accouchement et ce sans autorisation des tribunaux concernés.
3. L'employée renvoyée sans autorisation des tribunaux concernés a droit au paiement d'une indemnité équivalente au salaire de soixante (60) jours en plus des indemnités et prestations rattachées à ce salaire et au paiement de douze (12) semaines de congés payés définis dans ce chapitre, si ceux-ci n'ont pas été pris. (...)"

Qu'a donc décidé la Cour? Elle a déclaré constitutionnel l'article 239 du Code Substantiel du travail, modifié par l'article 35 de la loi 50 de 1990. Le licenciement d'une employée durant sa grossesse ou dans les trois (3) mois suivant l'accouchement sera nul, si celui-ci n'a pas été autorisé par les autorités compétentes, qui ont pour devoir de vérifier si le licenciement n'est pas abusif. Cette décision s'appuie sur le fondement du principe d'égalité (C.P., Art.13) et sur la protection de la maternité dans la Constitution. (Constitution Politique de 1991, 1991, arts. 43 et 53).

e) Sentence de recommandation du législateur

Ces sentences de la Cour "recommandent, suggèrent ou exhortent" le législateur à établir une norme pour un domaine bien précis tout tenant compte des paramètres fixés par le tribunal constitutionnel. La sentence C-473 de 1994 de la Court Constitutionnel colombienne, en révision de l'article 430 du Code du travail colombien, qui interdit le droit de grève à tous les employés du secteur public. Selon la sentence de la cour "exhorter le Congrès à régler, dans un certain délai, le droit de grève conformément à la Constitution"²⁰.

²⁰ Dans quelques arrêts, la Court donne un ordre directement au législateur compte tenu les déficiences dans les fonctions législatives. Ce sont les cas des arrêts : C-1433 de 2000, dont la Court

f) Les sentences-lois

Dans ce cas, la Cour impose au Congrès de rédiger une loi selon les principes normatifs dictés par elle. La sentence C-620 de 2001 de la Court Constitutionnel colombienne, qui révisé l'article 144 de la Loi colombienne numéro 600 de 2000 (Code de procédure pénale).

La Cour a déclaré inconstitutionnels les articles 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388 et 389 de la Loi 600 de 2000, à partir du 31 décembre 2002, et a ordonné au Congrès de réguler le droit fondamental de *habeas corpus* ainsi que les recours et procédures de sa protection dans une loi statutaire qui devra être expédiée avant le 31 décembre 2002. Cependant, il fallut attendre la législature 2004-2005 pour que le Congrès réglemente enfin cet important principe.

Une autre sentence-loi, (C-700 de 1999 de la Court Constitutionnel colombienne) qui déclare inconstitutionnels certains aspects du système financier colombien, entre autres, celui de l'UPAC, et ordonne au Congrès de régler selon le contenu de la sentence. Cette fois-ci, le Congrès a expédié la loi colombienne 546 le 23 décembre 1999, avant que la sentence d'inconstitutionnalité ne prenne effet (20 juin 2000).

g) Les sentences à effet différé

Celles-ci sont applicables dans un temps futur. Par exemple, la sentence C-700 de 1999 de la Court Constitutionnel colombienne, relative au système financier colombien qui a déclaré inconstitutionnels certains articles du Décret colombien numéro 663 de 1993 (Statut organique du système financier) et qui structure le système UPAC, a différé son application au 20 juin 2000²¹.

a exprimé: 1. Déclarer que dans l'article 2 de la loi 547 de 2000 il ya eu une violation d'un devoir juridique fait par le Congrès, qui découle des dispositions de la Constitution identifiés dans le corps de cette décision et, plus précisément, les articles 53 et 150, paragraphe 19, alinea e) et l'article 4 de la loi 4 de 1992.

²¹ Dans des cas exceptionnels, la Cour constitutionnelle colombienne a accepté de différer le temps les effets de ses décisions d'inconstitutionnalité. Voir notamment l'affaire C-221 de 1997;

Il est évident que la modulation des sentences par la Cour a suscité de fortes critiques dans les milieux politiques, économiques et chez certains doctrinaires, la principale étant celle de son "activisme législatif" et ingérence dans le pouvoir législatif et politique.

C'est le cas dans le domaine pénal où la sentence C-237 de 1997 de la Cour Constitutionnel colombienne, après révision des normes du code pénal antérieur, a approuvé l'euthanasie sans donner lieu au Congrès et au gouvernement de participer à un débat.

