

"LE PRÉCÉDENT CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : THÉORIE LOCALE AFIN DE DÉTERMINER ET D'APPLIQUER RATIONNELLEMENT LES PRÉCÉDENTS D'UNIFICATION DU CONSEIL D'ETAT."

Par : *Carolina Deik Acostamadiedo*

THÈSE POUR OBTENIR LE TITRE DE DOCTEUR EN DROIT

UNIVERSITÉ EXTERNADO DE COLOMBIA
UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE

Directeurs: Alexei Julio (Universidad Externado de Colombia)
Dominique Rousseau (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

INTRODUCTION

1. Distinction traditionnelle entre les systèmes de droit civil et de *Common Law*
2. Besoin d'une étude de droit étranger
 - 2.1 *Le précédent en l'Angleterre*
 - 2.2 *Le précédent en les Etats-Unis*
 - 2.3 *Le précédent en la France*
 - 2.4 *Le précédent en l'Allemagne*
 - 2.5 *Conclusions pour le cas colombien*
3. Brève histoire législative de la Colombie
4. Brève histoire jurisprudentielle avant le CPACA (1991 - 2011)
5. Les arrêts d'unification jurisprudentielle et leur régime
6. Les arrêts de l'unification jurisprudentielle ont une valeur « précédent », et ne constituent pas une simple « jurisprudence »
7. Situation juridique insatisfaisante ; le but et la structure de cette recherche

PARTIE I : NÉCESSITÉ, FONDATIONS ET CONDITIONS D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

TITRE I – NÉCESSITÉ D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

CHAPITRE I - Approximations sur le rôle de précédent dans la pratique judiciaire depuis la Théorie de l'Interprétation Juridique

1. Séparation entre l'interprétation et l'application du droit, où le précédent joue un rôle similaire à celui d'un texte réglementaire dans la production d'une décision judiciaire
2. Fonction distinctive du précédent, différente de la règle, dans la production d'une décision judiciaire

CHAPITRE II – Idées sur le rôle des précédents dans la pratique judiciaire d'après la théorie de l'argumentation juridique

1. Le réalisme juridique et la théorie sceptique de l'interprétation¹
2. Entre réalisme et formalisme : modèle positiviste du pouvoir judiciaire discrétionnaire (HART)
3. Le précédent lié au fonctionnement de l'opération de pondération (BERNAL, BUSTAMANTE et PERRONE)
4. Le précédent lié au principe de l'universalité
 - 4.1 *Courant rhétorique : Le précédent basé sur l'aspiration de l'universalité de l'argumentation rationnelle, et le principe d'inertie (nouvelle rhétorique de PERELMAN et OLBRECHTS-TYTECA)*
 - 4.2 *Courant logique : Théorie des transformations de la loi et à l'intérieur de la loi (Peczenik)*
 - 4.3 *Entre la logique, la rhétorique et la philosophie : l'argumentation juridique comme une sorte de discours pratique, dont les limites incluent le précédent (GASCÓN, ALEXY, AARNIO et MACCORMICK)*

TITRE II BASES ET CONDITIONS D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

CHAPITRE I- Bases théoriques de la théorie locale du précédent judiciaire

1. Fondements conceptuels
2. Prémisses idéologiques

¹ GUASTINI, *Op. Cit.* p. 31. (Traduction libre)

3. Bases de la théorie locale du précédent judiciaire proposée ci-dessus : fusion entre les éléments du Schéma d'Analogie d'ALEXY² et le raisonnement analogique de la théorie anglaise du stare decisis, mettant l'accent sur l'universalisation des résultats et réservant la pondération pour les cas limite

CHAPITRE II - Des Conditions Pratiques d'une Théorie Locale du Précédent

1. Conséquences pratiques de la notion stricte de « précédent judiciaire »
2. Conséquences pratiques du rejet du positivisme du XIXe siècle
3. Les implications pratiques du précédent comme une forme de raisonnement analogique

PARTIE II- THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

TITRE I - UN NOUVEAU CONCEPT DE PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

CHAPITRE I Principales approches sur le précédent judiciaire en Colombie

1. Interdiction constitutionnelle du précédent judiciaire (TAMAYO, YEPES ET JARAMILLO)
2. La compatibilité entre l'utilisation contemporaine de la jurisprudence constitutionnelle et le paramètre constitutionnel

CHAPITRE II - Conséquences de la conception stricte du précédent judiciaire

1. Les décisions avec force de précédent en Colombie
2. Sujétion stricte des autorités administratives aux arrêts d'unification jurisprudentielle ; sujétion relative des juges aux arrêts d'unification jurisprudentielle

TITRE II - ÉLÉMENTS STRUCTURELS DE LA THÉORIE LOCALE DES PRÉCÉDENTS CONTENTIEUX ADMINISTRATIFS

CHAPITRE I – Prémisses contextuels pour le cas colombien

1. Un nouveau concept strict de « précédent »
2. Le précédent est un, bien qu'il puisse avoir de multiples usages et applications
3. Idéologie d'avant-garde pour le contentieux administratif

² Pour une opinion contraire, voir: BUSTAMANTE, « La Función de la Analogía... » *Op. Cit*, p. 125. (Traduction libre)

CHAPITRE II - Méthode pour déterminer et appliquer le précédent contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État

1. Découverte du « vrai ratio » d'un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État
2. Le nœud de la question est l'analyse ou le test de pertinence des faits de chaque cas, qui seront comparés.
3. Si la distinction n'est pas légitime (à savoir le précédent de l'arrêt d'unification est applicable en l'espèce à résoudre), le juge ou l'agent administratif lié par le précédent judiciaire devra constater que le résultat est justifié
4. Enfin, la pondération des principes sera nécessaire si l'application du résultat ou la conséquence de l'affaire précédente (Y_1) pour le nouvel ensemble de faits (C_2), en dépit d'être commandée par la règle de précédent et d'être justifiée, génère une collision de principes.
5. Peut-être qu'à l'avenir il y aura besoin d'ajouter une étape supplémentaire sur la nécessité de comparer le résultat obtenu avec le résultat imposé par la jurisprudence constitutionnelle applicable.

CONCLUSIONS

INTRODUCTION

Avec la publication du Code de Procédure Administrative et du Contentieux Administratif (Loi 1437 de 2011, ci-après « CPACA »), le système juridique colombien a pris distance du modèle français. Cette tradition a eu une forte influence dans cette partie du monde et, en Colombie, depuis l'adoption du Code Civil du Bello d'origine napoléonienne et, en particulier, au cours du premier siècle d'existence de la juridiction du contentieux administratif. Cependant, à partir de 2011, il y a eu des changements importants dans la législation et la culture juridique locale, « en reconfigurant l'idée et la notion de la procédure administrative pour l'exercice de la fonction publique »³ et en produisant, entre autres choses, une « positivisation du précédent judiciaire. »⁴

Cette positivisation du précédent⁵ a eu lieu, dans le CPACA, grâce à un nouvel instrument appelé « arrêt d'unification jurisprudentielle », ainsi que des mécanismes pour assurer la force obligatoire et l'application du précédent. Il s'agit de l'obligation d'application uniforme de la loi et de la jurisprudence par les autorités et les juges, du recours d'unification de la jurisprudence, de la pétition d'extension de la jurisprudence dans les autorités administratives et le Conseil d'Etat si l'autorité administrative ne se prononce pas à l'égard d'une pétition d'unification jurisprudentielle. Ceux-ci, ainsi que les mécanismes pour faire respecter le devoir d'obéissance à un précédent ordinaire –présents et reconnus avant l'expédition du CPACA- réitèrent leur valeur normative et leur nature de source principale du droit qui détient le précédent en Colombie.

Un néophyte sur le sujet pourrait penser que ce régime est contraire au texte de l'article 230 de la Constitution (ci-après « CP ») et à l'esprit du système juridique colombien, enraciné dans la tradition du droit continental ou civil. Selon cette règle constitutionnelle, les juges dans leurs décisions « ne sont soumis qu'à l'empire de la loi », incluant la jurisprudence parmi les « critères auxiliaires de l'activité judiciaire » ainsi que l'équité, la doctrine et les principes généraux de droit. Étant donné le statut constitutionnel de cette norme, le lecteur non averti pourrait se précipiter à la conclusion que le CPACA, n'étant pas concordant au texte de la norme supérieure, ne satisfait pas le paramètre de validité de la loi. Cependant, après une évolution rapide, « la théorie du précédent construit par la Cour Constitutionnelle a finalement reconnu la force obligatoire de *toute la jurisprudence* (celle des cours plus élevées, essentiellement) d'après toutes les autorités publiques.»⁶ Une analyse minutieuse des instruments du CPACA, encadrée dans la version actuelle du modèle de *droit civil* en vigueur en Colombie et dans l'histoire législative et jurisprudentielle qui a précédé son expédition, découvrira leur soutien constitutionnel incontestable et sa vraie portée.

³ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. "El precedente judicial y sus reglas", Bogotá: Doctrina y Ley, 2ed. 2016. p. 128, en citant SANTOFIMIO, Jaime. "Fundamentos de los procedimientos administrativos en el Código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011. Dans: *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias*. Consejo de Estado, Bogotá, 2011, pp. 145-186. (Traduction libre)

⁴ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 122. (Traduction libre)

⁵ Idem. (Traduction libre)

⁶ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. "La sujeción de la Administración a los Precedentes Jurisprudenciales". pp. 141-178. Dans: Benavides, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Juillet de 2014, Bogotá. p. 149. (Traduction libre)

1. Distinction traditionnelle entre les systèmes de droit civil et de *Common Law*

La doctrine traditionnelle établit des distinctions nettes entre les processus de raisonnement que les juges suivent généralement dans le droit civil et le *Common Law* pour la prise des décisions. Ces distinctions enferment, également, un point de vue particulier sur les sources du droit acceptées dans les deux systèmes.

Du point de vue traditionnel, ce qui caractérise le normativisme des pays de la tradition de droit civil, est un raisonnement déductif dans lequel « à partir de l'abstrait et le général, on arrive au concret et particulier. Le juge, étant présenté à un cas concret, ce qu'il fait est, à partir de la règle générale qui lui a déjà donnée par le législateur, essayer d'adapter dans cette norme le cas à l'étude. »⁷ En revanche, ce qui caractérise le monde anglo-saxon est le raisonnement inductif, lequel « essaie d'établir [...], à partir du cas d'espèce, un ratio plus général, pour établir à travers elle la solution du nouveau cas. Le raisonnement anglo-saxon produit un «*reasoning from case to case*» ». ⁸

Bien que nuancés, même aujourd'hui ces dogmes historiques expliquent les principales caractéristiques du processus de décision judiciaire et imprègnent la compréhension de la théorie des sources de droit en vigueur et l'essence même des deux familles de systèmes juridiques. Donc, l'analyse historique est enrichissante dans le sens où elle essaye de trouver des points d'accord et de rendre compte des fondements théoriques qu'y soutiennent.

Toutefois, une distinction entre droit continental et *common law* si forte que celle produite au cours des XIXe et XXe siècles n'a aucun fondement à l'heure actuelle. Depuis que les familles juridiques se sont rapprochées, il est parfois impossible de qualifier l'une ou l'autre au sein d'une catégorie donnée par un ensemble fermé de signes distinctifs. En effet, comme expliquent CEPEDA et MONROY, « à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, il y a eu une convergence entre les deux familles juridiques qui lui a donné une importance au point de vue de la jurisprudence et de la loi », rendant insuffisante la vision traditionnelle suite à laquelle le système anglo-saxon est qualifié de jurisprudentielle alors que le système romain germanique est considéré comme légiféré. ⁹

Il n'y a pas de théorie générale du précédent judiciaire, ni un modèle unique de raisonnement juridique. Cependant, il est possible de produire une théorie colombienne du précédent judiciaire qui soit cohérente et uniforme, étant donné que pour le juge continental « si profondément enraciné est le principe d'analogie judiciaire, que les juges sont régis par les précédents d'interprétation »¹⁰. Et ce, parce qu'il y a des différences profondes dans la culture juridique qui affectent le raisonnement judiciaire. Elles ne peuvent être ni ignorées ni minimisées au moment de structurer une « théorie du précédent judiciaire ». Sinon, le résultat serait incompatible avec les besoins et la réalité du système juridique que la théorie essaie d'expliquer. Donc, même si les différences entre les caractéristiques des deux traditions

⁷ CALVO VIDAL, Felix M., "La Jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho?", Editorial Lex Nova SA, Valladolid, 1992. P. 92. (Traduction libre)

⁸ Ibidem. p. 94. (Traduction libre)

⁹ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José et MONROY CABRA, Marco Gerardo. Clarification du vote, "Arrêt C-836 du 2001", Magistrat Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-3374. (Traduction libre)

¹⁰ ALLEN, Carleton Kemp, "Las fuentes del derecho inglés". Colección Serie Jurídica. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969. Traduction par Antonio Ortiz García, p. 237. (Traduction libre)

juridiques ne sont pas encore admissibles, elles sont pertinentes aux fins de cette thèse de comprendre les origines historiques et les fondements philosophiques qui ont accompagnés la naissance des systèmes traditionnels, et qui à ce jour déterminent en grande partie la culture juridique locale ; en particulier lorsque l'opérateur juridique -le juge, le doctrinant, l'avocat, le professeur de droit- est celui qui devra mettre en œuvre le modèle, et donc qui déterminera le produit de cette acculturation.

Il en convient, par conséquent, de comprendre la doctrine du précédent judiciaire et l'interprétation faite par les principaux exposants de celle-ci, de trouver des points de rencontre entre la pratique judiciaire anglo-saxonne et la continentale, qui servent d'entrée pour une théorie locale du précédent judiciaire. Tout cela sans perdre de vue (i) les contributions faites par la théorie de droit à la doctrine du précédent judiciaire (ii), la base théorique et constitutionnelle du respect au précédent en Colombie et (iii) l'objectif de la création des « arrêts d'unification jurisprudentielle » dans la Loi 1437 de 2011.

2. Besoin d'une étude de droit étranger

En Colombie et dans d'autres pays d'Amérique Latine, « étant donné les espaces colonisés, les systèmes de droit romano-germanique ou de droit civil leurs ont été imposés. »¹¹ Cependant, l'internationalisation du droit a été l'un des facteurs qui a permis l'émergence du précédent comme source formelle du droit¹² en Colombie, dans la mesure où elle l'a conduit à l'« imitation du provincialisme juridique, des fusions et des échanges entre les « familles juridiques » pour cette question, entre le droit d'origine anglo-saxonne et le droit d'origine continentale européenne. »¹³

Si l'on admet que l'institution colombienne du « précédent judiciaire » vient de la réception et la transmutation d'un produit de la « théorie du droit transnational »¹⁴, comme il est soutenu ici, alors il est essentiel de revoir la doctrine des principaux centres de production de la théorie du droit. Ces constructions théoriques dans les pays centraux sont accompagnées par des fondations philosophiques et propositions méthodologiques qui vont nourrir celles qui ont été adoptées en Colombie de façon incomplète et fragmentée. Essayer de transposer des institutions au contexte colombien, sans une analyse de ce genre, serait comme laisser au hasard les possibles effets des flux légaux. Ce serait alors contraire à toute tentative de déterminer et d'appliquer rationnellement les précédents d'unification du Conseil d'Etat.

2.1 Le précédent en l'Angleterre

Bien que la doctrine du *stare decisis* se consolide, dans sa version plus obligatoire à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, sa genèse a lieu à partir de la seconde moitié du XVIIIe siècle, lorsque le professeur de *Common Law* de l'Université d'Oxford, William BLACKSTONE, a publié ses *Commentaries on the Law of England* (1765-1769). Dans son texte, BLACKSTONE défend la reconnaissance de l'autorité des décisions du passé lorsque la

¹¹ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 77. (Traduction libre)

¹² Ibid. pp. 30-31. (Traduction libre)

¹³ Ibid. p. 31. (Traduction libre)

¹⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana", Legis: 2004 (7^{ème} impression, 2013), Chapitre 1. (Traduction libre)

question débattue est la même¹⁵. D'après ALLEN, le précédent agit dans la plupart des cas seulement « comme un test, une piste » par laquelle le juge trouve le principe ou la norme applicable. Pour HALE, aucun tribunal ne pourrait créer le Droit, étant donné que cette tâche est seulement du Roi et du Parlement. BLACKSTONE, HAMMOND et CARTES suivent également l'idée selon laquelle le juge ne crée pas, mais *déclare* le Droit.¹⁶

Baron MANSFIELD, Juge en Chef du *King's Bench*, était un fidèle adepte de la formulation doctrinale de BLACKSTONE au cours de la seconde moitié du XVIIIe siècle, tel que ses décisions ont pris en compte celles prises antérieurement. Celles-ci ont été laissées de côté seulement quand le juge du cas antérieur avait fait une erreur dans l'acte de déclaration du droit.¹⁷ En vertu de ce cas, toute décision de la Chambre des Lords sur un point de droit oblige de manière définitive et obligatoire, dans un nouvel litige, non seulement les cours inférieures mais aussi la Chambre des Lords.

La doctrine majoritaire considère que l'arrêt *London Street Tramways Co. v. London County Council* [1898, A.C. 375] a inauguré la règle du précédent.¹⁸ Les réformes procédurales entre les années 1832 et 1876, en particulier, les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 et la loi sur la compétence d'appel de 1876 (*Appellate Jurisdiction Act*) ont favorisé le renforcement de la règle du *stare decisis* et ont permis au système anglais d'échapper à une forme codifiée comme BENTHAM avait proposé, « codage qui aurait probablement sérieusement menacé la pouvoir d'une classe qui monopolisait (cachée dans la fiction de la théorie déclaratoire) l'acte de création du droit [...] »¹⁹. Cela confirmerait ce qui a été dit par BUSTAMANTE, « Le facteur institutionnel le plus important [...] sont les *normes* de droit positif qui dictent la force juridique du précédent judiciaire. Elles sont ainsi un soutien institutionnel plus fort pour le *stare decisis* ». ²⁰

Ainsi, seulement à la fin du XIXe siècle, on compte de façon ordonnée et appropriée avec une collection fiable des arrêts (*Law Reports*) et un système hiérarchique des organes du pouvoir judiciaire (*Judicature Acts*), éléments essentiels pour parler de règles strictes du précédent.²¹ En l'absence de moyens techniques qui, à l'époque, ont permis de reproduire des décisions, celles-ci ont été tenues par le juge pour que leur mémoire ne disparaisse pas.

¹⁵ RICHAUD, Coralie. "Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Thèse pour obtenir le titre de docteur en droit, Université Montpellier I, soutenu le 7 Février 2015. p. 86.