Il est vrai que le juge constitutionnel s'est substitué au législateur et au pouvoir réglementaire de l'exécutif dans certains cas. Mais l'intervention de la cour peut être justifiée si l'on considère l'inactivité du législateur en Colombie. Ce qui, ajouté au fait que la Cour Constitutionnel a réussi, grâce à son travail, à gagner le respect des citoyens colombiens et surtout celui des secteurs juridique et politique, a enrayé les critiques dont elle faisait l'objet.

4. *Construction théorique du concept "gouvernement des juges".*

Cette expression de "gouvernement des juges" vient des États Unis d'Amérique en 1903, le président Theodore Roosevelt s'est opposé au "darwinisme juridique" de la Cour suprême et a critiqué l'intervention législative des juges dans la vie économique. Le président se référait au pouvoir des juges d'écarter la loi et d'en donner une interprétation irresponsable. Il accusait également ces derniers de s'être auto-attribué ce rôle de législateur.

C'est Edouard Lambert (1921, p. 276) qui a repris cette idée pour en faire une théorie applicable

C-700 de 1999; C-442 de 2001; C-500 de 2001; C-737 de 2001; C-754 de 2004 ; En d'autres occasions en l'absence de tel exception, la Cour n'a pas accepté de moduler ces effets ; voir les arrêts C-756 de 2002; C-245 de 2002. Sur le même sujet voir l'Auto 311 de 2001.

à l'Europe, qu'il dénomma "le gouvernement des juges", et qu'il développa dans son livre *le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois* publié en 1928.

La principale accusation des critiques et théoriques (v.g. Michel Troper, Otto Pferman, Etienne Picard, etc) est qu'un tribunal composé de membres nommés de façon arbitraire ou par complaisance, jouisse d'un tel pouvoir de décision et ceci sans aucun contrôle.

Selon Lacharrière (1913, pp. 133-135), il y aurait usurpation du pouvoir du législateur de la part d'une institution sans que la constitution l'y autorise.

Troper (2001), constitutionnaliste français et professeur universitaire de Paris, ajoute qu'il y a contradiction dans le fait que les juges prennent des décisions politiques puisque la fonction de ceux-ci n'est pas de gouverner mais de juger. Ils appliquent les lois mais ne les interprètent pas.

D'après lui (Troper, 2001, p.26), le concept de gouvernement des juges présente quatre caractéristiques:

- 1) Les juges gouvernent parce qu'ils disposent d'une partie du pouvoir législatif; thèse proposée par Lambert et Kelsen. Ce dernier ajoute que si les juges peuvent rejeter une loi, c'est qu'ils ont également un pouvoir législatif et sont des législateurs-cadres négatifs.
- 2) Les juges ont le pouvoir d'utiliser des recours ou contrôles de constitutionnalité.
- 3) Les juges ont la possibilité d'appliquer des principes vagues. Selon Eisenman, disciple de Kelsen, "si le juge peut dicter lui-même les principes applicables, alors le gouvernement des juges se substitue au gouvernement du législateur. Troper explique que "si les principes sont formulés de façon claire et précise

et si le juge est enfermé dans sa propre jurisprudence, alors il n'y a pas gouvernement des juges".

- 4) Les juges vont à l'encontre de la volonté du législateur. Troper cite Ardant au sujet de la Cour suprême des États Unis d'Amérique: " avec cinq votes contre quatre, elle peut mettre en échec l'application votée par les représentants élus de la nation".

Si l'on s'en tient à ces quatre cas, effectivement, la Colombie a bien une Cour constitutionnelle qui exerce "un gouvernement des juges". Elle a bien un rôle de législateur-cadre négatif lorsqu'elle déclare une norme inconstitutionnelle (cas numéro 1²²).

Cependant la Cour va plus bien au-delà encore grâce aux sentences manipulatrices dont elle dispose. Elle a le pouvoir de donner des ordres au Congrès pour qu'il légifère selon ses recommandations²³.

La Colombie présente également le cas numéro 2, elle peut réviser certains décrets dans certains cas (surtout si l'état d'exception est déclaré), les lois statutaires (sur les droits fondamentaux), les lois autorisant l'approbation d'accords internationaux et la loi du Plan national de développement du Président.

Non seulement la Cour révisé les sentences de "tutela" et rend des décisions de révision de constitutionnalité, mais elle est aussi créatrice de principes de droit, allant au-delà de l'application exclusive des principes contenus dans la constitution²⁴.