¹⁶ CALVO VIDAL. *Op. Cit.* p. 96-97. (Traduction libre)

¹⁷ Ibidem. pp. 88-89. (Traduction libre)

¹⁸ RICHAUD. *Op. Cit.* p. 82. (Traduction libre)

¹⁹ MORENO CRUZ, Pablo. "Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del Precedente Judicial. (Re)visitando lugares comunes". Pp. 59-110. Dans: Benavides, José Luis (Comp.). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Juillet 2014, Bogotá. p. 90. (Traduction libre)

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa. "La interpretación y la fuerza gravitacional de los Precedentes Judiciales: Fragmentos de una teoría del Precedente Judicial" p. 111-140. Dans: Benavides, José Luis (Comp.). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Juillet de 2014, Bogotá. pp. 126-127. (Traduction libre)

²¹ LAPORTA, Francisco J. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente". Pp 11-42. Dans: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. "El carácter vinculante de la jurisprudencia", Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009. p. 36. (Traduction libre)

Les juges ont également développé de nombreuses techniques de dissociation d'un « mauvais précédent », tout comme la technique de distinction.²²

La théorie déclarative prévaudra jusqu'à 1966 à la Chambre des Lords, lorsque l'importance horizontale du précédent perd son caractère absolu et les fondements doctrinaux de cette théorie se désintègrent. En 1966, avec le célèbre arrêt *Practice Statement*²³, la Chambre des Lords a déclaré qu'elle ne se sentira pas nécessairement liée par ses propres décisions, sous peine de tomber dans l'injustice pour des cas particuliers et de limiter le développement du droit. En revanche, elle déclare qu'elle pourra « surmonter ses propres précédents sans intermédiation nécessaire de la législature et sans devoir *déclamer*, conformément à la doctrine de BLACKSTONE, « l'existence » d'une erreur dans l'acte de découverte de la Common Law. »²⁴ Cependant, au cours des décennies successives, la Chambre des Lords a continué la pratique de suivre ses propres précédents mais avec un espace de discrétion.²⁵

Ainsi, contrairement à la croyance commune, la règle du précédent n'est pas un « élément fondamental de la culture juridique anglaise »²⁶, parce que seulement de façon relativement récente il est admis que les tribunaux doivent également suivre les mauvais précédents. À ce stade, il y a une différence fondamentale avec le droit continental, où les tribunaux ne sont pas liés par un mauvais précédent. Enfin, cette différence tend à diminuer²⁷.

GOODHART propose un modèle de décision judiciaire qui limite le rôle du juge à la résolution de la controverse qui lui est présenté. D'après GOODHART, le *holding* ou *ratio decidendi* d'une décision judiciaire est le principe juridique qui détermine le résultat de la décision judiciaire en conformité avec les « Faits Matériels ». ²⁸ Pour le savoir, il propose de sélectionner les faits matériels, en les séparant des faits pas matériels, pour déterminer le *ratio* (règle de décision) à partir de l'analyse de la conclusion ou du résultat de l'arrêt de jugement²⁹, ainsi :

- (i) La première règle pour découvrir le *ratio decidendi* d'un cas est qu'elle ne doit pas être recherchée dedans les motifs sur lesquels le juge a fondé sa décision³⁰, raisons qui ne sont jamais obligatoires.³¹
- (ii) Le principe contenu dans chaque arrêt, et qui peut être découvert, n'est pas nécessairement la règle énoncée par le tribunal. Il peut arriver que la décision se concentre sur les faits et ne crée aucune règle de droit, ou le fasse de

²² RICHAUD. *Op. Cit.* pp. 82 - 83. (Traduction libre)

²³ TARUFFO, Michelle. "Precedente y Jurisprudencia", pp. 85-99. Dans: Universidad ICESI, "Precedente: Anuario Jurídico 2007", Cali, p. 95. (Traduction libre)

²⁴ Ibidem, p. 96. (Traduction libre)

²⁵ Ibidem, p. 95. (Traduction libre)

²⁶ MORENO. *Op. Cit.* p. 85. (Traduction libre)

²⁷ HONDIUS, Ewoud. "Repensando el Precedente", pp. 301-319. Dans: "*Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial*", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 318. (Traduction libre)

²⁸ A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, p. 169. Cité par: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. "El Precedente Constitucional en el Sistema Norteamericano", McGrawHill, Madrid, 2001. 1 ed. p. 92. (Traduction libre)

²⁹ MAGALONI KERPEL, *Op. Cit.* pp. 92-93. (Traduction libre)

³⁰ GOODHART. *Op. Cit.* p. 164. (Traduction libre)

³¹ Ibidem. p. 162. (Traduction libre)

façon trop large ou trop étroite, sans cesser d'être un précédent important.
32

- (iii) Le principe n'est pas nécessairement trouvé comme le résultat d'envisager tous les faits vérifiables de l'affaire et de la décision³³. L'interprète ne peut pas déchiffrer de manière autonome le principe à partir des faits et la décision et en ignorant la motivation, comme l'a soutenu le professeur OLIPHANT³⁴. Au contraire, le système de précédent perdrait son sens si la vision que le juge a des faits n'était pas importante. Il est, donc, « essentiel de savoir ce que le juge a dit au sujet de son choix au vu des faits, étant donné que le juge [sa décision] est logique pour nous seulement lorsqu'on les considère par rapport à ce qu'il a dit ».³⁵
- (iv) Pour déterminer le *ratio decidendi*, il est alors nécessaire d'analyser le cas pour déterminer les faits qui ont été « matériels » pour le juge, et sa conclusion sur leur base ainsi que la possibilité du juge de l'exclure comme étant « immatériel ».³⁶
- (v) Comme il est impossible d'établir un principe à partir d'une conclusion fondée sur un fait non déterminé par la Cour, les conclusions sur la décision à prendre dans les scénarios hypothétiques ne génèrent pas un principe³⁷, mais seront *obiter dicta*.
- (vi) Après avoir établi le principe d'un cas, et d'exclure tout le *obiter dicta*, la dernière étape consiste à déterminer si elle est bien un précédent obligatoire ou non pour un cas futur dans lequel les faits seront *prima facie* similaires³⁸. Pour cela, il faut déterminer et comparer les faits matériels du précédent et du nouveau cas : le précédent sera obligatoire seulement s'ils sont « identiques », de telle sorte que le deuxième juge devrait arriver à la même conclusion.³⁹

2.2 ***Le précédent en les Etats-Unis***

Le système américain est très différent de l'anglais, bien que les deux s'inscrivent dans ce qui est traditionnellement connu comme le *Common Law*. Ceci, parce que « ce que les américains ont importé d'Angleterre n'était pas exactement le droit matériel, mais une méthode pour que les juges appliquent. »⁴⁰

³² Ibidem. p. 165. (Traduction libre)

³³ Ibidem. p. 182. (Traduction libre)

³⁴ Ibidem. p. 168. (Traduction libre)

³⁵ Ibidem. P. 169. (Traduction libre)

³⁶ Ibidem. p. 182. (Traduction libre)

³⁷ Ibidem. p. 93. (Traduction libre)

³⁸ Ibidem. p. 180. (Traduction libre)

³⁹ Idem. (Traduction libre)

⁴⁰ MAGALONI. *Op. Cit.* p. 6. (Traduction libre)

Après la période de formation, en vigueur pendant la première moitié du XIXe siècle ("período formativo", 1800-1850⁴¹), le formalisme, établi en 1870 entre les avocats et les juges qui cherchent l'idéal libéral de l'ordre juridique stable, a résulté en un précédent obligatoire de style anglais, et en l'élimination de la nature dynamique qui caractérisait le *Common Law* du début du XIXe siècle.⁴²

Ce qui suit aux États-Unis est une réaction forte dans les facultés de droit, contre le formalisme juridique au cours des trois premières décennies du XXe siècle, laquelle culmine avec le pragmatisme instrumental.⁴³ D'après les avocats pragmatiques, l'activité judiciaire ne se développe pas en termes syllogistiques mais en conflits d'intérêt permanents ; toute décision judiciaire impliquant un choix entre principes juridiques en conflit⁴⁴. Ce dynamisme est toujours celui qui caractérise le raisonnement judiciaire américain⁴⁵.

MAGALONI étudie le précédent constitutionnel dans le système américain et adresse, en détail, les deux doctrines du précédent qui, selon LLEWELLYN coexistent aux États-Unis : la « minimaliste » et « maximaliste ».⁴⁶ Son travail est utile à ce texte puisque, même s'il se concentre sur le précédent constitutionnel, ce genre de précédent ne se distingue pas d'autres types de précédent dans son contenu, mais le fait dans le cadre de la méthode juridique et de son application dans la pratique judiciaire.⁴⁷

Des auteurs emblématiques de la doctrine maximaliste, tel SCHAUER, expliquent que l'activité judiciaire devrait se dérouler sur la base des règles existantes (*rule-based decision making*)⁴⁸ qui, comme telles, sont généralement des « conditions nécessaires pour l'existence d'une règle »⁴⁹. Dans ce modèle, le juge (du futur) doit « extraire de la décision judiciaire obligatoire une hypothèse abstraite et générale »⁵⁰ à appliquer pour résoudre le cas. Au lieu de cela, le juge minimaliste ne construit jamais une hypothèse abstraite et générale mais un cadre normatif en même temps qu'il détermine les similitudes et les différences factuelles entre les deux cas comparés.⁵¹

En plus de ces courants, à l'heure actuelle l'approche de l'école américaine de « réalisme juridique » (*Legal Realisme*) s'est renforcée. Tout en reconnaissant le caractère créatif du juge, le réalisme comprend que son attitude est déterminée par l'idée qu'il n'y a rien scientifique en dehors de l'expérience et, étant donné que cela est seulement possible sur les réalités efficaces, la vraie science du Droit devrait se concentrer sur ses enquêtes afin de vérifier le comportement effectif des tribunaux.⁵² Cette doctrine est très répandue, mais

⁴¹ Ibidem. p. 12. (Traduction libre)

⁴² Ibidem. pp. 15-16. (Traduction libre)

⁴³ Ibidem. p. 17. (Traduction libre)

⁴⁴ Ibidem. p. 19. (Traduction libre)

⁴⁵ Ibidem. p. 24. (Traduction libre)

⁴⁶ Ibidem. p. 89. (Traduction libre)

⁴⁷ Ibidem. p. 61. (Traduction libre)

⁴⁸ Ibidem. p. 94. (Traduction libre)

⁴⁹ SCHAUER, Frederick. "Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana", Marcial Pons, Madrid, 2004. p. 153. (Traduction libre)

⁵⁰ MAGALONI. *Op. Cit.*, p. 95. (Traduction libre)

⁵¹ Idem. (Traduction libre)

⁵² "Derecho Civil", I (Introducción y derecho de la persona) UNED, p. 159. Cité par CALVO. *Op. Cit.* pp. 104-105. (Traduction libre)

elle est aussi sévèrement critiquée. Les fondements théoriques de ces trois positions seront analysés en détail dans la PARTIE I du présent document.

2.3 Le précédent en la France

Même si la France ne fait pas partie de ces « pays producteurs » de la doctrine du précédent judiciaire, dans le cadre de cette recherche il est pertinent d'examiner le traitement qui a été donné à la jurisprudence dans ce pays, surtout dans ces dernières années. Et ceci parce qu'en dépit d'être un exemple emblématique du système de droit continental, elle est la principale source d'inspiration du droit administratif colombien, avec lequel il y a de frappantes similitudes : le concept révolutionnaire de la séparation des pouvoirs qui a inspiré le système juridique colombien vient de France, avec ses préjugés et sa méfiance vers le juge et ses prohibitions concernant la possibilité d'un juge législateur (par exemple, l'article 17 du Code Civil Colombien). En outre, les Français ont également dû faire face à un passé et à la législation qui a apparemment exclu l'application du précédent, et avec la tendance de la mondialisation, elle a dû prendre le précédent de plus en plus au sérieux.

En général, le développement de la doctrine du précédent en Europe continentale a été opposé à celui du système anglais. Dans la période du *ius commune*, il y « existait réellement un système de précédent en l'Europe continentale »⁵³, qui a perdu son importance quand la législation a acquis la primauté à la fin du dix-huitième siècle.⁵⁴

Jusqu'à les années 1970, une nouvelle formulation « nuancée » va dominer dans la doctrine française et restera prudente sur la thèse légaliste en droit public, qui reconnaît que le contrôle de légalité des actes de l'administration peut forcer le juge à contrôler ses opportunités, non pas de façon indépendante mais de manière intégrée au sein d'une explication qui reste légaliste. En ce sens, le juge –au moment de contrôler la légalité des actes de l'administration par le *contentieux de l'excès de pouvoir*- doit « créer la règle de droit jurisprudentiel qui permette le contrôle de la légalité au sens large, à savoir ne pas se réduire aux textes émis par le législateur ».⁵⁵

Voilà pourquoi le droit ne peut pas être traité comme une synthèse d'idées générales ou de notions abstraites, mais doit être interprété dans son contexte politique et social (sans lequel il devient inintelligible), les textes permettant au juge de construire sur un mot ajouté ou omis, sur un temps ou une phrase, des interprétations qui révèlent les intentions cachées du législateur.⁵⁶ Autrement dit, le juge développe « l'effort créateur de la jurisprudence » à partir des ambiguïtés et des défauts des textes législatifs.⁵⁷

Le travail du juge est donc la plupart du temps considéré comme un automatisme. Cependant, il est parfois en charge de l'élection, ce qui arrive lorsqu'il fait jurisprudence à

⁵³ J. DRION. "*Stare decisis / Het gezag van precedenten*", en *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Kluwer, Deventer, 1968, pp. 142 – 170. Cité par: HONDIUS. *Op. Cit.* p. 306. (Traduction libre)

⁵⁴ HONDIUS. *Op. Cit.* p. 317. (Traduction libre)

⁵⁵ ROUSSEAU, Dominique. "Le Contrôle de L'opportunité de l'action administrative par le juge administratif", Thèse pour le Doctorat en Droit, présenté et soutenue par Dominique Rousseau. Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Sciences Sociales. 1979. p. 6.

⁵⁶ CHENOT, Bernard "L'Existentialisme et le Droit". pp. 57-68. En: Revue française de science politique, 3e année, No. 1, 1953. pp. 64 – 65.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 63. (Traduction libre)

l'instant de l'arrêt de principe ; et l'est après une suite d'éléments qui se répètent le long des lignes du premier arrêt.⁵⁸ Pourtant, parfois, il arrive que les raisons (les notions et principes) soient ceux qui suivent le dispositif (la solution).⁵⁹

Telle est la vision qui a prévalu pendant quelques décennies, jusqu'à ce que la jurisprudence ait, au plus, une fonction doctrinale de systématisation du droit en vigueur⁶⁰ et un rôle exceptionnel de l'interprétation de la volonté du législateur envers les ambiguïtés et les défauts des textes légiférés⁶¹. Au contraire, généralement, le juge a été considéré comme un automate limité ayant le but de faire entrer les faits dans le cadre de droit fixé par « l'arrêt d'espèce ».⁶²

Ainsi, jusqu'à la fin du XXe siècle, les Français ont nié l'existence d'un précédent formellement obligatoire, comme cela apparaît clairement dans l'article de TROPER et GRZEGORCZYK publié dans le livre intitulé "Interpreting Precedents". Ils ont conclu, à l'époque, que la jurisprudence était une source secondaire de droit, dont l'autorité dérivait seule de la source formelle du droit appliqué et interprété par l'arrêt⁶³.

Par conséquent, pour TROPER et GRZEGORCZYK, les arrêts français sont : (a) déductifs, parce que le raisonnement est perçu comme un syllogisme ; (b) principalement légalistes, bien que l'importance de la « *qualification juridique des faits* » conduise le Parlement à discuter, non pas le sens de la règle, mais la nature des faits afin de déterminer s'ils peuvent être soumis aux catégories de la loi ; et (c) magistraux⁶⁴.

Ces auteurs ont également évoqué le cas où le Conseil Constitutionnel considère qu'une loi est constitutionnelle sur la compréhension qu'elle soit interprétée d'une certaine manière, mais a clairement indiqué que ce qui est arrivé ici se révèle être le respect de la décision judiciaire dans la situation décrite par le Conseil (*res judicata*, qui concerne les affaires décidées), et non un cas de respect des précédents (qui s'étend à des cas similaires).⁶⁵ Cette différenciation sera très utile pour la distinction théorique entre la jurisprudence et le précédent, et jouera un rôle clé dans l'identification des décisions de la Cour Constitutionnelle colombienne avec la valeur de précédent (PARTIE II, Titre I, Chapitre II).

Mais malgré cela, TROPER et GRZEGORCZYK ont reconnu que le précédent était déjà, *de facto*, le matériau le plus important utilisé par les juges et que d'autres matériaux étaient seulement pertinents dans la mesure où ils ont été mentionnés et interprétés par le précédent⁶⁶.

⁵⁸ Ibidem. p. 64. (Traduction libre)

⁵⁹ Ibidem. (Traduction libre)

⁶⁰ RIVERO, Jean. "Apologie pour les "faiseurs de systèmes". pp. 99-102. Dans: *Cronique XXIII*, 1951. p. 102. (Traduction libre)

⁶¹ CHENOT. *Op. Cit.* p. 63. (Traduction libre)

⁶² Ibidem. p. 64. (Traduction libre)

⁶³ TROPER, Michel et GRZEGORCZYK, Christophe, "*Precedent in France*". pp. 103- 140. Dans: MACCORMICK, D. Neil *et al.* "Interpreting Precedents". p. 112. (Traduction libre)

⁶⁴ Ibidem. p. 107. (Traduction libre)

⁶⁵ Ibidem. pp. 116-117. (Traduction libre)

⁶⁶ Ibidem. p. 112. (Traduction libre)

Et il est précisément l'absence d'une règle du précédent obligatoire ce qui explique que le système de *res interpretata* soit plus accepté que celui de *res judicata* en France, un pays où la fonction officielle de la Cour de Cassation est d'unifier l'application de la loi, où les tribunaux ne discutent jamais les faits des arrêts antérieurs et ne mentionnent pas le précédent lui-même ou l'autorité d'un autre tribunal, mais la substance de ces précédents, sa *ratio juris*.⁶⁷ On considère alors exotique à ce système les pratiques comme la distinction (« distinguishing »), applicable uniquement dans un système où il y a une obligation de suivre le précédent.⁶⁸ Cela confirme l'utilisation conceptualiste et rare de la jurisprudence.

Même dans ce premier scénario, hautement attribuable au contenu des règles du Code Civil et du Code de Procédure Civile français sur la fonction judiciaire, il y a déjà une divergence entre ce qui est *déclamé* comme source de droit et sources qui existent *de facto*. Au cours des dernières années, cette tendance a augmenté, comme l'a révélé la thèse doctorale de Coralie RICHAUD, qui décrit la manière dans laquelle l'utilisation du précédent par le juge français implique un changement dans la représentation traditionnelle de la fonction judiciaire.⁶⁹

RICHAUD accueille la définition du terme « précédent » qui existe dans le *Common Law*, comme outil pour la prise de décision et, en même temps, comme un instrument de discipline judiciaire⁷⁰. Les contributions de RICHAUD sont particulièrement pertinents dans le cadre de cette thèse et se définissent par : (i) les raisons historiques qui ont conduit à l'article 5 du Code Civil français, raisons qui devraient conditionner l'interprétation de cette norme -et, à son tour, de l'article 17 du code civil colombien, rédigé par rapport à le premier- ; (ii) l'importance du réveil de la mémoire judiciaire, qui était en silence depuis l'époque révolutionnaire; et (iii) le rôle de l'analogie entre les cas comme une pierre angulaire de la doctrine du précédent.

En dépit de la reconnaissance de l'autorité du précédent, d'après RICHAUD il s'agit d'un rappel au juge à propos de sa propre interprétation de la loi, qui est le produit du précédent, en montrant la similarité entre l'interprétation de la loi et du produit normatif.⁷¹ Il est, donc, une forme d'autorité d'une certaine interprétation, qui donne l'apparence de cohérence et préserve l'autorité institutionnelle⁷². Souvent, il arrive secrètement, car au lieu de citer l'arrêt précédent, le juge conserve sa liberté d'interprétation et se réserve le droit de révoquer sa précédente grâce à une motivation concise⁷³. Par ailleurs, dans le contentieux administratif, les juges suprêmes énoncent des précédents d'interprétation, et non des précédents de cas.⁷⁴ Par conséquent, contrairement à la pratique des juges de droit commun, en France, le juge n'utilise pas l'art de la *distinction* pour écarter un précédent, car ce dernier n'est pas identifié comme tel dans les décisions grâce à l'« opacité » de la fonction jurisprudentielle, pour le bénéfice de la fonction judiciaire.⁷⁵

⁶⁷ TROPER et GRZEGORCZYK. *Op. Cit.* p. 126. (Traduction libre)

⁶⁸ Ibidem. p. 132. (Traduction libre)

⁶⁹ RICHAUD. *Op. Cit.* p. 47. (Traduction libre)

⁷⁰ Ibidem. p. 45. (Traduction libre)

⁷¹ Ibidem. p. 48. (Traduction libre)

⁷² Ibidem. pp. 157-158. (Traduction libre)

⁷³ Ibidem. pp. 199 – 200, 206. (Traduction libre)

⁷⁴ Ibidem. p. 201. (Traduction libre)

⁷⁵ Ibidem. p. 207. (Traduction libre)

Le fait que la force du précédent dépend de la volonté du juge de le suivre, et l'absence de la *distinction* (qui n'est pas nécessaire dans ce système) sont des arguments suffisants pour justifier l'absence d'un régime de précédent judiciaire en France. Il semble y avoir seulement une tendance récente des juges administratives et judiciaires –spécialement depuis l'entrée en vigueur de la QPC, *Question Prioritaire Constitutionnalité*- de citer les décisions du Conseil Constitutionnel dans les « visas » simplement pour déterminer si le texte législatif a été soumis à un contrôle constitutionnel ou non⁷⁶, et d'articuler des précédents d'interprétation. Cependant, rien de tout cela n'est suffisant pour placer ce système avec une règle du précédent contraignant.

2.4 Le précédent en l'Allemagne

L'Article 20 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne prévoit que le pouvoir d'Etat émane du peuple, lequel est exercé par des élections grâce à des organes spéciaux du pouvoir législatif, judiciaire et exécutif. La même disposition établit un système des sources de droit et ordonne la soumission de la législature à l'ordre constitutionnel, alors que les pouvoirs exécutifs et judiciaires sont soumis à la loi et au droit. Comme on le voit, la Constitution ne mentionne pas le précédent judiciaire en tant que source de droit.

Cependant, la législature est soumise à l'ordre constitutionnel tel qu'elle est réglementée à l'article 20 de la Constitution, et cet ordre inclut les décisions du Tribunal Constitutionnel Fédéral (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), le seul organe judiciaire avec un système de précédent qui est strictement inscrit dans le droit allemand. En plus des fonctions générales des tribunaux fédéraux, l'article 93 de la Loi Fondamentale assigne au Tribunal Constitutionnel des pouvoirs spéciales, à savoir: (i) tandis que d'autres organes du pouvoir judiciaire sont liés à la loi et au Droit, le Tribunal Constitutionnel est tenu d'appliquer directement la Loi Fondamentale ; (ii) les décisions sont finales, parce que le Tribunal interprète la Loi Fondamentale ; (iii) contrairement aux autres tribunaux fédéraux, les pouvoirs du Tribunal Constitutionnel ne sont pas définis par le législateur, mais directement par la Loi Fondamentale ; et (iv) ayant comme une source primaire d'application de la Constitution, il utilise des arguments fondés sur la retenue judiciaire ou « *judicial self-restraint* ». ⁷⁷ De plus, si le Tribunal Constitutionnel Fédéral décide des sujets mentionnés dans le § 31 de la Loi de cette cour (BVerfGG), la décision aura force de loi et de *res judicata*.

La jurisprudence, parmi les allemands, existe dans un système fondé sur les arguments déterminants interférant directement dans la prise de la décision et pouvant être obligatoires pour des décisions futures. L'argument déterminant est l'ensemble des règles juridiques ou énoncés normatifs que le Tribunal Constitutionnel inscrit dans sa décision, qui provient d'une légitimité démocratique. ⁷⁸

Ainsi, le Tribunal Constitutionnelle joue un rôle unique et important dans la création du droit, puisque les tribunaux inférieurs -les juges constitutionnels et les juges spécialisés- sont tenus de respecter les décisions du premier. Cependant, cette liaison est limitée dans le cas

⁷⁶ Ibidem. p. 210. (Traduction libre)

⁷⁷ PALOMARES GARCIA, Jorge Ricardo. "El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán" en la Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi Vol. 10, N° 2, de julio a diciembre de 2015, Bogotá. p. 45. (Traduction libre)

⁷⁸ Ibidem. p. 50. (Traduction libre)

des tribunaux fédérés, qui ne sont pas tenus de respecter le précédent constitutionnel sur les arrêts concernant la Constitution. En revanche, elle ne l'est pas ni sur les constitutions fédérées et ni sur les sujets spécifiques de chaque tribunal. Même si le droit allemand n'est pas attribué par nature obligatoire aux décisions des tribunaux fédéraux, des règles juridiques sur la pratique judiciaire servent à déterminer un degré de contrainte des décisions antérieures⁷⁹, les cinq Tribunaux Fédéraux ont deux importantes fonctions de fermeture : (i) la cassation et (ii) la procédure de divergence.

En conclusion, bien qu'il y ait une finale implicite dans la loi telle qu'est l'unification jurisprudentielle, ce qui précède n'est pas consacré comme strictement obligatoire. En fin de compte, à l'exception des précédents constitutionnels, il y a un respect clair pour le caractère contraignant des décisions judiciaires qui précèdent à cause de la finalité du système, car d'elles dépendent l'harmonie des préceptes juridiques. En bref, il est possible de demander au juge supérieur d'examiner une décision judiciaire pour cause de violation du précédent, mais le juge supérieur ne peut faire ce contrôle qu'afin de maintenir un système juridique unifié.

2.5 Conclusions pour le cas colombien

Le précédent contentieux administratif en Colombie révèle une série de ruptures ou, au moins, quelques « particularités », qui peuvent être expliquées en grande partie à la suite de mutations dérivées de la circulation des modèles juridiques et de sa transplantation à ce système. Comme l'a souligné LOPEZ, la Colombie est passée d'un modèle d'imitation des idéaux français du droit et de l'Etat au début de sa vie républicaine, à la reproduction des modèles américains à partir du début du XXI^e siècle, « quand nos idéaux de droit et de l'Etat imitent la République Commerciale de Américains, notre philosophie du droit semble une somme pâle de nouveaux auteurs et arguments. Nous sommes passés de copies européennes à copies américaines. »⁸⁰

Comme expliqué, un élément central de la théorie anglaise du *stare decisis* est que le *ratio decidendi* d'un précédent ne doit pas être recherché pour les motifs d'une décision, mais seulement dans les faits du cas.⁸¹ Cela dit, il y a toujours un large éventail de « faits » qui peuvent être considérés comme « matériaux » et, en conséquent, comme partie du *ratio decidendi*.⁸²

D'après STONE, comme les faits de l'espèce peuvent être énoncés dans différents niveaux de généralité, il peut y avoir un grand nombre de *rationes* potentiellement contraignantes pour les affaires à venir⁸³. Cela pose au moins un défi à la notion abstraite et conceptualiste qu'est le *ratio decidendi* qui a émergé en Colombie dans le cadre des arrêts de constitutionnalité depuis le début des années quatre-vingt-dix. Cette différence déterminera, à son tour, si la doctrine de majorité du précédent en Colombie est ou n'est pas compatible

⁷⁹ ALEXY "precedent in the Federal Republic of Germany" p. 28. Cité par MORAL SORIANO, Leonor. "El Precedente Judicial" (Monografías Jurídicas). Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 196. (Traduction libre)

⁸⁰ LÓPEZ, Diego. « Teoría impura... » *Op. Cit.* p. 13. (Traduction libre)

⁸¹ BUSTAMANTE. *Op. Cit.* p. 115, en citant ARTHUR L. GOODHART. "Determining the *ratio decidendi* of a case", en ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, p. 2. (Traduction libre)

⁸² BUSTAMANTE. *Op. Cit.* p. 119. (Traduction libre)

⁸³ Ibidem. p. 120. (Traduction libre)

avec des techniques comme la distinction des cas (*distinguishing*), ce qui n'est que la présentation des différents niveaux de généralité ou d'exceptions aux cours factuels.

Les travaux de construction d'une théorie locale du précédent judiciaire ne peuvent pas se transformer en une tentative de faire une lecture normalisée de la « théorie du droit transnational »⁸⁴, exercice se révélant impossible. « Les lectures tronquées ont poussé les pratiques juridiques locales, qui sont donc déjà entrelacés dans la culture locale en produisant dynamiques, passées et futures, qui ne peut plus être annulées. »⁸⁵ Ainsi, l'étude des figures de droit étranger, prises dans leur contexte et dans leurs proportions historiques, contribuent de manière significative à la compréhension des produits locaux et fournissent des « conseils » pour d'autres acculturations du droit tel qu'il apparaît souhaitable et approprié à la culture juridique et aux besoins locaux.

La Colombie devrait prendre au moins cinq postulats de la doctrine anglaise du précédent judiciaire, à savoir :

- (i) L'inclinaison vers le concret et le pratique, ainsi que les droits précis en jeu dans le cas pour décider, plutôt que l'idéalisation universelle des Français⁸⁶;
- (ii) Le concept de *holding* ou *ratio decidendi* qui, d'après GOODHART, ne se trouve pas dans la motivation du juge, mais dans ce que le tribunal a décidé⁸⁷. Le principe de la décision se trouve donc sur la conclusion tirée par le juge sur la base des faits matériels et en excluant les immatériels, sans que les raisons ou considérations constituent la partie contraignant d'un précédent⁸⁸. Ces raisons seulement guident le juge de l'avenir dans la détermination des faits qui ont été considérés comme matériaux⁸⁹;
- (iii) L'accentuation de GOODHART sur le niveau de « généralité de la règle de décision » dépendante de la quantité de faits qui ont été considérés comme des matériaux dans l'arrêt-précédent⁹⁰;
- (iv) La présomption contre les grands principes. Mais, cette présomption doit être nuancée dans cette thèse, parce qu'on ne peut pas arriver à supposer que, si l'ancien juge n'a pas distingué entre matériel et immatériel, alors les faits sont matériaux, comme propose GOODHART⁹¹; et
- (v) Le champ d'application restreint du précédent, qui est limité aux faits examinés par la Cour, au point qu'aucun précédent ne sera établi pour les faits non

⁸⁴ LÓPEZ MEDINA. "Teoría Impura... » *Op. Cit.* Chapitre 1. (Traduction libre)

⁸⁵ Ibidem. p. 34. (Traduction libre)

⁸⁶ CALVO. *Op. Cit.* p. 90. (Traduction libre)

⁸⁷ MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94. (Traduction libre)

⁸⁸ A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, pgs. 164 y 165. Cité par MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94. (Traduction libre)

⁸⁹ A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, pgs. 175. Cité par MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94. (Traduction libre)

⁹⁰ MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94. (Traduction libre)

⁹¹ GOODHART. *Op. Cit.* p. 182. (Traduction libre)

considérés, aussi importantes soient elles⁹². Ainsi, il est impossible d'établir le principe d'une conclusion fondée sur un fait non déterminé par la Cour, les conclusions sur la décision à prendre dans les scénarios ne génèrent pas un principe⁹³, mais seront *obiter dicta*.

L'expérience américaine offre les leçons pratiques suivantes pour le cas colombien :

- (i) D'abord, les catégories de (a) « *holding* », qui est le synonyme américain du terme *ratio decidendi*, (b) *dictum*, les considérations juridiques préparées par le tribunal qui ne sont pas nécessaires pour justifier la décision, et qui n'ont qu'une force de persuasion. Ces considérations se distinguent du *holding* en fonction du degré de généralité que la règle du précédent a formulé, et (b) le *rationale*, qui présente les raisons ou justifications données par le tribunal pour obtenir le résultat.⁹⁴
- (ii) À cause du peu de respect du précédent aux États-Unis et la grande discrétion du juge futur pour reclasser les motifs de l'arrêt entre *ratio decidendi* ou *dicta*, si le juge du passé a essayé d'adopter une décision large et profonde, alors le juge de l'avenir pourra transformer la décision antérieure dans une décision minimaliste.⁹⁵
- (iii) La description des opérations possibles avec la règle du précédent est également pertinente et présente donc : (a) appliquer (*apply*) la règle du précédent si les deux litiges sont vraiment similaires ; (b) étendre ou suivre le précédent (*follow*), quand, malgré les différences significatives entre les cas, le tribunal estime qu'elles ne justifient pas un traitement juridique différent, ou qu'elles méritent d'étendre la règle précédente au nouveau cours factuel à travers un raisonnement analogique; et (c) distinguer (*distinguish*) la règle, lorsque les différences entre les faits méritent un traitement distinctif.⁹⁶
- (iv) La grande flexibilité et le dynamisme des règles sur le précédent judiciaire aux États-Unis dans un contexte d'essais et d'erreurs (début du XIXe siècle) et de transformation continue de règles en suivant l'impact social désiré, couplé la réapparition de ce point de vue instrumental au début du XXe siècle⁹⁷. Cependant, l'importance du *réalisme* chez les américains depuis le milieu du XXe siècle s'oppose aux idéals de l'uniformité, la stabilité et la sécurité juridique poursuivies par le nouveau CPACA en Colombie. Il semble donc que le législateur colombien a travaillé en pensant davantage à la façon dont opère le *stare decisis* parmi les anglais (qui conçoivent strictement la valeur obligatoire du précédent⁹⁸) que parmi les américains ;

⁹² Ibidem. p. 172. (Traduction libre)

⁹³ Ibidem. p. 179. (Traduction libre)

⁹⁴ MAGALONI. *Op. Cit.* pp. 81-83. (Traduction libre)

⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R. "One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court", Cambridge, Harvard University Press, 1999. (Traduction libre)

⁹⁶ MAGALONI. *Op. Cit.* pp. 84 y 88. (Traduction libre)

⁹⁷ Ibidem. p. 12 (Traduction libre)

⁹⁸ Idem. (Traduction libre)

- (v) Pourtant, l'approche américaine de la notion de *case law* est très utile. Les règles « sont déterminées par l'interaction entre le tribunal qui crée et applique ces règles. [...] La Cour suivante est celle qui doit choisir le niveau de généralité et d'abstraction de la règle du précédent, alors que la Cour précédente doit déterminer le cadre des possibilités au sein duquel les juges liés par la décision peuvent élire. »⁹⁹ Tel est le problème qui se pose une fois que les faits matériels sont choisis, il s'agit alors d'établir une hypothèse normative de la règle contraignante à partir du choix du niveau de généralité auquel le cas doit être interprété¹⁰⁰.
- (vi) En outre, dans le minimalisme américain le juge ne construit jamais un cours normatif général et abstrait. Par contre, la règle est établie au temps de la comparaison entre les similitudes et les différences factuelles des cas analysés.¹⁰¹ Il offre ainsi une forme partielle ou imparfaite de contrainte judiciaire (*judicial restraint*)¹⁰², qui : (a) évite l'hostilité ou la violence contre certains secteurs sociaux, (b) échappe la critique du manque de légitimité de la Cour¹⁰³, et (c) laisse les principales décisions du système à la délibération démocratique¹⁰⁴.
- (vii) Compte tenu de la proximité entre les arrêts de l'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat colombien et le concept américain de *statutory precedents*, il faut citer MAGALONI, selon laquelle les *statutory precedents* viennent à compléter ou définir le contenu normatif des préceptes juridiques, et les éléments que le juge ajoute à l'œuvre légiférée ont des effets généraux. Par conséquent, « les décisions judiciaires, en interprétant et en appliquant les règles juridiques, arrivent à fusionner ou faire partie de la loi ».¹⁰⁵
- (viii) Ainsi, compte tenu du rôle créatif des juges, il est également pertinent de faire la distinction entre les faits en litige et les faits législatifs (respectivement *adjudicative and legislative facts*), étant les derniers ceux qui donnent au juge le contexte nécessaire pour comprendre quelles sont les valeurs sociales en conflit et de ce fait prendre des décisions de politique publique tel un organe créateur de droit ayant une fonction législative¹⁰⁶.
- (ix) Finalement, comme la Cour Suprême Fédérale, dans l'exercice de sa compétence en appel, est généralement une troisième instance qui agit sur une base discrétionnaire, son rôle est essentiellement « institutionnel » (elle cherche à établir une règle pour guider le reste des tribunaux et pour résoudre le problème de l'indétermination du droit) plutôt que de le concevoir dans le but de surveiller les erreurs commises par les tribunaux inférieurs¹⁰⁷. Cela rappelle le rôle assigné

⁹⁹ Ibidem. pp. 62-63. (Traduction libre)

¹⁰⁰ Ibidem. p. 86. (Traduction libre)

¹⁰¹ Ibidem. p. 95. (Traduction libre)

¹⁰² SUNSTEIN, *Op. Cit.* p. x. (Traducción libre)

¹⁰³ Ibidem. p. 161. (Traduction libre)

¹⁰⁴ Ibidem. p. 115. (Traduction libre)

¹⁰⁵ MAGALONI. *Op. Cit.* p. 69. (Traduction libre)

¹⁰⁶ Ibidem. p. 78. (Traduction libre)

¹⁰⁷ Ibidem. p. 46. (Traduction libre)

au Conseil d'Etat colombien et pourrait aussi expliquer la tension entre le concret et l'abstrait que doit résoudre cette Cour.

L'étude du cas Français donne des grandes contributions autour des limites historiques et législatives de l'acceptation du précédent comme source formelle et principale de droit, et sur les interprétations créatives des textes législatifs en vigueur comme condition pour accueillir la pratique de suivre les décisions antérieures. Cependant, il y a une plus grande acceptation et un plus important développement de la doctrine du précédent judiciaire en Colombie qu'en France. Cela est probablement attribué au fait que le concept révolutionnaire de la séparation des pouvoirs qui a inspiré le système juridique français, avec ses préjugés et sa méfiance du juge et les prohibitions concernant la possibilité d'un juge de législateur, a été transplanté en Colombie en dehors de son contexte original. Sans l'antécédent d'un juge comme celui de l'Ancien Régime français, il est plus facile de « réinterpréter » l'article 17 du Code Civil colombien (face à l'article 5 du Code civil français qui l'a inspiré).

Malgré la tradition légiférée, des voix sont élevées à partir du milieu du XXe siècle en invitant à une nouvelle interprétation du droit française dans son contexte social et politique, mais uniquement afin d'interpréter les « intentions cachées du législateur ». ¹⁰⁸ Par conséquent, les arrêts de style français sont encore (a) déductifs, ou le raisonnement est perçu comme un syllogisme ; (b) essentiellement legalistes; et (c) magistrales¹⁰⁹, comme mentionné auparavant. Le travail du juge est encore, la plupart du temps, un automatisme. ¹¹⁰

Même les auteurs français qui prônent le précédent obligatoire, le réduisent à une sorte de jurisprudence interprétative. RICHAUD explique le précédent judiciaire comme le produit de la loi concrétisée de laquelle résulte une règle juridictionnelle (dont le respect est fondé sur la *chose jugée*). Cette étape aboutit à la règle jurisprudentielle sur la base de l'autorité de la *chose interprétée*¹¹¹ ; avec une interprétation dérivée de la concrétisation de la norme juridique ayant un degré d'abstraction égal à la loi telle qu'elle peut être appliquée à de futurs cas.