²² Selon l'article 241 de la Constitution Politique de 1991.

²³ Voir les affaires C-473 de 1994; C-109 de 1995, C-477 de 1999, C-170 de 2004, C-836 de 2001, C-620 de 2001 et C-700 de 1999.

²⁴ Sur ce point peut être illustré par le traitement accordé par la Cour constitutionnelle la question de l'avortement. Dans un premier jugement de constitutionnalité (sentence C-133 de 1994, 1994), la Haute Cour a déclaré que la peine consacré dans le Code pénal colombien est constitutionnelle. En un second, troisième et quatrième arrêt sur le même sujet (affaires C-013 de 1997; C-647 de 2001 et C-198 de 2002), la Cour a confirmé ses précédentes position. Cependant, l'affaire C-355 de 2006, la

Le cas numéro 3 se présente aussi en Colombie: La Cour a déjà modifié sa propre jurisprudence quand elle a estimé nécessaire de le faire: sentence SU 047 de 1999 de la Court Constitutionnel colombienne de révision d'une "tutela".

Le cas numéro 4 existe également en Colombie. Les décisions sont approuvées par une faible majorité (5 contre 4). La sentence C-221 de 1994 de la Court Constitutionnel colombienne sur la dépénalisation de la dose de drogue à usage personnel a été décidée par 5 votes contre 4.

L'on se demande alors comment les juges peuvent aller contre le travail du législateur. Comment la volonté des représentants démocratiquement élus peut-elle ne pas être respectée par ceux qui n'ont pas été élus?

On pourrait répondre à ces questions en considérant plusieurs points:

- l'attachement profond de la Cour constitutionnelle à l'École de droit libre et le réalisme juridique.
- la jurisprudence des valeurs.
- la transformation de la justice constitutionnelle en justice redistributive.
- le changement de paradigme juridique colombien.
- le nouveau concept de l'État constitutionnel.
- le nouvel ingrédient de l'État de droit.
- le rôle du juge dans la société

En réponse à ce problème, les États Unis et l'Europe propose *la réserve judiciaire: que le tribunal lui-même s'auto---contrôle afin de ne pas s'excéder dans*

Cour a décriminalisé l'avortement dans trois cas particuliers, en faisant valoir que les droits de la mère ne peuvent être sacrifiés pour la protection de la vie enfant à naître. Il est clair d'une nouvelle approche en termes de principes constitutionnels contre les droits reproductifs des femmes. Cette nouvelle interprétation constitutionnelle a été rejetée dans de nombreux conservateurs religieux et les Colombiens qui élèvent l'inviolabilité absolue du droit à la vie.

ses interprétations contraires à la loi et de respecter la volonté des pouvoirs publics.

Mais cette autodiscipline semble difficile à appliquer. En attendant de trouver des solutions à cette problématique, le gouvernement continue de préparer une réforme de la justice qui prévoit de diminuer le pouvoir de la Cour constitutionnelle et donc de supprimer le mécanisme par excellence de protection des droits fondamentaux: l'action de *tutela*.

De plus, il faudrait aussi élargir cet exposé et parler d'un nouveau protagoniste de cette dynamique juridico-constitutionnelle: la juridiction administrative et la procédure de l'action populaire qui semblent suivre le même chemin que la "tutela".