Dans cette perspective, la règle jurisprudentielle n'est pas liée aux faits, car elle résulte de l'interprétation donnée par le texte dans sa portée normative. ¹¹² Par conséquent, ce n'est pas un précédent, puisqu'il n'intègre pas la composante factuelle. Seulement la règle jurisprudentielle aura une certaine valeur pour l'avenir par son caractère général.

Par conséquent, bien qu'il y ait un respect des précédents en apparence, ce qui existe est la jurisprudence (persuasive ou interprétative) en charge de systématiser le droit en vigueur¹¹³ et d'interpréter la volonté du législateur suite aux ambiguïtés et aux défauts des textes légiférés¹¹⁴, interprétation que les juges l'avenir ne sont pas tenus de respecter.

Les aspects suivants du modèle français pourraient être utiles dans le processus de construction de la théorie locale du précédent judiciaire pour la Colombie, à savoir :

¹⁰⁸ CHENOT. *Op. Cit.* pp. 64 – 65.

¹⁰⁹ TROPER et GRZEGORCZYK. *Op. Cit.* p. 107. (Traduction libre)

¹¹⁰ CHENOT. *Op. Cit.* p. 64.

¹¹¹ RICHAUD. *Op. Cit.* pp. 224 y 270.

¹¹² Ibidem. p. 237.

¹¹³ RIVERO. *Op. Cit.* p. 102

¹¹⁴ CHENOT. *Op. Cit.* p. 63.

- (i) Pour des auteurs comme TROPER et GRZEGORCZYK, lorsque le Conseil Constitutionnel soutient qu'une loi est constitutionnelle dans la compréhension qu'elle soit interprétée dans un certain sens, il s'agit du respect de la décision judiciaire dans la situation décrite au Conseil (la *chose jugée* ou *res judicata*, qui se réfère aux questions déjà décidées), et non d'un cas de respect au précédent (qui s'étend aux cas similaires)¹¹⁵. Cette distinction entre les effets de la chose jugée et du précédent est pleinement applicable (et absolument nécessaire) dans le cas colombien.
- (ii) Bien que la pratique de la distinction (*distinguishing*) soit complètement exotique en France, étant applicable seulement dans un système où il y a une obligation de suivre le précédent¹¹⁶, les tribunaux procèdent à une *qualification juridique des faits*. Ils ne discutent pas de la signification de la norme, mais de la nature des faits afin de déterminer s'ils peuvent être soumis aux catégories de la règle.¹¹⁷ Cela est fait en examinant simultanément les faits et la substance de la règle¹¹⁸. Cette qualification juridique serait également utile pour évaluer la « matérialité » des faits, une question que l'on retrouvera dans la PARTIE II de la thèse.
- (iii) Il faut également mettre en évidence les contributions de RICHAUD autour de l'analogie entre les cas comme une pierre angulaire de la doctrine du précédent que les pays continentaux utilisent exceptionnellement mais que les pays de *common law* utilisent largement pour remplir les lacunes de leur système juridique¹¹⁹. Sur ce sujet, certaines clarifications dans ce document seront apportées, notamment par rapport au fait que le raisonnement analogique fonctionne différemment dans le cas de textes juridiques et de précédents, distinction que RICHAUD a malheureusement négligé.
- (iv) Comme le droit commun n'est pas codifié, le juge anglo-saxon doit produire une norme pour juger l'affaire concrètement sur la base du droit commun, se référant aux lois et aux précédents, les règles et les principes juridiques, ainsi qu'aux circonstances des faits¹²⁰. Bien qu'il semble être une description prévisible caractéristique des systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne, l'évolution et la mutation de la loi colombienne permettent d'affirmer la même particularité du juge.

Enfin, l'expérience allemande ressemble à la colombienne dans la mesure où la Loi Fondamentale ne mentionne pas le précédent judiciaire en tant que source de droit. Cependant, en Allemagne comme en Colombie, la doctrine du précédent judiciaire a mis au point, en grande partie grâce aux arrêts de la Cour Constitutionnelle, le seul organe judiciaire avec un système de précédent qui est strictement inscrit dans le droit allemand. Comme mentionné, la jurisprudence constitutionnelle est obligatoire en vertu du § 31 de la Loi du

¹¹⁵ TROPER et GRZEGORCZYK. pp. 116-117. (Traduction libre)

¹¹⁶ Ibidem. p. 132. (Traduction libre)

¹¹⁷ Ibidem. p. 107. (Traduction libre)

¹¹⁸ Ibidem. p. 126. (Traduction libre).

¹¹⁹ RICHAUD. *Op. Cit.* p. 84.

¹²⁰ Ibidem. p. 85.

Tribunal Constitutionnel Fédéral, cette règle ayant été interprétée pour que toutes les décisions de ce Tribunal soient obligatoires pour tous les pouvoirs publics, incluant le pouvoir judiciaire.

Bien qu'il y ait un but implicite dans la loi telle qu'elle est l'unification jurisprudentielle, le précédent n'est pas inscrit comme strictement obligatoire, même s'il existe des procédures pour en assurer sa conformité. En fin de compte, à l'exception des précédents constitutionnels, il y a un respect clair pour le caractère contraignant de ce qui précède, plutôt que pour des raisons de positivisation, notamment à cause de la finalité du système puisque l'harmonie des préceptes juridiques dépend de lui.

3. Brève histoire législative de la Colombie

Tant l'organisation fédérale de la Confédération Grenadine (« Confederación Granadina ») que les limites introduites dans les codifications du XIXe siècle, influencées par les idées de codage napoléonienne (en Colombie, reflété dans les articles 4 et 17 du Code Civil) ont entravé une jurisprudence obligatoire.¹²¹ Le Code Civil de 1858, adopté comme code de l'union en 1873, a empêché la consolidation d'une jurisprudence unifiée, puisque chaque état confédéré avait son propre structure judiciaire¹²². De plus, l'article 17 du Code Civil avait établi un système de sources de droit dans lequel les juges étaient interdit de décider par voie de disposition général dans les causes qui leur étaient soumises, dans un style français.

Pendant la durée du projet politique connu sous le nom de « régénération » (1886 – 1892), plusieurs textes légiférés ont été adoptés pour garantir l'ordre et la liberté¹²³, ainsi que l'unification de la jurisprudence¹²⁴. Entre eux, la Loi 61 de 1886 a introduit la *doctrine légale*, constituée par l'interprétation de la loi par la Cour Suprême de Justice dans trois décisions uniformes. De plus, l'article 10 de la Loi 153 de 1887 dit que la *doctrine légale la plus probable* serait appliquée par les juges inférieurs dans les cas douteux ; et les actes du pouvoir exécutif contraires à la Constitution, à la loi et à la *doctrine légale la plus probable* ne seraient pas appliqués (article 12 ibidem). Cependant, la force du précédent est vraiment reconnue dans l'article 239 de cette loi, incluait comme motif de cassation que la décision soit contraire dans un point de droit à une autre décision du même tribunal ou de deux tribunaux différents.

La Loi 105 de 1890 a adopté la *doctrine légale applicable*, en devenant le moment culminant du caractère contraignant du système de précédents en Colombie¹²⁵ avant le XXIème siècle. L'article 383 de cette loi disait que, si le motif de cassation était la violation de la loi matérielle ou de la *doctrine légale*, alors la Cour Suprême devrait énoncer, dans le dispositif de l'arrêt, en termes claires, précis et généraux qui constituent une règle de droit, l'interprétation correcte des lois appliquées dans le cas.

¹²¹ JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "Segunda Parte: Papel y valor asignados a la Jurisprudencia". pp. 175- 293. Dans: TAMAYO JARAMILLO, Javier et JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia". Ibáñez, Bogotá, 2012. pp. 221 y 223. (Traduction libre)

¹²² Ibidem. p. 221. (Traduction libre)

¹²³ Ibidem. p. 224. (Traduction libre)

¹²⁴ Ibidem. p. 227. (Traduction libre)

¹²⁵ Ibidem. p. 230. (Traduction libre)

La réaction de la Cour Suprême contre l'article 383 a conduit à son abrogation par la Loi 100 de 1892. En 1896, l'article 4 de la Loi 169 a substitué la *doctrine légale* par la *doctrine probable*, dedans un système « libre » de jurisprudence où les arrêts de la Cour de Cassation n'avaient qu'une valeur persuasive.¹²⁶ Ce dernier article est encore en vigueur. Ainsi, avant 1991, il n'y avait pas de « précédent » proprement dit, mais, au mieux, de la jurisprudence ou de la *doctrine probable*, laissant la jurisprudence aux avocats dédiés à la cassation.

La Constitution actuelle a été adoptée en 1991. Son Article 230 CP établit le même système des sources de droit du dix-neuvième siècle. Pourtant, très tôt déjà, l'article a été « réinterprété » par la Cour Constitutionnelle. En effet, dans l'arrêt C-486 de 1993, la Cour Constitutionnelle a clarifié le fait que lorsque le premier paragraphe de l'article 230 utilise le mot « loi », il fait référence à tout l'ordre juridique, dans lequel les juges ont le devoir d'appliquer. Ce cadre se compose non seulement de la loi dans son acception formelle, mais il est aussi intégré par les pouvoirs organisés qui réalisent un type spécifique de contrôle social au travers d'un ensemble intégré et harmonieux de règles juridiques. Pour la Cour, d'autres expressions utilisées par le constituant doivent être vus comme les termes de « cadre juridique » (Préambule) et d'« ordre juridique » (art. 16).¹²⁷ Aujourd'hui, le terme « empire de la loi » contenu dans l'article 230 doit être lu comme la nécessaire soumission à l'ordre juridique. Il est désormais normal que la Cour Constitutionnelle mentionne dans ses arrêts la reconnaissance de la jurisprudence comme source formelle du droit, incluant le *ratio decidendi* et le dispositif des arrêts¹²⁸.

Par conséquent, la transformation du système de sources de droit et l'internationalisation du droit conduit à l'émergence des précédents avec l'adoption de la Constitution de 1991¹²⁹, ainsi qu'à la réinterprétation ou à la mutation des textes légiférés d'inspiration française cités ci-dessus. Par exemple, dans l'arrêt C-461 de l'année 2013, la Cour Constitutionnelle a réinterprété le traditionnel article 17 du Code Civil (texte qui transpose le fameux article 5 du Code Civil Français : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* »)¹³⁰ La Cour déclare sa constitutionnalité, conditionnée à la compréhension que cette règle n'empêche pas les effets *erga omnes* et extensibles aux arrêts qui décident des actions constitutionnelles.¹³¹

Après quelques essais du pouvoir législatif de définir la valeur de la jurisprudence après 1991, certaines lois ont « réinventé » le concept de la *doctrine probable*. La première à le faire est la loi 1340 de 2009, qui a ordonné à la Surintendance d'Industrie et Commerce de compiler et de mettre à jour régulièrement les décisions adoptées sur la protection de la concurrence. Suite à cela, trois décisions uniformes prises suite à cette même affaire constituent *doctrine probable* (article 24). Son caractère est similaire à celui de la loi 1564 de 2012, il exige que les juges, régis par le nouveau Code Général de Procédure, respectent la doctrine probable sous peine de devoir exposer de façon claire et raisonnable des motifs

¹²⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". 2ed. Bogotá: Legis, 2006. p. 74. (Traduction libre)

¹²⁷ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-486 de 1993", Magistrat Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp. D-244. (Traduction libre)

¹²⁸ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 23. (Traduction libre)

¹²⁹ Ibidem. pp. 30-31. (Traduction libre)

¹³⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego. "Eslabones del Derecho : El deber de coherencia con el precedente judicial". Bogotá : Legis, 2016. p. 100.

¹³¹ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-461 de 2013", Magistrat Nilson Pinilla, Exp. D-9446. (Traduction libre)

juridiques pour justifier leurs décisions et leurs obligations égales à celles établies afin de pouvoir modifier ses critères concernant leurs décisions dans des cas similaires (article 7). Mais dans les deux cas, la notion de « doctrine probable » diffère de celle contenue dans la loi 169 de 1896 et correspond à la notion réinterprétée et restructurée de la C-836 de 2001.¹³²

Dans ce contexte, le précédent en sens étroit (à savoir, celui structuré sur la base de l'analogie entre les règles et les cas) est introduit par l'article 114 de la loi 1395 de 2010 et, plus tard, par le CPACA. Le premier a été critiqué pour tomber dans l'erreur d'exiger l'élément de réitération pour constituer le précédent¹³³ et postule un devoir faible de l'administration d'obéissance du précédent judiciaire.¹³⁴

4. Brève histoire jurisprudentielle avant le CPACA (1991 - 2011)

Pour cette analyse, il est utile d'effectuer une « ligne jurisprudentielle » des arrêts proférés par la Cour Constitutionnelle sur le caractère obligatoire de la jurisprudence en Colombie avant l'adoption du CPACA, en utilisant la méthodologie et la terminologie proposées par l'auteur Diego LÓPEZ. Cette méthodologie, comme on verra ci-dessous, n'est applicable et pertinente que pour des études historiques telles que celles réalisées à continuation.

Comme arrêt fondateur, on peut citer le **C-131 de 1993**¹³⁵, dans lequel la Cour a déclaré que ses décisions sont source obligatoire pour les juges (paragraphe 1 de l'article 21 du décret 2067 de 1991, conformément à l'article 243 de la Constitution), et que seulement une partie de ses arrêts à force de *chose jugée*, à savoir: (i) le dispositif, explicitement ; et (ii) les notions des motifs ayant unité de sens avec le dispositif de l'arrêt, bien implicitement ou bien les parties indiquées par la Cour. Or, d'après la Cour, ses propres décisions sont la source obligatoire pour un juge, à condition qu'ils aient la force de *chose jugée explicite* (le dispositif, en accord avec l'article 243 CP) et la *chose jugée implicite* (les concepts de la motivation avec unité de sens avec le dispositif).¹³⁶

Selon la Cour, le mot « obligatoire » contenu dans l'article 23 du décret 2067 de 1991 était contraire aux articles 241 et 230 de la Constitution, et à la compétence accordée à la Cour de fixer l'effet de ses jugements. Ainsi, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une partie de la règle qui donnait à la doctrine constitutionnelle sa force obligatoire en général, laissant la possibilité de reconnaître une telle force à quelques parties de l'arrêt (*chose jugée implicite* et *explicite*), étant le reste de la jurisprudence critère auxiliaire de l'activité judiciaire.

Avec l'arrêt **C-083/95**¹³⁷, la Cour Constitutionnelle a déclaré constitutionnel l'article 8 de la loi 153 de 1887, qui stipule que la doctrine constitutionnelle est applicable s'il n'y a pas de loi exactement applicable au cas particulier, cela veut dire que la doctrine constitutionnelle dans sa fonction d'intégration est obligatoire en vertu de la chose jugée constitutionnelle.

¹³² LÓPEZ MEDINA. "Eslabones...". *Op. Cit.* p. 98. (Traduction libre)

¹³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 59. (Traduction libre)

¹³⁴ LÓPEZ MEDINA. "Eslabones...". *Op. Cit.* p. 117. (Traduction libre)

¹³⁵ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-131 de 1993", Magistrat Alejandro Martínez Caballero. Ref. D-182. (Traduction libre)

¹³⁶ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 61. (Traduction libre)

¹³⁷ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-083 de 1995", Magistrat Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-665. (Traduction libre)

Cette fonctionnalité est distincte de la fonction d'interprétation que la jurisprudence possède également selon l'article 4 de la loi 169 de 1896, de sorte que la loi reste facultative comme critère auxiliaire.

Ensuite, la Cour produit l'arrêt de reconceptualisation **C-037 de 1996**, par lequel elle déclare inconstitutionnels les mots « seulement » et « Congrès de la République » contenus au paragraphe 10 de l'article 48 du projet de Loi Statutaire sur l'Administration de la Justice. D'après la Cour, le Congrès n'est pas le seul qui peut interpréter « par l'autorité » le texte constitutionnel. Ce jugement est le premier bilan des règles établit par la Cour Constitutionnelle dans les cas précédents.¹³⁸ D'après la Cour, comme elle est responsable de maintenir la suprématie et l'intégrité de la Constitution (art. 241 CP), elle doit aussi interpréter l'autorité et définir le champ d'application des dispositions contenues dans la loi fondamentale.

En répondant à la question sur quelle partie des arrêts de la Cour a l'effet de *chose jugée*, la Cour cite l'arrêt C-083/95, y compris l'extrait sur la distinction entre la fonction d'intégration de la doctrine constitutionnelle (article 8 de la loi 153 1887) et sa fonction d'interprétation (art. 4 *ibid*). Ainsi, elle a déclaré que les concepts du *rationale* seront obligatoires avec une relation étroite, directe et inséparable avec le dispositif.

Dans l'arrêt **C-037 de 2000**¹³⁹, la Cour a déclaré partialement inconstitutionnel l'article 12 de la loi 153 de 1887, parce que la contradiction de la *doctrine légale la plus probable* n'est pas un titre valable pour ne pas appliquer les ordonnances et autres actes exécutifs du gouvernement émis par exercice du pouvoir réglementaire. Le reste de l'article a été déclaré constitutionnel dans la compréhension suivant : le juge ne peut pas ignorer la doctrine constitutionnelle dans sa fonction d'intégration. Dans ses motifs, la Cour cite l'arrêt C-131 de 1993 et réaffirme la force obligatoire du dispositif des arrêts de constitutionnalité et les parties de la motivation qui sont directement liés à elles.

L'arrêt **C-836 de 2001**¹⁴⁰ contient le second équilibre autour du thème de la jurisprudence des hauts tribunaux en Colombie¹⁴¹. D'après JULIO, dans cette affaire il est clair que l'institution de la *doctrine probable* est non seulement présent dans la juridiction ordinaire, mais est également applicable aux autres juridictions (contentieux administratifs et constitutionnels).¹⁴² Le problème juridique concerne la force obligatoire des précédents de la Cour Suprême de Justice en tant que juge de cassation, et ce d'après les juges inférieurs et la Cour Suprême¹⁴³. A cette occasion, la Cour a déclaré que l'article 4 de la loi 169 de 1896 relatif à la « doctrine probable » était constitutionnel, tant qu'il était entendu que la Cour Suprême et d'autres juges de la juridiction ordinaire, en partant de la doctrine probable

¹³⁸ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 67. (Traduction libre)

¹³⁹ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-037 de 2000", Magistrat Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. D-2441. (Traduction libre)

¹⁴⁰ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-836 de 2001", *Op. Cit.* (Traduction libre)

¹⁴¹ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 74. (Traduction libre)

¹⁴² JULIO ESTRADA, Alexei. "El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001". pp. 45-62. Dans: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). "Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 50. (Traduction libre)

¹⁴³ *Ibidem.* p. 51 (Traduction libre)

dictée par cette Cour, étaient tenus de présenter clairement et raisonnaient les arguments juridiques justifiant sa décision.

La doctrine du précédent avait alors été annoncée et stabilisée entre les années 1998-2001¹⁴⁴, surtout avec cet arrêt C-836 de 2001 qui a confirmé la doctrine du précédent, dont la construction venue des arrêts C-131 de 1993, T-123 1995, C-037 et SU-047 1996 1999¹⁴⁵. Toutefois, en raison de la réticence des juges et même d'autres hauts tribunaux dans les années suivantes, la Cour est dédiée à réitérer son message dans les arrêts **SU-120 de 2003, T-698 de 2004 et T-292 2006**.

Par l'arrêt **C-539/11**¹⁴⁶ (**décision dominante ou principale**), la Cour Constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité conditionnelle de l'article 114 de la loi 1395 de 2010, ensuite abrogé par la loi 1437 de 2011. La norme accusée ordonnait des entités publiques de toute nature, responsables de reconnaître et de payer les pensions et les salaires de ses employés, engagés dans certains types de dommages ou dans des conflits fiscaux ou douaniers, tout en tenant compte des précédents judiciaires ordinaires ou contentieux administratifs dans cinq ou plus cas similaires, au moment de résoudre des pétitions ou d'adopter des actes administratifs. L'article accusé a été déclaré constitutionnel, étant entendu que les précédents mentionnés dans la règle accusée doivent respecter l'interprétation obligatoire de la Cour Constitutionnelle.

5. Les arrêts d'unification jurisprudentielle et leur régime

D'après l'article 270 de CPACA, les arrêts d'unification jurisprudentielle sont une catégorie particulière de jugement que le Conseil d'Etat produit par signification juridique, économique ou sociale ou la nécessité d'unifier et d'établir la jurisprudence, ainsi qu'au moment de décider du recours extraordinaire ou du mécanisme éventuel de révision prévu par l'article 36A de la loi 270 de 1996, ajouté par l'article 11 de la loi 1285 de 2009.

La nouveauté ne consiste pas en l'arrêt lui-même, le Conseil d'Etat ayant le rôle d'agir comme « tribunal suprême du contentieux administratif, en conformité avec les règles prévues par la loi » (numéral 1 de l'article 237 de la Constitution de 1991). Au contraire, la nouveauté est due à l'importance *de facto*, assurée grâce aux instruments contenant le même code pour la mise en œuvre de ces arrêts. Le principal, étant *l'extension des effets des arrêts d'unification jurisprudentielle* qui consiste essentiellement à l'application par l'administration (article 102 CPACA) et la judicature (article 269 CPACA) d'un arrêt d'unification jurisprudentielle dicté par le Conseil Etat qui reconnaît un droit dans une autre affaire, lorsque ces mêmes hypothèses factuelles et juridiques ont conduit à la reconnaissance du privilège par le Conseil d'État dans des cas antérieurs ayant été crédités (articles 102 et suivants CPACA).

Avec cette puissance, conçue pour désengorger les bureaux judiciaires et favoriser la reconnaissance des droits et garanties des citoyens dans les procédures administratives, le concept d'un État lointain est, avec des pouvoirs exorbitants, surmonté. Pas étonnant que

¹⁴⁴ LÓPEZ MEDINA. "Eslabones...". *Op. Cit.* p. 75. (Traduction libre)

¹⁴⁵ Ibidem. p. 184. (Traduction libre)

¹⁴⁶ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-539 de 2011", Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351. (Traduction libre)

le premier article du code énonce que des objectifs de sa première partie incluent ceux de protéger et de garantir les droits et libertés des individus. En effet, la nouvelle logique du code est que la première autorité de l'Etat qui protège efficacement les droits est l'autorité exécutive, l'administration. Par contre, le juge ne devrait aller à leur protection que de façon exceptionnelle et résiduelle.¹⁴⁷ Cet esprit, couplé avec le « principe d'égalité » (art. 3 CPACA), explique que le dixième article du Code stipule que les autorités doivent appliquer uniformément les règles et la jurisprudence pour résoudre les questions de sa compétence, en prenant en compte les *arrêts de l'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat dans lesquels ces normes sont interprétées et appliquées.

La Cour Constitutionnelle a rendu plusieurs arrêts dans l'exercice de control abstrait de la constitutionnalité de certains articles de la loi 1437 de 2011 (CPACA), qui ont terminé l'élaboration de ce nouveau cadre juridique administratif. Ainsi, **l'arrêt C-634 de 2011** a déclaré la constitutionnalité conditionnelle de l'article 10 du code, règle établissant (i) l'obligation d'appliquer uniformément des règles constitutionnelles, juridiques et réglementaires dans des cas constituant la même situation factuelle et juridique, ainsi que (ii) l'obligation de prendre en compte les *arrêts de l'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat dans lesquels ces règles soient interprétées et appliquées. Selon le conditionnement de la Cour, la norme devrait être comprise dans le sens où les autorités devraient prendre en compte les *arrêts d'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat, (« de manera preferente ») davantage que les décisions de la Cour Constitutionnelle interprétant les règles constitutionnelles applicables aux questions de sa compétence. Cela est sans préjudice au caractère obligatoire *erga omnes* des arrêts de contrôle constitutionnel abstrait. Ceci est une réitération de la règle jurisprudentielle fixée dans la décision C-539/11, déjà analysée, puisqu'elle réaffirme le caractère prédominant ou prévalent du précédent constitutionnel et la sujétion absolue des autorités administratives précédemment citée, à l'exception des cas spécifiques établis par la loi elle-même.

Quelque chose de semblable arrive avec **l'arrêt confirmatif de principe C-816 de 2011**, par lequel la Cour a déclaré la constitutionnalité conditionnelle des paragraphes premier et septième de l'article 102 de la loi 1437 de 2011, étant entendu que les autorités, en étendant les effets des *arrêts d'unification jurisprudentielle* émis par le Conseil d'Etat et en interprétant les normes constitutionnelles qui soutiennent leurs décisions, doivent observer de préférence les précédents de la Cour Constitutionnelle qu'interprètent les dispositions constitutionnelles applicables à la matière à résoudre. Selon la Cour, il y avait une omission législative relative, qui exigeait un conditionnement de la disposition accusée.

La Cour a déclaré que, bien que les autorités administratives doivent exercer leurs fonctions en conformité avec le principe de légalité, elles doivent également être mis en place sur la base du principe de légalité, à savoir en assurant le devoir de donner un traitement égalitaire dans l'attribution et la protection des droits. En outre, les arrêts adoptés par les plus hauts tribunaux du pays possédant la valeur de la chose jugée d'après le cas *sub judice*, mais aussi d'après la nature contraignante comme précédent judiciaire pour les décisions ultérieures concernant des cas similaires, sans préjudice de la possibilité de retrait de celui-ci ayant le juge des motifs explicites pour cela.

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. "Lectura del Nuevo Código como Carta de Derechos ciudadanos ante la Administración", pp. 46-58. Dans: "La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012. p. 52. (Traduction libre)

De plus, la Cour Constitutionnelle a trouvé que sa jurisprudence concernant l'interprétation de la Constitution et les droits fondamentaux, est prioritaire par rapport à la jurisprudence des plus hauts tribunaux des différentes juridictions, étant donné la suprématie de la Constitution sur les normes restantes du système juridique et les pouvoirs constitutionnels de la Cour. Donc, la Cour a rappelé la règle de la force obligatoire de la jurisprudence, en qualifiant le degré du caractère contraignant ainsi : *total* pour les arrêts de constitutionalité ; et *auxiliaire* pour les arrêts des autres hauts tribunaux.¹⁴⁸

Enfin, par l'arrêt de confirmation **C-588/12**¹⁴⁹, la Cour Constitutionnelle a décidé d'accepter ce qui a été résolu dans l'arrêt C-816 de 2011 concernant les parties de l'article 102 de la loi 1437 de 2011 ; et a déclaré la constitutionnalité de l'article 270 CPACA et de certains termes du paragraphe 3 de l'article 102, l'article 102 et l'article 269 du CPACA. Dans cet arrêt, la Cour rappelle le caractère contraignant des précédents des plus hauts tribunaux (clarifiant que tous les arrêts du Conseil d'Etat sont précédents obligatoires, mais que tous ces arrêts ne sont pas applicables via l'extension de la jurisprudence) et reconnaît que les autorités judiciaires ont une marge d'autonomie fonctionnelle pour se séparer du précédent de façon exceptionnelle et justifiable. En citant l'affaire C-816 en 2011, la Cour réitère que, bien que la jurisprudence soit critère auxiliaire d'interprétation de l'activité judiciaire d'après l'article 230.2 de la Constitution, les décisions de la Cour Suprême de Justice, du Conseil d'Etat, de la Chambre Disciplinaire du Conseil Supérieur de la Magistrature (c'est à dire les plus hauts tribunaux de chaque juridiction) ont caractère contraignant, mais le juge peut abandonner ce précédent, au travers d'une argumentation explicite et rationnée.

6. Les arrêts de l'unification jurisprudentielle ont une valeur « précédent », et ne constituent pas une simple « jurisprudence »

Les concepts de *jurisprudence* et *précédent* sont très différents. Le premier a une nature persuasive, quantitative et argumentative, tandis que le second est normatif, généralement unitaire et contraignant. Par conséquent, le concept large de *précédent* qui expose ITURRALDE -celui qui comprend à la fois les arrêts obligatoires et persuasifs- ne sert pas ici¹⁵⁰. Ce n'est pas utile non plus la description de HENAO sur le précédent, que le concept soit assimilé à celui de la jurisprudence, sans approfondir la nature obligatoire des décisions judiciaires pour les cas futurs, ni l'obligation de justifier pour l'abandonner.

Dans le contexte de cette thèse, on pourrait définir le *précédent judiciaire* à partir de GASCÓN, selon laquelle **le précédent est « le critère juridique, principe ou fondation qui justifie une décision qui est utilisé comme une source légale afin de résoudre des cas futurs » (GASCON¹⁵¹)**, en y ajoutant **qu'il intègre également des faits**

¹⁴⁸ QUINCHE. *Op. Cit.* p. 147. (Traduction libre)

¹⁴⁹ Cour Constitutionnel, "Arrêt C-588 de 2012", Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre)

¹⁵⁰ ITURRALDE, Victoria. "El Precedente Como Una Fuente De Interpretación (Perspectiva Desde El Derecho Continental)", pp. 231-261. Dans: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. p. 243. (Traduction libre)

¹⁵¹ MARINA GASCÓN, "La Racionalidad y el (Auto) Precedente: Breves Consideraciones sobre el Fundamento y las Implicaciones de la regla del Auto-Precedente". pp 67- 104. Dans: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del

matériaux du cas (pas leur description) et que sa décision donne lieu à ce critère. L'élément ici ajouté rapproche la définition de GASCÓN à celle de GOODHART, qui comprend le *holding* ou *ratio decidendi* d'un jugement en tant que le principe juridique qui détermine le résultat de la décision du tribunal en conformité avec les faits matériels¹⁵².

Ce point de vue est conforme à la compréhension de l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat sur les éléments qui composent le concept de *précédent obligatoire*. D'après le Conseil, le précédent -horizontal ou vertical- ne peut être bien structuré qu'à partir de la conjonction inséparable entre (i) les faits pertinents de l'affaire pour décider, (ii) le critère juridique sur lequel la décision d'un tribunal se base, communément appelée *ratio decidendi*, et (iii) le dispositif de l'arrêt -*decisum*-.¹⁵³

Il est vrai que le CPACA vise à réduire les *arrêts d'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat à de simples cas d'interprétation et d'application uniforme de règles constitutionnelles, légiférées et réglementaires (c.-à-d. « *constitutional precedents* » ou « *statutory precedents* », et non pas un « *Common Law precedent* », dans la terminologie américaine¹⁵⁴), il y a une distinction entre ce que déclame le code et ce qui existe. L'article 102 du CPACA se réfère à l'extension des effets des arrêts d'unification jurisprudentielle, et non pas à l'extension des règles interprétées par le Conseil d'Etat, lequel oblige la personne concernée à prouver l'identité de fait et de droit entre la situation du requérant et celle du demandeur dont un droit lui a été reconnu comme un droit par le Conseil d'Etat dans l'arrêt invoqué. Même si la disposition est « précise » dans le sens où l'autorité devra décider sur la base des « dispositions constitutionnelles, légiférées et réglementaires pertinentes et tenant en compte leur interprétation, fait par l'arrêt d'unification invoqué » et des autres éléments qui règlent la matière, ce langage ne suffit pas pour dénuder ces arrêts de la catégorie de précédente. En revanche, l'extension des effets de l'arrêt de l'unification par l'autorité ou le Conseil d'Etat, ainsi que la possibilité de poser un recours extraordinaire d'unification de la jurisprudence, montrent que de tels jugements ont une valeur normative pour décider des cas similaires à venir et constituent, donc, un réel « précédent ».

7. Situation juridique insatisfaisante ; le but et la structure de cette recherche

Compte tenu de la profonde transformation du rôle de la jurisprudence contentieuse administrative au cours des dernières années, abandonnant son rôle indicatif¹⁵⁵ et assumant une valeur normative de « précédent judiciaire », il est nécessaire d'analyser le précédent contentieux administratif d'après la culture des opérateurs juridiques en Colombie, les fondations doctrinales et jurisprudentielles de l'existence du précédent en Colombie et les

Precedente Judicial', Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. P. 68. (Traduction libre)

¹⁵² A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, Yale Law Journal, p. 169. Tomado de: MAGALONI KERPEL. *Op. Cit.* p. 92. (Traduction libre)

¹⁵³ Conseil d'Etat, Section III, Magistrat Mauricio Fajardo Gómez. "Décision de septembre 11, 2012", Exp. 2010-00205. Cité par: Conseil d'Etat, Sección II, Magistrat Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, "Arrêt du 9 Avril de 2014", Exp. 2013-01528. (Traduction libre)

¹⁵⁴ MAGALONI. *Op. Cit.* pp. 31-32. (Traduction libre)

¹⁵⁵ LÓPEZ MEDINA. "El Derecho de los Jueces". *Op. Cit.* pp. 109- 110. (Traduction libre)

objectifs du CPACA, en mettant à l'épreuve les outils d'*analyse dynamique de précédents*¹⁵⁶ la plus répandue en Colombie.

Dans cet exercice, l'étude d'autres postures épistémologiques, plus proches au droit de création judiciaire, guidera la détermination des paramètres théoriques et empiriques que les juges contentieux administratifs et les autorités administratives devraient prendre en compte pour décider des affaires qui leur sont soumises. Cela est nécessaire pour avancer vers la justification rationnelle des décisions fondées dans cette source de droit. De plus, comme toute « culture juridique a une théorie, même implicite, de droit »¹⁵⁷, il est obligatoire de faire référence aux théories qui accompagnent les diverses doctrines concernant le précédent judiciaire.

On essayera, alors, de produire une véritable théorie « locale » ou « spéciale » du précédent judiciaire. Cette théorie doit reconnaître les éléments caractéristiques des théories hégémoniques transplantées en Colombie (LÓPEZ fait allusion aux idées des juridictions prestigieuses, figures parentales des familles juridiques¹⁵⁸), mais également devrait les adapter à la réalité colombienne (« le site de réception »¹⁵⁹). On doit le faire, en prenant en compte la base théorique et constitutionnelle du respect du précédent en Colombie ainsi qu'en visant l'objectif de la loi 1437 de 2011 au moment de créer des « arrêts d'unification de jurisprudence ».

Ainsi, plutôt que d'une étude matérialiste ou sociologique concernant les interactions des théories transnationales avec de nouvelles circonstances matérielles, telles que les institutions ou les acteurs locaux¹⁶⁰, on va abandonner le scepticisme traditionnel contre la possibilité d'un développement théorique en Amérique Latine. En revanche, on va essayer d'avancer vers une participation périphérique dans le débat de la théorie du droit¹⁶¹, allant au-delà des tâches de description, prescription et prédiction que LOPEZ avait proposé pour des pays périphériques ou semi-périphériques.

Le **problème de la recherche** est de type normatif, et il peut se dire comme suit: Quelle théorie du précédent judiciaire devrait prendre en compte les tribunaux du contentieux administratifs et les autorités administratives en Colombie pour identifier et appliquer de manière rationnelle le «précédent judiciaire» qui contient les *arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat* pour décider des questions qui viennent à leur connaissance, de sorte que le résultat soit rationnellement justifiée?

En ce sens, ce travail a pour but de tester **l'hypothèse** selon laquelle en Colombie, les juges du contentieux administratifs et les autorités administratives, afin d'identifier et d'appliquer rationnellement le précédent judiciaire contenu dans les *arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat* pour résoudre les cas qui viennent à leur connaissance, devraient appliquer des critères théoriques et pratiques d'une théorie locale du précédent, jusque-là inexistante. Pour cela, on souhaite montrer que cette théorie devrait aborder (i)

¹⁵⁶ Ibidem. pp. 139 et seq. (Traduction libre)

¹⁵⁷ LÓPEZ MEDINA. "Teoría Impura...", *Op. Cit.* p. 51. (Traduction libre)

¹⁵⁸ Ibidem. p 17. (Traduction libre)

¹⁵⁹ Idem. (Traduction libre)

¹⁶⁰ Ibidem. p. 21. (Traduction libre)

¹⁶¹ Ibidem. p. 18. (Traduction libre)

les contributions théoriques à la doctrine transnationale du précédent judiciaire et les flux légaux ayant donné lieu à la figure de précédent en Colombie, (ii) la base théorique et constitutionnelle du respect pour le précédent en Colombie ainsi que (iii) les objectifs de la création des « *arrêts d'unification jurisprudentielle* » dans la loi 1437 de 2011.

La question est **pertinente** parce qu'elle fait partie du nouveau système de droit administratif en Colombie, qui a soulevé des questions importantes, notamment sur la valeur de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour Constitutionnelle dans le contentieux administratif. En outre, il est un sujet **nouveau**, en raison de la reconnaissance de la loi 1437 de 2011 sur le nouveau rôle des jugements du Conseil d'Etat, à savoir, sa condition de véritable précédent- et, surtout, sur les mécanismes de garantie du caractère obligatoire de ces arrêts, représentant de grands défis pour le praticien du droit. Il a également une **importance pratique et théorique**, puisque ce texte fournira non seulement des critères pour les opérateurs juridiques -qui manquent souvent des compétences du juriste anglo-saxonne dans ce champ- afin de déterminer et d'appliquer le « précédent judiciaire » contenu dans les arrêts du Conseil d'Etat. Cette thèse devrait aussi faire une contribution à la théorie générale du droit en Colombie et, en particulier, à la construction d'une théorie juridique locale autour du précédent contentieux administratif, inexistante aujourd'hui. Par conséquent, la question sera abordée dans une perspective nouvelle tout en prévoyant aller de l'avant dans la construction d'une théorie juridique autour du précédent contentieux administratif.

Dans ce but, la recherche aura la structure suivante. Étant donné que les doctrines du droit étranger sur le précédent judiciaire sont accompagnées par des bases philosophiques et méthodologiques importants sur les types de régimes, la **PREMIERE PARTIE** de cette thèse est dédiée à l'analyse de ce qui a été appelée « la théorie transnationale du précédent judiciaire »¹⁶², comprenant les contextes culturels et les théories du droit dans lesquelles ces règles sont fondées. Après avoir examiné les contributions faites par les différentes doctrines et auteurs contemporains sur le rôle du précédent dans la pratique judiciaire (des points de vues de la théorie de l'interprétation juridique et de l'argumentation juridique), on démontrera **la nécessité d'une théorie locale du précédent judiciaire et les BASES et CONDITIONS que devraient avoir cette théorie**. Le point de départ sera donc l'avancement des théories hégémoniques transplantées (ou susceptibles d'être transplantées), avec les modifications nécessaires pour que la théorie locale soit compatible avec la culture juridique locale, la tradition de droit en Colombie et les besoins poursuivis par CPACA.

Cette partie posera, par conséquent, la question de savoir si le processus de raisonnement avec des précédents est ou non différent du processus de raisonnement avec des textes juridiques. Si on arrive à conclure (i) que le raisonnement avec des précédents est une forme « unique » ou « spéciale » du raisonnement juridique, et (ii) qu'aucune des doctrines sur le précédent judiciaire étudiées ici ne peut être appliquée *in toto* pour déterminer et appliquer le précédent contenu dans les *arrêts d'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat en Colombie, la nécessité d'une théorie du précédent judiciaire pour la Colombie sera alors démontrée. En outre, l'examen des différentes positions épistémologiques déterminera les **FONDEMENTS** théoriques et les **CONDITIONS GENERALES** de la théorie pour le cas colombien, qui seront les points de départ pour la deuxième partie de la thèse.