Bibliographie

- Aja, E. (1998). Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual. Barcelona: Ariel.
- Brunet, P. (2005). Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. En: La notion de justice constitutionnelle. Paris: Dalloz.
- Casas, U. (2006). El choque de trenes o "las Contradicciones entre las Altas Cortes del Poder Judicial. En: Crítica Política No. 146. Consulté le 16/03/2010, disponible en <http://escuelajuridica.org>;
- Giraldo, Á. (2007) El choque de trenes. Sobre los sistemas de interpretación jurídica en Colombia. Consulté le 08/03/2010, disponible en http://www.tribunales.colpsic.org.co/documentos/Giraldo_CDT.pdf.
- Gomez, C. (2009). Las Vías de Hecho como generadoras del Choque de Trenes en la jurisprudencia constitucional. (1992-2008). Criterio Jurídico, Vol. 9, 2, pp. 35-61.
- Gusy, C. (2005). Juge constitutionnel et "gardien de la constitution". En: La notion de justice constitutionnelle. Paris: Editorial Dalloz.
- Henao, R. (2005). Tutela contra sentencias de las altas Cortes o choque de vanidades. Consulté le 16/03/2010, disponible en http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/383_393.pdf
- Kelsen, H. (1979) Teoría General del Derecho y del Estado. (E. García, Trad.). México: UNAM.
- Kelsen, H. (1995) ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Madrid: Editorial Técnos.
- Kelsen, H. (1988). La garantía jurisdiccional de la Constitución. En: Escritos sobre democracia y socialismo. Madrid: Debate.
- Lambert, E. (1921). Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois. Paris: M. Giard & Cie.
- Lacharriere R. (1980). Opinion disidente. Revista Pouvoir, 13, pp. 133-135
- López, G. (2005). La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces? Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Martinez, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. Revista Estudios Socio Jurídicos, vol. 2, 1, p. 9.
- Monroy M. (2002). La interpretación constitucional. Bogotá: Librería del Profesional.
- Olano, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Universitas, 108, pp. 571-602.
- Pérez, P. (1981). Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Quiroga, A. (2005). Los excesos del Tribunal Constitucional Peruano: a propósito del control concentrado de la constitución. Revista Estudios Constitucionales, Vol. 3, 02, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago (Chile), pp. 29-50.
- République de la Colombie. (1991). Constitution Politique colombienne. Colombie.
- République de la Colombie. (1992). Court Constitutionnel. Arrêt C-479. Colombie.
- République de la Colombie. (1992). Court Constitutionnel. Arrêt C-543. Colombie.
- République de la Colombie. (1992). Court Constitutionnel. Arrêt T-006. Colombie.
- République de la Colombie. (1992). Court Constitutionnel. Arrêt T-406. Colombie.
- République de la Colombie. (1992). Court Constitutionnel. Arrêt T-567. Colombie.

- República de la Colombia. (1993). Court Constitutionnel. Arrêt C-027. Colombie.
- República de la Colombia. (1994). Court Constitutionnel. Arrêt C-133. Colombie.
- República de la Colombia. (1994). Court Constitutionnel. Arrêt C-221. Colombie.
- República de la Colombia. (1994). Court Constitutionnel. Arrêt C-473. Colombie.
- República de la Colombia. (1994). Court Constitutionnel. Arrêt T-217. Colombie.
- República de la Colombia. (1995). Court Constitutionnel. Arrêt C-109. Colombie.
- République de la Colombie. (1997). Court Constitutionnel. Arrêt C-013 de 1997. Colombie.
- République de la Colombie. (1997). Court Constitutionnel. Arrêt C-221 de 1997. Colombie.
- República de la Colombia. (1997). Court Constitutionnel. Arrêt C-239. Colombie.
- République de la Colombie. (1999). Court Constitutionnel. Arrêt C-477. Colombie.
- République de la Colombie. Court Constitutionnel. (1999). Arrêt C-700 de 1999. Colombie.
- République de la Colombie. (1999). Court Constitutionnel. Arrêt SU-047. Colombie.
- République de la Colombie. Court Constitutionnel. (2000). Arrêt C-1433 de 2000. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-442. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-500. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-620. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-647. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-737. Colombie.
- République de la Colombie. (2001). Court Constitutionnel. Arrêt C-836. Colombie.
- République de la Colombie. (2002). Court Constitutionnel. Arrêt C-198. Colombie.
- République de la Colombie. (2002). Court Constitutionnel. Arrêt C-245. Colombie.
- République de la Colombie. (2002). Court Constitutionnel. Arrêt C-426. Colombie.
- République de la Colombie. (2002). Court Constitutionnel. Arrêt C-756. Colombie.
- République de la Colombie. (2004). Court Constitutionnel. Arrêt C-754. Colombie.
- République de la Colombie. (2006). Court Constitutionnel. Arrêt C-355. Colombie.
- République de la Colombie. (2009). Court Constitutionnel. Arrêt C-311. Colombie.
- République de la Colombie. (2009). Court Constitutionnel. Arrêt C-588. Colombie.
- Saa, E. (2001). El gobierno de los jueces. En: La constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Solano, E. (2000). Sentencias manipulativas e interpretativas. Tesis de grado no publicada. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Troper, M. (2001). Existe-t-il un concept de gouvernement de juges? En: Gouvernement des juges et démocratie. Paris: Publications de la Sorbonne.
- Villa, I. (2009, 14 al 29 de septiembre). La Corte Constitucional brincó la cerca. *Ámbito jurídico*, 282, p. 14.
- Sáchica, L. (2010, 15 al 28 de marzo). Una Corte Constitucional bizca. *Ámbito jurídico*, 293, p. 18.