¹⁶² Ibidem. Chapitre 1. (Traduction libre)

Enfin, à partir des fondements théoriques et les conditions pratiques déjà mentionnés, la **DEUXIEME PARTIE de la thèse se dédiera à la tentative de construction d'une théorie locale du précédent judiciaire qui permettra aux tribunaux du contentieux administratif et aux autorités administratives en Colombie** de déterminer et d'appliquer de manière rationnelle le «précédent judiciaire » contenant les *arrêts d'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat pour résoudre les questions portées à son attention. Ainsi, à partir du concept de précédent *stricto sensu* déjà expliqué et des contributions doctrinales faites en Colombie -surtout par l'académie et la Cour Constitutionnelle-, les conséquences de la notion stricte du précédent judiciaire ici adoptées seront abordées, clarifiant quels jugements sont inclus dans cette catégorie et le degré de contrainte qu'ils détiennent pour les autorités judiciaires et administratives. Ensuite, seront présentés les éléments structurels de la théorie locale du Précédent Contentieux Administratif, ainsi que ses aspects contextuels et son mode d'application.

Enfin, la thèse aura une brève **CONCLUSION**, dans laquelle les principaux résultats de cette recherche seront mis en évidence et en preuve, ainsi que les critères et les paramètres de la théorie locale du précédent.

PARTIE I

NÉCESSITÉ, FONDATIONS ET CONDITIONS D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

Étant donné que les doctrines du droit étranger sur le précédent judiciaire sont accompagnées par des bases philosophiques et des régimes méthodologiques importants, la **PREMIERE PARTIE** de cette thèse est dédiée à l'analyse de ce qui a été appelé « la théorie transnationale du précédent judiciaire » en incluant les contextes culturels et théoriques du droit dans lesquels ces règles ont été fondées. Après avoir examiné les contributions faites par les différentes doctrines et auteurs contemporains sur le rôle du précédent dans la pratique judiciaire depuis la théorie de l'interprétation juridique et la théorie de l'argumentation juridique, on démontrera **la nécessité d'une théorie locale de la jurisprudence, les FONDATIONS que devrait avoir et les CONDITIONS que devrait respecter cette théorie**. Le point de départ sera donc le progrès des théories hégémoniques transplantées (ou susceptibles d'être transplantées), avec les modifications nécessaires pour que, lorsque cela est possible, la théorie locale soit compatible avec la culture juridique locale, la tradition du droit en Colombie et les buts poursuivis par le CPACA.

TITRE I – NÉCESSITÉ D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

LÓPEZ décrit la théorie du droit comme une « entreprise transnationale » dans le sens où les auteurs, les arguments et les controverses de la théorie du droit sont situés au-dessus des niveaux national, régional ou local, « où un certain type de connaissance abstraite du droit peut être partagé et utilisé par des personnes avec différents antécédents et dans différents contextes ». ¹⁶³ Il existe, d'après LÓPEZ, une construction hégémonique et pseudo-universelle du droit par quelques universitaires « installés dans les pays centraux qui finissent par monopoliser, d'un point de vue tout aussi particulier, la lecture standard, objective ou universelle d'un champ juridique. » ¹⁶⁴ Il appelle ce champ intellectuel la « théorie transnational du droit » ¹⁶⁵ (TTD), qui est définie comme « une sorte de littérature, d'idées et d'arguments théoriques qui traversent les frontières nationales beaucoup plus facilement que les livres et les analyses de la doctrine ou un commentaire juridico-politique. » ¹⁶⁶ Cette TTD provient de ce que LÓPEZ appelle « sites de production » situés dans les cercles intellectuels et les milieux universitaires d'états prestigieux ¹⁶⁷ et donc, est un produit des circonstances politiques et sociales du site de production.

Eh bien, cette « transplantabilité globale » et sa valeur globale sont obtenues grâce à la minimisation des contextes spécifiques. Ceci est possible parce que ces théories de droit sont nées dans des *environnements herméneutiques riches*. Dans ces endroits, le lecteur a accès à beaucoup d'informations qu'il partage avec le créateur de la théorie, lequel suppose que son lecteur compte avec cette information. Par conséquent, le créateur de la théorie

¹⁶³ LÓPEZ MEDINA, « Teoría Impura... », p. 11. (Traduction libre)

¹⁶⁴ Idem. (Traduction libre)

¹⁶⁵ Ibidem. Chapitre 1. (Traduction libre)

¹⁶⁶ Ibidem, p. 15. (Traduction libre)

¹⁶⁷ Ibidem, p. 16. (Traduction libre)

suppose que « le lecteur va finir par faire une lecture correcte, ou tout au moins normalisée, de la théorie du droit qui lui est offert ». ¹⁶⁸

Ces idées provenant de l'Ouest (France, Allemagne, États-Unis), suivent leur chemin « à travers des sites intermédiaires de traduction et de diffusion dans la semi-périphérie (Mexique, Argentine et maintenant, peut-être, Colombie ...) pour arriver, enfin, à des endroits de réception (apparemment) passives et complète ». ¹⁶⁹ Cette théorie des flux de la TTD et la manière dont les universitaires adoptent, adaptent et transforment ces idées afin de les utiliser dans leurs propres contextes juridiques est ce que Lopez appelle « la théorie de droit comparé » (teocomp). ¹⁷⁰

Le fait que le « lecteur périphérique » ait accès à peu d'informations contextuelles sur les situations qui ont donné lieu à la TTD du précédent judiciaire dans le pays de production explique, en grande partie, que des mutations surviennent pendant la transplantation ¹⁷¹ ; mais il est aussi un produit du nouvel environnement dans lequel la réception de la théorie transplantée a lieu, environnement qui ne se compose pas principalement d'arrangements institutionnels ou matériels (réels), mais de réseaux (culturels), d'idées et de textes partagés par ceux qui font la transplantation. ¹⁷²

Ensuite, la recherche de ces contextes sous-jacents et, en particulier, le « réseau intertextuel » ¹⁷³ dans les différents pays permettent de nourrir ou compléter la théorie du droit pour mieux profiter de la transplantation de celle-ci, de sorte que les adaptations ou les mutations ne soient pas accidentelles, mais le reflet d'un désir rationnel d'engager les différences contextuelles. Par conséquent, ce travail est une tentative de produire une véritable théorie « locale » ou « spéciale » de la jurisprudence qui reconnaît les éléments caractéristiques des théories hégémoniques transplantées et qui, également, puisse les ajuster à la réalité colombienne (« site de réception » ¹⁷⁴) et, en particulier, à la culture juridique locale.

Ce faisant, on essaiera de ne pas succomber « à la constante allant et venant des modes intellectuelles » ¹⁷⁵, mais transplanter seulement ce qui, compris dans son contexte et ses justes proportions, soit transplantable et utile pour résoudre la situation juridique insatisfaisante pour les Colombiens (chapitre 7 de l'introduction).

CHAPITRE I - Approximations sur le rôle de précédent dans la pratique judiciaire depuis la Théorie de l'Interprétation Juridique

Étant donné que « ... la question des sources du droit recoupe les méthodes d'interprétation et d'intégration » ¹⁷⁶, il faut examiner la façon dont la théorie de l'interprétation juridique pose la question de la décision judiciaire et, en particulier, le rôle du précédent dans la

¹⁶⁸ Ibidem, p. 17. (Traduction libre)

¹⁶⁹ Ibidem, p. 33. (Traduction libre)

¹⁷⁰ Ibidem, p. 71. (Traduction libre)

¹⁷¹ Ibidem, p. 18. (Traduction libre)

¹⁷² Ibidem, p. 19. (Traduction libre)

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 17. (Traduction libre)

¹⁷⁵ Ibidem, p. 32. (Traduction libre)

¹⁷⁶ CALVO VIDAL, *Op. Cit.* p. 84. (Traduction libre)

pratique judiciaire. Ainsi, les principales contributions à la doctrine du précédent judiciaire seront identifiées dans cette perspective.

1. Séparation entre l'interprétation et l'application du droit, où le précédent joue un rôle similaire à celui d'un texte réglementaire dans la production d'une décision judiciaire

D'après des auteurs kelseniens comme SCHMILL et COSSIO, l'application ou l'individualisation d'un texte normatif est une fonction chronologiquement postérieure à celle d'interpréter le droit, et se traduira par la création nécessaire et successive d'une norme de niveau inférieur.¹⁷⁷ Eh bien pour SCHMILL et COSSIO, la jurisprudence est une autre forme de production de règles juridiques et, en tant que telle, exige du comportement humain des titulaires des organes de production (« positivité ») pour formuler le droit à travers des actes descendants d'individualisation.¹⁷⁸ Donc, comme la norme coutumière ou la loi, la règle jurisprudentielle n'a généralement pas de sens univoque ni objectif.¹⁷⁹ Les entités d'interprétation établissent des interprétations « provisoires » de la règle, qui deviennent « finale » quand l'interprétation vient de l'organe limite (cela veut dire : les plus hauts tribunaux), cela veut dire, quand sa révision n'est pas possible grâce aux conditions fonctionnelles du système.¹⁸⁰

Dans cette fonction d'individualisation, afin d'établir une *signification* entre la pluralité des significations possibles de la norme et jeter les autres, les auteurs appliquent les éthiques wébériennes de la fonction d'interprétation¹⁸¹. Un juge ou un interprète en suivant l'« éthique de conviction », interprétera les règles juridiques afin que les valeurs (absolues) de cette conviction soient appliquées, quelles que soient les conséquences politiques, économiques et sociales d'une telle interprétation¹⁸². Cette idéologie explique, selon SCHMILL et COSSIO, l'approche logique, déductive et syllogistique qui servaient à comprendre les processus de création de droit dans les systèmes de droit romain, en particulier le pouvoir judiciaire. Le principe qui guide l'interprétation est ici la satisfaction de la valeur absolue « justice » qui, en tant que telle, ne peut pas être nuancée ou écartée dans des situations spécifiques. Cela, à son tour, **explique le peu de pertinence des faits dans les systèmes de droit romain**¹⁸³, ce qui explique également que quelques ordres juridiques exonèrent le législateur de la charge de préciser les bases factuelles qui motivent la création d'une loi, et que le juge ne soit pas obligé de motiver ses décisions¹⁸⁴.

Au lieu de cela, un juge ou un interprète qui suit l'« éthique de la responsabilité », va interpréter les normes juridiques de façon instrumentale et utilitaire, en fonction des

¹⁷⁷ SCHMILL, Ulises et COSSIO, José Ramón. « Interpretación del derecho y concepciones del mundo ». pp. 57- 87. Dans: VAZQUEZ, Rodolfo (Comp.) « Interpretación Jurídica y Decisión judicial ». p. 58. (Traduction libre)

¹⁷⁸ Ibidem. pp. 58 y 62. (Traduction libre)

¹⁷⁹ Ibidem. p. 63. (Traduction libre)

¹⁸⁰ Ibidem. p. 78. (Traduction libre)

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Ibidem. p. 79. (Traduction libre)

¹⁸³ Ibidem. p. 80-81. (Traduction libre)

¹⁸⁴ Ibidem. p. 82. (Traduction libre)

circonstances dans lesquelles il interprète, de sorte que cela génèrent le moins de mal ou le plus d'avantages possible.¹⁸⁵

La théorie de SCHMILL et COSSIO est, au moins pour le système juridique colombien, insatisfaisante, dans la mesure où ils assimilent la disposition à la norme juridique, et placent l'application ou l'individualisation de la loi après l'interprétation de celle-ci. D'autre part, ils assimilent la jurisprudence à d'autres formes de production de normes juridiques, étant semblables la règle légiférée et la règle jurisprudentielle, comme si les processus de raisonnement avec l'un et l'autre instrument étaient comparables. Cette thèse part, aussi, des références à l'optique logique, déductive et syllogistiques du processus de création judiciaire en vertu de l'éthique de conviction. Les auteurs n'analysent pas les changements qui sont survenus au cours des dernières décennies avec l'émergence du précédent dans les systèmes de droit civil, ni abordent la question de savoir si, dans ces nouvelles conditions, les faits auraient un rôle plus prononcé que celui normalement reconnue. Rolando TAMAYO Y SALMORAN prend également comme point de départ la théorie de Kelsen sur l'individualisation progressive du droit.

Ceux qui partagent cette première position épistémologique négligent que l'interprétation du droit (de la législation ou du précédent) ne se produit jamais dans l'abstrait. Il est plutôt un processus de création du droit ; l'interprétation et l'application se produisent en même temps que la décision sur l'affaire, et non pas dans une progression chronologique. Doit être sauvé, cependant, la reconnaissance du rôle important que joue la culture, les sentiments, les instincts et les croyances de l'opérateur juridique dans le processus de décision judiciaire¹⁸⁶, l'explication (plausible) des raisons pour lesquelles les faits ont été relégués à un rôle quasi inexistant dans les systèmes de droit romain, ainsi que les motivations ou les visions du monde des titulaires des organes juridiques¹⁸⁷.

Un deuxième groupe d'auteurs qui sépare également l'interprétation de l'application du droit est composé par ceux qui distinguent les justifications interne et externe de la décision judiciaire, comme WRÓBLEWSKI et CHIASSONI. Dans la reconstruction de la justification des décisions juridiques, WRÓBLEWSKI trouve des justifications sur deux niveaux: la *justification interne*, d'après laquelle l'argument doit être reconstruit comme logiquement valide, et la *justification externe*, basée sur l'acceptabilité des faits et de la règle juridique utilisée dans la justification interne¹⁸⁸. Alors que la logique permet d'évaluer la relation formelle entre les prémisses et la conclusion, suite à l'exigence morale d'universalité de HARE (1963) et l'obligation de traiter les cas similaires de façon similaire,¹⁸⁹ l'évaluation de l'acceptabilité des prémisses d'un argument juridique consiste à utiliser des « normes d'acceptabilité matérielle (juridique ou morale) ». ¹⁹⁰

¹⁸⁵ Ibidem. pp. 83-84. (Traduction libre)

¹⁸⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. « Interpretación Constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa ». pp. 89-133. Dans: VAZQUEZ, Rodolfo (Comp.) « Interpretación Jurídica y Decisión judicial ». pp. 98-99, 117. (Traduction libre)

¹⁸⁷ SCHMILL et COSSIO, *Op. Cit.* p. 78 (Traduction libre)

¹⁸⁸ FETERIS, Eveline T. « Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales », Trad. Alberto Supelano. Bogotá D.C., Universidad Externado, 2007. p. 48. (Traduction libre)

¹⁸⁹ Ibidem. p. 61. (Traduction libre)

¹⁹⁰ Idem.

D'après WROBLEWSKI, l'idéologie qui explique le mieux le rôle du juge et les évaluations qui opèrent dans la justification des décisions judiciaires est celle de la *décision légale et rationnelle*, qui est un point intermédiaire entre l'idéologie de la *décision déterminée* (de l'état libéral du XIXe siècle) et l'idéologie du *libre choix*.¹⁹¹ L'idéologie de la *décision légale et rationnelle* souligne le rôle de la légalité et de la rationalité de la décision, sans supprimer la différence entre la création et l'application du droit.¹⁹² L'auteur propose donc la distinction entre la création et l'application de la loi dans les systèmes de droit statutaire (distinction, dit-il, qui est inexistante dans un système de *common law*), étant l'application une activité qui ne crée des règles ni générales ou ni abstraites, mais seulement des normes individuelles.¹⁹³

Selon l'auteur, quand le tribunal prend en compte les précédents (précédents non obligatoires), la décision future peut être motivée par deux mécanismes: la motivation par analogie et la motivation à travers la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dicta*.¹⁹⁴ Le premier cas est une inférence « cas par cas » en fonction de la similarité essentielle entre les cas résolus, indépendamment des différences des destinataires, en attribuant des conséquences similaires à des faits similaires. Le second cas consiste à enlever le *ratio decidendi* des décisions antérieures¹⁹⁵, le *ratio decidendi* dans ce schéma jouant un rôle similaire à celui de la norme de droit matériel appliquée dans l'émanation d'une décision judiciaire¹⁹⁶. Ce dernier n'est pas non plus accepté ici.

Les approches de WRÓBLEWSKI sur le précédent judiciaire ne se partagent pas. Bien qu'il ait raison quand il parle de l'application légale et rationnelle du droit par les juges et les tribunaux (*legal and rational decision-making*), à savoir, la décision judiciaire fondée sur des raisons et des normes juridiques valides¹⁹⁷, il néglige que même en pays de droit civil, le précédent peut être contraignant. De plus, il suppose que le destinataire des règles législatives et des précédents leur donne le même traitement¹⁹⁸. Peut-être que ces points de départ le conduisent à conclure que les précédents dans les systèmes de droit continental permettent d'éliminer les doutes de la langue grâce à la répétition de la décision interprétative¹⁹⁹. L'auteur réduit en excès le rôle du précédent dans la production d'une décision judiciaire et devient incompatible avec les institutions contenues dans la Loi 1437 en Colombie.

L'approche de WRÓBLEWSKI est, selon CHIASSONI, la meilleure dans la théorie analytique de l'argumentation juridique. CHIASSONI considère que la conclusion d'un syllogisme judiciaire se justifie logiquement si les règles juridiques de l'inférence sont respectées, la

¹⁹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. « Sentido y hecho en el derecho », *Doctrina Jurídica Contemporánea*, Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, México D.F., 2003. p. 74-78, 298. (Traduction libre)

¹⁹² Ibidem, p. 82. (Traduction libre)

¹⁹³ Ibidem, p. 83. (Traduction libre)

¹⁹⁴ Ibidem, p. 301. (Traduction libre)

¹⁹⁵ Ibidem, p. 304. (Traduction libre)

¹⁹⁶ Ibidem, p. 303. (Traduction libre)

¹⁹⁷ MORAL SORIANO, Leonor. « El Precedente Judicial » (*Monografías Jurídicas*). Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 17.

¹⁹⁸ WRÓBLEWSKI, *Op. Cit.* p. 305. (Traduction libre)

¹⁹⁹ Ibidem, p. 144. (Traduction libre)

déduction étant la dernière partie des chaînes de syllogismes qui sont liées verticalement et transversalement.²⁰⁰

Contrairement à ce point de vue, on expliquera ci-dessous que le raisonnement judiciaire ne fonctionne pas de façon logico-déductive, même dans le cas de la justification interne de la décision, et le *ratio decidendi* ne peut pas être assimilé à une sorte de règle générale donnée.

Malgré ce qui précède, la distinction de CHIASSONI entre le *ratio* explicite (exprimé, déclaré, annoncé par le juge qui produit l'arrêt-précédent) et implicite (une prémisse normative tacite dans le raisonnement judiciaire) est utile dans l'élaboration de la théorie locale du précédent²⁰¹. Cette distinction va de paire avec un autre : *vrai ratio* vs. *ratio apparent*.

Bien insuffisante, la théorie CHIASSONI contient des éléments précieux qui seront utiles dans la construction de la théorie locale du précédent judiciaire pour le contentieux administratif en Colombie. Tel est le cas de l'explication qu'il donne des techniques traditionnelles de *common law* pour interpréter les précédents. Cependant, la question reste ouverte de savoir si le concept objectif du *ratio decidendi* dans sa transplantation au *civil law* aurait une incidence ou non dans ces méthodes. L'auteur suppose, en outre, que les techniques textuelles sont applicables à l'interprétation du « *ratio decidendi* » comme si c'était un texte législatif interprété par un positiviste juridique, approche qu'on ne partage pas. Enfin, le *ratio* ne peut jamais être considéré comme un morceau de discours, comme un extrait d'une phrase qui peut être extraite de l'arrêt pour son application à des cas futurs, car elle ouvrirait la porte non seulement à la libre création judiciaire, mais à un pouvoir excessif de l'interprète futur.

La doctrine de RAZ sur le précédent comme raison excluant de second ordre ne se conforme pas non plus aux fins de la présente thèse. On ne partage pas l'idée de RAZ sur le seul sens²⁰² ou la signification objective du texte normatif, ni qu'il soit possible de réserver l'interprétation aux cas où le sens de la règle n'est pas évident²⁰³. En outre, il ne semble pas acceptable d'attribuer à l'autorité la fonction d'exclure l'examen des valeurs et des principes (éliminant ainsi les jugements délibératifs²⁰⁴), parce que l'activité judiciaire n'est jamais purement exécutive ou de simple application, comme suppose l'auteur (*law-applying process*)²⁰⁵.

²⁰⁰ CHIASSONI, Pierluigi. « Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas ». Marcial Pons, Madrid, 2011. p. 33.

²⁰¹ CHIASSONI, Pierluigi, « La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional », pp. 21 – 66. Dans: « *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* », Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. pp. 34-35.

²⁰² RAZ, Joseph. « ¿Por qué interpretar? » pp. 39-56. Dans: VAZQUEZ, Rodolfo (Comp.). « Interpretación Jurídica y Decisión judicial ». p. 44.

²⁰³ Ibidem, p. 40. (Traduction libre)

²⁰⁴ MORAL, *Op. Cit.* p. 26. (Traduction libre)

²⁰⁵ Ibidem, p. 29. (Traduction libre)

En revanche, le présent document va tenter de montrer que, bien que l'indépendance du contenu des règles²⁰⁶ ait un rôle important à un stade précoce de la décision judiciaire -ce qui sera d'une importance capitale dans la construction de la théorie locale du précédent- l'autorité n'arrive jamais à exclure les raisons du premier ordre. Celles-ci, cependant, entrent toujours dans un jeu délibératif dans l'étape (postérieure) de la justification de la décision. Ainsi, les précédents ne sont pas des règles d'exclusion de second ordre dans le raisonnement pratique, et ne sont même pas les textes législatifs (à qui RAZ attribue un degré plus élevé de contrainte, tant qu'ils ne peuvent pas être distingués ou annulés par les juges eux-mêmes). Les précédents ne sont pas des règles d'exclusion de second ordre non seulement en raison des règles de discrétion, mais aussi parce que l'autorité ne peut pas emmener l'indépendance jusqu'au déraisonnable, si elle veut conserver sa légitimité.

Les raisons de second ordre n'ont pas, alors, *force impérieuse d'exclusion*, mais la justification aura toujours besoin des raisons de premier ordre. Ces raisons, comme on verra, pourraient conduire le juge à écarter un précédent (Voir PARTIE II, titre II, chapitre II de cette thèse). En outre, RAZ ne propose pas une formule pour concilier la responsabilité des tribunaux « d'améliorer le droit »²⁰⁷ et de corriger les défauts d'une constitution à travers des interprétations ingénieuses²⁰⁸ avec la fonction d'appliquer le droit. Il ignore également que le raisonnement juridique est d'interprétation et d'autorité, et que la législation et le précédent partagent non seulement la continuité²⁰⁹ mais aussi l'autorité.

D'un autre côté, ALEXANDER présente le modèle des règles de précédent, où le tribunal du passé agit comment un organe législatif et judiciaire. L'auteur dit que l'interprétation antérieure de la cour « devient la règle que les tribunaux futurs doivent suivre plutôt que leurs propres interprétations de la législation ou de la Constitution ». ²¹⁰ Puis, lorsque le tribunal a déjà interprété le texte²¹¹, le résultat de l'application dépendra de savoir si le tribunal interprète les dispositions textuelles comme une règle ou comme un principe. Dans le premier cas, le tribunal, ultérieurement, applique la règle du cas précédent; et dans le second, les tribunaux ultérieurs seraient liés par l'interprétation du texte. Si le tribunal précédent a créé des règles pour mettre en œuvre le principe, le juge ultérieur sera également lié par les règles formulées et mises en œuvre par le tribunal précédent. ²¹²

Cette notion de précédent, comparable à une « interprétation authentique » ou « jurisprudence conceptuelle / interprétative » ne permet pas aux juges et aux autorités administratives colombiennes de déterminer et d'appliquer le précédent judiciaire contenue dans les *arrêts d'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat, applicables par le raisonnement analogique. Il est inacceptable que ce soit la fantaisie du juge en tant

²⁰⁶ RAZ, Joseph. « Entre la autoridad y la interpretación: Sobre la teoría del derecho y la razón práctica », Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 221-222. (Traduction libre)

²⁰⁷ Ibidem, pp. 365-366. (Traduction libre)

²⁰⁸ Ibidem, p. 359-360. (Traduction libre)

²⁰⁹ RAZ, « ¿Por qué interpretar? » *Op. Cit.* p. 54. (Traduction libre)

²¹⁰ ALEXANDER, Larry. « La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza : un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes », pp. 159 – 177. Dans : BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas. « Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial », Bogotá : Universidad Externado, p. 172. (Traduction libre)

²¹¹ Idem. (Traduction libre)

²¹² Ibidem, p. 173. (Traduction libre)

qu'organe législatif et judiciaire qui puisse obliger et lier les futur tribunaux et pire encore si c'est la fausse croyance d'un mauvais précédent, car ce ne serait pas seulement un modèle trop stricte, mais qui négligerait toute instance de justification extérieure de la décision (voir la PARTIE II).

Enfin, le dernier type de séparation doctrinaire entre l'interprétation et l'application du droit vient du MAXIMALISME JURIDIQUE et les courants connexes (ITURRALDE et le FORMALISME DÉMOCRATIQUE).

Le sommet du raisonnement judiciaire fondé sur des règles est le MAXIMALISME. Cette doctrine inclut des juges qui, au moment de résoudre les cas, établissent des règles larges pour l'avenir, et étayent leurs décisions d'ambitieuses justifications théoriques²¹³, ainsi que les auteurs et les universitaires qui défendent ce type de décision judiciaire. Le MAXIMALISME donne la primauté à la « continuité, la certitude et la prévisibilité du droit »²¹⁴. Ceci est seulement atteint, disent-ils, si la règle du précédent non seulement réglemente les questions identiques (*to the point*), mais aussi une vaste catégorie de litiges potentiels²¹⁵. Par conséquent, les auteurs emblématiques de cette doctrine, comme SCHAUER, épousent l'idée que l'activité judiciaire devrait être élaboré sur la base de règles préexistantes au litige.²¹⁶

Un élément central de ce courant consiste à considérer la généralité comme la « condition nécessaire pour l'existence d'une règle »²¹⁷, au point de considérer que sous la forme particulariste de prise de décision, il n'y aurait aucune notion de règle du tout, et il n'y aurait pas un ensemble de cas clairement dans la règle, d'autres clairement à l'extérieur de celle-ci et d'autres douteux²¹⁸. Il sera essayé de réfuter cette notion ici, dans la mesure où même une règle avec un hypothèse de fait bien définie et une portée plus limitée, comme celles opérant dans les décisions de MINIMALISTES (pas nécessairement « particularistes »), restera une règle, avec une portée plus étroit.

D'après le MAXIMALISME, même dans les cas exceptionnels, quand la technique analogique est appliquée, elle opère d'une manière différente à celle du MINIMALISME, parce que la solution maximaliste par analogie est cherchée en dehors du cadre réglementaire du précédent, où le juge maximaliste analyse les faits à un niveau plus élevé de généralité. Ce qui correspond au juge est de ne pas essayer d'homogénéiser les faits, en les réduisant à leurs caractéristiques similaires, mais de déterminer s'il est justifié de donner le même traitement juridique à deux hypothèses qui sont distinctes reçoivent.²¹⁹

Et si ce qui vient est la distinction du précédent, d'après SCHAUER, il y aura une exception à la règle. Il faut réfuter cette dernière approche, parce que ce qui constitue une « distinction » pourrait bien être simplement le résultat de considérer que ce qui précède ne contrôle pas

²¹³ SUNSTEIN, « One Case at a Time... », *Op. Cit.*, pp. 9-10. (Traduction libre)

²¹⁴ MAGALONI. *Op. Cit.*, p. 63. (Traduction libre)

²¹⁵ *Ibidem*, p. 108. (Traduction libre)

²¹⁶ *Ibidem*, p. 94. (Traduction libre)

²¹⁷ SCHAUER. *Op. Cit.* p. 153. (Traduction libre)

²¹⁹ MAGALONI. *Op. Cit.*, p. 111. (Traduction libre)

le cas d'espèce. Dans cette thèse sera fait valoir que l'application de la distinction est possible sans révoquer ou ignorer la force obligatoire du précédent (titre II, chapitre 1).

2. Fonction distinctive du précédent, différente de la règle, dans la production d'une décision judiciaire

Parmi ceux qui font cette distinction, le MINIMALISME défend la solution de l'affaire spécifique qui est entendue par le juge, mais en laissant de nombreuses affaires sans décision. Il s'agit, donc, d'une approche qui évite les règles claires et les définitions finales²²⁰, en faisant une utilisation constructive de silences pour ne pas statuer sur des questions inutiles pour résoudre le cas, à l'exception des questions constitutionnelles. De ce point de vue, le juge décide seulement, il ne produit pas de concepts, et même s'il respecte ses précédents, il ne respecte pas nécessairement les *dictum* de ses jugements antérieurs²²¹. Appartiennent à cette catégorie certains juges de la Cour Suprême des États-Unis, comme le Magistrat O'CONNOR, plus enclins aux standards, laissent beaucoup de travail au moment de l'application²²².

Seulement dans des cas vraiment *identiques* (appelés « *cases that are on all fours* » ou « *cases to the point* »), la règle du précédent est appliquée à travers des processus déductifs, parce que les circonstances factuelles sont tellement semblables qu'il serait « pratiquement impossible » pour la cour ultérieure d'effectuer une sorte de distinction²²³. Et la principale limite pour le juge ultérieure, est que le « noyau dur » de l'autorité du précédent est donnée par « la force obligatoire du principe de l'égalité. Le *stare decisis* exige que le juge postérieur soit cohérent avec les décisions antérieures qui le lient ». ²²⁴

Cette position est concernée de la « flexibilité, le dynamisme et la résilience du *case law* à s'adapter aux nouveaux scénarios sociaux » ²²⁵. En plus, c'est probablement la théorie qui développe le mieux le *case and controversy requirement* de l'article III de la Constitution américaine. Selon cet article, la fonction judiciaire est limitée à la résolution des litiges spécifiques, dans lesquels les intérêts juridiques subjectifs sont en jeu, interdisant aux tribunaux de se prononcer sur des questions abstraites, hypothétiques ou conditionnelles au différend. ²²⁶

En conclusion, dans le régime minimaliste « le juge ne construit jamais une hypothèse normative, générale et abstraite, mais l'hypothèse est établie au moment de déterminer les similitudes et les différences factuelles entre le cas comparées. » ²²⁷ En effet, le juge minimaliste évite le raisonnement déductif, penchant plutôt par analogie et la référence aux problèmes actuels et hypothétiques; il ne considère pas que la décision soit le résultat d'une règle ou d'une théorie préexistante. C'est en ce sens que, selon SUNSTEIN, la Cour Suprême

²²⁰ SUNSTEIN, « One Case... », *Op. Cit.* pp. ix-x. (Traduction libre)

²²¹ Ibidem, pp. 4-5. (Traduction libre)

²²² Ibidem, p. 41. (Traduction libre)

²²³ SUNSTEIN, Cass. « *Legal Reasoning and Political Conflict* », Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1996. P. 71. Cité par: MAGALONI. *Op. Cit.* p. 100. (Traduction libre)

²²⁴ MAGALONI, *Op. Cit.* p. 101. (Traduction libre)

²²⁵ Ibidem, p. 63. (Traduction libre)

²²⁶ Ibidem, pp. 42-43. (Traduction libre)

²²⁷ MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 95. (Traduction libre)

des États-Unis est généralement minimaliste.²²⁸ En outre, le minimalisme est plus proche du droit constitutionnel américain, où le raisonnement analogique -au lieu des décisions fondées sur des règles- est au centre du processus de droit commun²²⁹, qui se caractérise par le particularisme, l'accent sur les faits²³⁰ et sa construction progressive.

A contrario, le raisonnement analogique n'est pas caractéristique du raisonnement judiciaire continental. En outre, il faut questionner l'idée minimaliste que dans des cas similaires (*on all fours*) le raisonnement est purement déductif, et le cadre méthodologique proposé par SUNSTEIN où ce qui vaut n'est pas le résultat, mais le « principe » du cas antérieur²³¹. Ce dernier laisserait les conséquences ou le résultat concret au hasard.

Les fondements philosophiques du MINIMALISME, ainsi que la flexibilité et le dynamisme excessif qui caractérisent la casuistique américaine, pourraient obstruer l'action d'un juge minimaliste en Colombie. Cela rend la transplantation automatique de cette théorie non seulement inutile, mais même contre-productive pour l'identification et l'application des précédents contenus dans les *arrêts de l'unification jurisprudentielle* du Conseil d'Etat colombien.

Un second group d'auteurs qui distinguent les fonctions d'un précédent et d'une règle est composé par MÜLLER et HESSE, pour lesquels la jurisprudence est une forme de « concrétiser » ou « réaliser » le droit selon le cas individuel. MÜLLER critique la conception de l'interprétation comme la réexécution d'une volonté existante²³² et la résolution des cas par voie de syllogisme²³³.

MÜLLER a également critiqué le positivisme en tant qu'assimile la norme à sa configuration linguistique, confusion qui restait dominante dans la méthodologie du droit constitutionnel à l'époque.²³⁴ D'après lui, le texte est juste un des nombreux éléments de la concrétisation, qui ne pèse pas plus que les autres, et même s'il fournit les premiers éléments de support, n'a qu'un effet de limite au programme normatif (celui ne peut pas aller au-delà de l'espace laissé par le texte, sous peine de devenir en une décision irrégulière).²³⁵

Et le juge n'est pas libre d'évaluations politiques ou autres pour produire la norme juridique pour le cas en question²³⁶, car ils sont des moteurs de la concrétisation comme des « contextes objectifs, les données et l'expérience ... les positions, les aspirations et les contenus théoriques (les théories du droit, de l'État et de la Constitution), dogmatiques et politiques... ».²³⁷ Alors, entrent en jeu comme des éléments de la concrétisation les données sociologiques, de la science politique et d'économique qui font partie du champ normatif de

²²⁸ SUNSTEIN « One Case... » *Op. Cit.* p. 9. (Traduction libre)

²²⁹ Ibidem, p. 49. (Traduction libre)

²³⁰ Ibidem, p. 211. (Traduction libre)

²³¹ SUNSTEIN, « *Legal reasoning...* », p. 33. Cité par: MAGALONI, *Op. Cit.* p. 99. (Traduction libre)

²³² MÜLLER, Friedrich, « *Discours de la Méthode Juridique* », Presses Universitaires de France (trad. par Oliver Jouan Jan). Paris, 1996. P. 58.

²³³ Ibidem, pp. 52, 54 y 55.

²³⁴ Ibidem, pp. 106, 107 y 182.

²³⁵ Ibidem, pp. 239-243.

²³⁶ Ibidem, p. 108.

²³⁷ Ibidem, p. 217.

la disposition à concrétiser²³⁸, éléments tirés de la « réalité » (pas du cas) qui permettent dégager l'élément normatif qui sert pour décider le cas d'espèce, à savoir, l'élément qui ne pouvait pas être écarté du raisonnement sans entamer un changement essentiel du résultat²³⁹.

Par conséquent, d'après MÜLLER, le terme « concrétisation » ne consiste pas en la réduction d'une règle générale donnée à la dimension du cas d'espèce, mais en la production d'une règle juridique générale dans la résolution d'un cas particulier, règle qui est moulé en vue de l'espèce à être résolu, pour lequel elle est individualisée dans la norme de décision.²⁴⁰

Konrad HESSE, disciple de SMEND et maître de MÜLLER, explique que le processus de « réalisation » des normes constitutionnelles consiste à mettre à jour et concrétiser la Constitution.²⁴¹ Aussi, pour HESSE, l'interprétation constitutionnelle est « concrétisation », mais elle n'est seulement nécessaire que pour répondre à une question constitutionnelle que la Constitution ne résout pas de façon concluante²⁴². Et la tâche d'interprétation est de trouver et de justifier le résultat constitutionnellement « correct » par le biais d'un processus rationnel et contrôlable (point où il coïncide avec MULLER) qui implique la compréhension du contenu de la norme à concrétiser et l'intégration de la réalité en tant que contenu de la Constitution.²⁴³

Cependant, malgré les avantages indéniables de la théorie de MÜLLER et HESSE, elle est insuffisante pour répondre aux besoins de la Loi numéro 1437, parce que :

- (i) sa méthode d'évaluation est limitée au droit constitutionnel, même si elle pourrait bien être étendue, *mutatis mutandis*, au droit du contentieux administratif;
- (ii) elle ne fournit pas d'outils pratiques pour que le juriste puisse réduire les champs factuels des textes normatifs sélectionnés de la masse du droit en vigueur aux champs d'espèce, et pour de réaliser le programme normatif (qui, conjointement avec le champ normatif, produisent la norme juridique);
- (iii) bien que MÜLLER nie que le modèle de concrétisation corresponde à l'acceptation de la « libre création du droit », en faisant valoir que le processus peut être contrôlé et discuté, le fait est que la complexité de sa présentation rend au moins douteuse la possibilité réelle de contrôle;

²³⁸ Ibidem, p. 293.

²³⁹ Ibidem, p. 64.

²⁴⁰ Ibidem, p. 222.

²⁴¹ CRUZ VILLALON, Pedro. « Introducción ». pp. IX – XXVIII. Dans: HESSE, Konrad. « Escritos de Derecho Constitucional (selección) ». Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983. p. IX, XI, XV.

²⁴² HESSE, Konrad. « Escritos de Derecho Constitucional (selección) ». Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983. pp. 35-36, 43.

²⁴³ Ibidem. p. 47.

- (iv) l'argument selon lequel l'avocat est soumis à l'instance normative qu'il a créée²⁴⁴ ne modifie pas le risque qu'une telle règle soit créée librement, dans la mesure des résultats attendus; et
- (v) bien que la loi soit conçue comme l'un des modes de réalisation de la Constitution²⁴⁵ ou la concrétisation des normes, ni MÜLLER ni HESSE ne reconnaissent le rôle de liaison des précédents dans le processus de concrétisation, et ils nient que le juge ait le droit de produire du droit.

Riccardo GUASTINI, critique du réalisme scandinave²⁴⁶, distingue -comme les auteurs du groupe précédent, composé par MÜLLER et HESSE- les processus d'interprétation et d'application du droit. Et il le fait à partir de deux points de vue, à savoir: (a) du *sujet*, dans le sens où l'application du droit est limitée à des organismes d'exécution, y compris les juges et l'administration, tandis que l'activité de l'interprétation peut être exercée par n'importe qui²⁴⁷; et (b) de *l'objet*, parce que l'interprétation vise des textes ou des dispositions réglementaires, dont le « résultat » est la norme; alors que l'application vise des normes au sens stricte (comprise comme contenu de signification des textes juridiques). D'après GUASTINI, l'application suppose l'interprétation, ou inclut l'interprétation²⁴⁸ mais va au-delà de l'opération interprétative, incluant d'autres opérations telles que la caractérisation des faits et la décision du litige.²⁴⁹

Il convient de noter l'approche de GUASTINI, qui ne partage pas l'idée de la doute comme le seul cas pour l'interprétation, parce que même les cas pacifiques impliquent une interprétation. Est aussi utile la notion d'interprétation « orientée aux faits » par le juge et face à la controverse à résoudre²⁵⁰, bien que ce concept ne suffise pas à rendre compte du processus rationnel complexe et riche qui se produit dans la production de la norme régissant le cas. Pour GUASTINI, c'est similaire à la comparaison entre les faits de l'affaire à résoudre et du champ d'application de la norme, afin de déterminer si une situation factuelle particulière tombe ou non dans le cadre d'une certaine norme²⁵¹, en excluant de l'analyse la multiplicité des facteurs qui entrent en jeu dans le processus de production de la norme juridique (ou de « concrétisation » selon les termes de MÜLLER).

CHAPITRE II – Idées sur le rôle des précédents dans la pratique judiciaire d'après la théorie de l'argumentation juridique

La théorie de l'argumentation essaye d'établir la façon d'analyser et d'évaluer les arguments correctement²⁵². D'après la doctrine majoritaire, dans les cas clairs, où il n'y a pas de doute

²⁴⁴ MÜLLER, *Op. Cit.* p. 111 y 229.

²⁴⁵ Ibidem. p. 51.

²⁴⁶ FARALLI, Carla. « La filosofía del derecho contemporánea: Los temas y desafíos » (Santiago Perea Latorre, traducteur). Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 49. (Traduction libre)

²⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. « La interpretación: Objetos, Conceptos y Teorías ». *Doctrina Jurídica Contemporánea*, México DF, 3ed, 2002. pp. 19-38. Dans: VAZQUEZ, *Op. Cit.* p. 27. (Traduction libre)

²⁴⁸ Ibidem. pp. 27-28. (Traduction libre)

²⁴⁹ Ibidem. p. 27. (Traduction libre)

²⁵⁰ Ibidem. pp. 36-37. (Traduction libre)

²⁵¹ Idem. (Traduction libre)

²⁵² FETERIS, *Op. Cit.* p. 20. (Traduction libre)

sur le sens et la pertinence d'une règle juridique, il suffit de mentionner les faits et la norme applicable, sans aucune autre interprétation; tandis que dans les cas difficiles, l'interprétation est nécessaire, étant donné que « [l]es juges doivent expliquer pourquoi ils choisissent une interprétation spécifique de la norme juridique. »²⁵³

1. Le réalisme juridique et la théorie sceptique de l'interprétation²⁵⁴

Au début du XIXe siècle, John Chipman GRAY et Oliver Wendell HOLMES ont publié des rapports sceptiques sur le processus judiciaire, en opposition à la théorie formaliste ou « cognitive » de l'interprétation. Ils décident alors de réfuter la doctrine selon laquelle interpréter est égale à vérifier la signification objective des textes juridiques ou l'intention des auteurs.²⁵⁵ Ce courant est devenu, dans les années 1920 et 1930, le mouvement intellectuel connu sous le nom de « réalisme juridique ». Ses représentants principaux (Jerome FRANK, Karl LLEWELLYN, Wesley STURGES, et Morris et Felix COHEN) ont rejeté l'approche doctrinaire vers la jurisprudence, en essayant de démontrer que ce que les juges font est de résoudre les cas selon leurs propres positions politiques ou morales, et choisir après la règle juridique convenable.²⁵⁶

Ainsi, les courants du « réalisme juridique » (américain, scandinave, italien) défendent la soi-disant *théorie sceptique de l'interprétation*²⁵⁷ et nient l'existence de cas difficiles²⁵⁸. Ils considèrent l'interprétation non pas comme une activité de connaissance (parce qu'ils ne croient pas que les mots aient une signification « propre »), mais d'évaluation et de décision, dont les normes juridiques sont le résultat. Celles-ci ne sont pas préexistantes à l'interprétation.²⁵⁹ Et comme les juges créent du droit, « vous ne pouvez pas tracer une ligne de démarcation claire entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. »²⁶⁰

Pour ce courant, l'analyse des faits en appel est pertinent (même si en théorie ces tribunaux ne vérifient que la règle appliquée), parce que les juges de deuxième instance sentent la pression du cas individuel, et essaient de le résoudre de façon correcte.²⁶¹ Par conséquent, il n'est pas rare que même les tribunaux de deuxième instance étirent ou adaptent la règle de manière à produire un résultat qui semble juste au cas.²⁶²

Le *ratio decidendi* est la règle que le tribunal présent comme la règle de l'affaire²⁶³. Le *holding* est la décision, et la Cour ne peut exprimer son autorité que pour le différend décidé

²⁵³ Ibidem, p. 29. (Traduction libre)

²⁵⁴ GUASTINI, *Op. Cit.* p. 31. (Traduction libre)

²⁵⁵ Ibidem, p. 30. (Traduction libre)

²⁵⁶ DWORKIN, Roland. « Los derechos en Serio ». Barcelona: Ariel Derecho, 2ed, 1989. p. 46. (Traduction libre)

²⁵⁷ GUASTINI, *Op. Cit.* p. 32. (Traduction libre)

²⁵⁸ CALSAMIGLIA, A. « Prólogo » pp. 7-29. Dans: DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 21. (Traduction libre)

²⁵⁹ GUASTINI, *Op. Cit.* pp. 31-32. (Traduction libre)

²⁶⁰ Ibidem. pp. 31-32. (Traduction libre)

²⁶¹ LLEWELLYN, Karl N. « The Bramble Bush », Oxford University Press, 1960, New York. pp. 31-32. (Traduction libre)

²⁶² Ibidem, p. 35. (Traduction libre)

²⁶³ Ibidem, p. 42. (Traduction libre).

et la décision prise.²⁶⁴ Ce qui dépasse les faits, dépasse également la décision, il faut donc suspecter des règles qui vont au-delà des faits du cas.²⁶⁵

D'après LLEWELLYN, on ne peut pas lire une loi comme un cas, parce que dans la loi chaque mot vaut et doit être interprété en conjonction avec d'autres ; il n'y pas de *dictum* ou répétition d'une même idée de différentes façons.²⁶⁶ Contrairement à ce qui se passe avec la loi, le droit de cas est difficile à trouver, et nécessite l'étude d'une douzaine de cas pour trouver chaque règle et son sens grâce à une méthode inductive.²⁶⁷ Cela, ainsi que la multiplicité des juridictions qui existent dans un système fédéral comme les Etats-Unis, signifient qu'il est impossible d'apprendre le droit comme s'il était de l'information.²⁶⁸

En outre, dans ce modèle, il existe juste une « habitude »²⁶⁹ de suivre le précédent, comme un outil pour permettre aux gens d'ajuster leurs attentes et questions à l'avance²⁷⁰. Par conséquent, l'article III de la Constitution américaine servira toujours comme un prétexte pour ignorer ou dépasser la règle du précédent.

En Colombie, il faut réfuter un régime comme celui-ci, où le précédent n'est pas vraiment contraignant, mais un test de compétence argumentative pour le plaideur et un outil pour parvenir à la légitimité et l'acceptabilité de la décision, et rien d'autre. Le CPACA impose un modèle de précédent contraignant, et des contrôles qui vont au-delà de la simple exigence réaliste qu'il y ait « une justification publique crédible » comme une garantie contre l'arbitraire²⁷¹. En Colombie, les instruments prévus par la loi pour assurer le caractère obligatoire du précédent, qui seront mentionnés dans la PARTIE II (Titre I, Chapitre 2), ainsi que les obstacles réglementaires et philosophiques mentionnés ci-dessus empêchent d'accepter un système de *création libre du droit*.

2. Entre réalisme et formalisme : modèle positiviste du pouvoir judiciaire discrétionnaire (HART)

H.L.A. HART propose une version sociologique-analytique du positivisme qui a gagné une forte influence face à celle de KELSEN²⁷². D'après HART, la description formaliste est la plus réussie dans les *cas faciles*, où le syllogisme est suffisant pour arriver à la décision et donner de la certitude aux relations sociales, alors que dans les *cas difficiles* (ceux qui composent la pénombre des expressions linguistiques²⁷³) la position réaliste prévaut. Dans ceux-ci, le juge n'a pas de règles spécifiques, mais choisit avec « pouvoir discrétionnaire » parmi les

²⁶⁴ Ibidem, p. 43. (Traduction libre).

²⁶⁵ Ibidem, p. 45. (Traduction libre).

²⁶⁶ Ibidem, pp. 83, 85 et 109. (Traduction libre).

²⁶⁷ Ibidem, pp. 97 - 98. (Traduction libre).

²⁶⁸ Ibidem, p. 98. (Traduction libre).

²⁶⁹ Ibidem, p. 65. (Traduction libre).

²⁷⁰ Ibidem, p. 67. (Traduction libre)

²⁷¹ SCHAUER, *Op. Cit.* p. 255.

²⁷² RODRÍGUEZ, César. « Teoría del Derecho y Decisión Judicial: En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin », pp. 15-88. Dans: « La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin ». Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997. pp. 16-17. (Traduction libre)

²⁷³ Ibidem, p. 34. (Traduction libre)

alternatives raisonnables. Par conséquent, il n'applique pas le droit, mais le crée pour le cas spécifique.²⁷⁴

Par conséquent, dans les cas difficiles, l'arrêt est essentiellement ce que le juge veut qu'il soit, mais dans des limites que les réalistes ignorent²⁷⁵. Reconnaisant ces limites, HART vise à surmonter les vices que les critiques attribuent au réalisme, de sorte que l'éventail des possibilités est circonscrit par le texte des règles et par les précédents applicables à ce cas ou aux cas similaires²⁷⁶.

La relation contingente que HART reconnaît entre le droit et la morale est utile pour cette recherche, ainsi que ce qui a été dit par HART concernant le choix discrétionnaire dans les cas difficiles, et sur la fonction créatrice du juge (même rétroactive) au moment de définir le cas. Dans de tels cas, les limites de la capacité créatrice du juge sont données, entre autres facteurs, par l'obligation de décider analogiquement à fin de veiller à ce que le droit qu'il crée soit cohérent avec les principes sous-jacents du droit existant.²⁷⁷ Ici, il pense apparemment au concept *d'analogie juris*, pas *analogie legis*. Sur ce point, on retournera au CHAPITRE II, SECTION 3 DU TITRE II de cette PARTIE I.

L'affirmation de HART est vraie dans le sens où, dans les *cas difficiles* (ceux qui constituent la pénombre des expressions linguistiques), le juge a plus de liberté pour décider et créer du droit pour le cas particulier.²⁷⁸ Toutefois, ce dernier n'oblige pas à accepter que, dans des *cas difficiles*, la position réaliste prévaudra, parce que même dans ces cas le droit en vigueur limite le choix décisif, qui ne peut pas être fondé sur la seule base des facteurs extra-normatifs rationalisés *ex post*. Il est également inacceptable que, dans les *cas faciles*, le syllogisme soit suffisant pour arriver à la décision et pour donner la certitude aux relations sociales, parce que même dans les *cas faciles*, le droit doit être *concrétisée* d'après le programme normatif et le champ normatif pour produire une norme pour le cas d'espèce.

3. Le précédent lié au fonctionnement de l'opération de pondération (BERNAL, BUSTAMANTE et PERRONE)

Certains auteurs, dont BERNAL, BUSTAMANTE et PERRONE, portent la théorie de la pondération d'ALEXY à des extrêmes où probablement ALEXY lui-même ne l'aurait jamais destiné, et qu'il n'aurait même pas soupçonnés. Ils en viennent parfois au point de réduire tout le droit (ou une grande partie du droit) à cette opération. Etant importante et nécessaire, elle n'est pas exclusive ni suffisante, comme on essayera de le démontrer ici.

Le professeur BERNAL, à partir de la distinction entre les types de normes juridiques (règles et principes) identifie, à son tour, ce que l'auteur considère comme les processus rationnels respectifs d'application du droit, à savoir: la subsumption et la pondération.²⁷⁹ Il explique

²⁷⁴ Ibidem, p. 34. (Traduction libre)

²⁷⁵ Ibidem, p. 70. (Traduction libre)

²⁷⁶ Ibidem, p. 71. (Traduction libre)

²⁷⁷ HART, H.L.A. « Postscriptum ». pp. 89-141. Dans: "La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin". Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 136. (Traduction libre)

²⁷⁸ RODRÍGUEZ, *Op. Cit.* p. 34. (Traduction libre)

²⁷⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. « El Precedente y la Ponderacion », pp. 105-124. Dans: « *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* », Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría

que les « énoncés juridiques faisant autorité peuvent servir de bonnes raisons juridiques pour les décisions futures »²⁸⁰ et sont dans le *ratio decidendi*, qui ont généralement la structure de règles.²⁸¹ En effet, BERNAL analyse la tendance des cours constitutionnelles à transplanter les méthodes du *common law* fondées sur le précédent judiciaire, « qui sont formées à partir d'un *ratio decidendi* ayant la structure typique d'une règle. »²⁸²

BERNAL assimile le *ratio decidendi* à une « règle », considérant que l'un et l'autre partagent la même structure²⁸³, et que ce que contient le précédent est une description factuelle qui correspond à l'abstraction des faits du cas antérieur, dont la correspondance avec les faits du cas actuel doit être trouvée afin de décider entre l'application ou non d'un précédent.²⁸⁴ A partir de ces prémisses (qui sont ici non partagées), l'auteur trouve ce qu'il appelle « le paradoxe du précédent et de la pondération »²⁸⁵, qui semble incompatible avec ce qui a été dit par SCHMILL et COSSIO sur l'utilisation du syllogisme comme un moyen d'appliquer les valeurs absolues dans les systèmes de romanistes.²⁸⁶

BERNAL ne fournit pas non plus de solution satisfaisante pour le juge du contentieux administratif et l'autorité administrative qui doivent déterminer et appliquer le précédent contenu dans *l'arrêt d'unification jurisprudentielle* en Colombie, étant donné que BERNAL...

- (i) assimile le *ratio decidendi* à une règle donnée, en se fondant sur la description factuelle contenue dans l'arrêt avec valeur de précédent et attribuant au juge du cas précédent la puissante fonction de définir, par le biais du langage utilisé dans son arrêt, la force normative et la portée du précédent qu'il a créé. Par conséquent, il cesse de considérer également les difficultés rencontrées dans le processus précédent de l'inférence que l'opérateur juridique doit dépasser afin d'obtenir la règle applicable à la nouvelle affaire à résoudre, processus qui ne peut se produire que pour le nouveau cas;
- (ii) suppose qu'il est possible de mettre en œuvre l'opération de subsumption pour résoudre les cas impliquant des règles juridiques -approche qui, en elle-même, est largement remise en question dans la littérature juridique actuelle- et qu'elle est le fonctionnement idéal pour appliquer des précédents;
- (iii) exclut du modèle de raisonnement avec précédents la considération du critère juridique qui a servi de base à la décision, et relègue les principes au « cas limites » où il y a un choix entre application ou le revirement du précédente judiciaire ;

Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. p. 105. (Traduction libre)

²⁸⁰ Ibidem, p. 106. (Traduction libre)

²⁸¹ Idem. (Traduction libre)

²⁸² BERNAL PULIDO, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas (EDS.). « Introducción ». pp. 9-17. Dans: « *Fundamentos Filosóficos...* », *Op. Cit.*, p. 14. (Traduction libre)

²⁸³ BERNAL, « El Precedente... », *Op. Cit.*, p. 106. (Traduction libre)

²⁸⁴ Ibidem, pp. 106 - 107. (Traduction libre)

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ SCHMILL et COSSIO, *Op. Cit.* p. 80-81. (Traduction libre)

- (iv) assimile les conséquences du revirement et de la distinction des cas (bien que, comme l'a expliqué RAZ, les règles du précédent peuvent être distinguées sans être revirées)²⁸⁷. En outre, il néglige que lorsque la distinction, si elle est justifiée, il n'y a pas de sacrifice pour la cohérence, la stabilité et l'égalité, parce que la distinction et le revirement du précédent se produisent à des moments différents du raisonnement judiciaire et la distinction est une façon d'honorer le précédent.

C'est seulement quand la comparaison des cas C_1 et C_2 permet de conclure que la règle du précédent Y_1 est applicable au cas actuel (qui est, par conséquent, un cas *similaire*, en tant que telle, et ne peut donc pas être *distingué*), le dilemme entre l'application ou le revirement du précédent pourrait survenir. Ce dilemme survendra si le résultat est, par exemple, injuste, à condition que le tribunal ait l'autorité de le révoquer. C'est seulement dans le cas de revirement, ou de la *fausse* distinction, que ce « dilemme » se produira. Cela n'a aucun lien avec la technique de la « distinction », laquelle n'arrive pas à ce stade du processus de raisonnement avec les précédents; et

- (v) limite à deux les opérations de base du droit d'ALEXEY, sans expliquer le rôle que pourrait venir jouer dans ce modèle la troisième opération de base connue sous le nom de *Schéma d'Analogie*. Ce dernier régime qui sera essentielle dans la construction de la théorie locale du précédent qu'on essaye ici, et que BUSTAMANTE critique.

BUSTAMANTE, comme BERNAL, souligne l'importance de la pondération dans le raisonnement judiciaire, mais arrive à l'extrême de diminuer l'analogie juridique ou la comparaison des cas juste à « un développement judiciaire du droit à partir de la pondération ». ²⁸⁸ Par conséquent, et considérant qu'il n'est pas un régime nécessaire ni approprié pour justifier les résolutions juridiques²⁸⁹, BUSTAMANTE critique le rôle donné par ALEXEY à l'analogie comme « opération de base dans l'application du droit ». ²⁹⁰

Bien qu'on puisse partager les idées de BUSTAMANTE sur: (i) l'identification du précédent comme la création d'une nouvelle règle au moment de son application –et non la simple application d'une règle préexistante, comme l'a suggéré BERNAL–; (ii) l'application du précédent comme une forme de raisonnement par analogie, qui inclut la nécessité d'examiner et d'étudier les principes sous-jacents dans le cadre de l'analyse analogique; et (iii) la nécessité des principes pour justifier l'analogie entre les cas. Cependant, son approche mérite au moins les critiques suivantes :

²⁸⁷ ALEXANDER, *Op. Cit.* p. 163. (Traduction libre)

²⁸⁸ BERNAL et BUSTAMANTE, « Introducción », *Op. Cit.* p. 15. (Traduction libre)

²⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas. « La Función de la Analogía en el Precedente: acerca de la Tercera Operación Jurídica Básica del Alexy. » pp. 125-156. Dans: « *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* », Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. p. 130. (Traduction libre).

²⁹⁰ BUSTAMANTE, « La Función de la Analogía... », *Op. Cit.* p. 125. (Traduction libre)

1. Il donne une importance excessive à l'opération de pondération dans la comparaison des cas et comme base de raisonnement analogique²⁹¹, réduisant toute l'application du droit à celle-là. Il propose donc de concevoir l'analogie comme un jugement sur les principes pertinents pour la décision des cas²⁹², raisonnement qui est justifié par la pondération entre les principes sous-jacent aux règles.²⁹³
2. À partir de l'idée d'AILEY que toute application des principes signifie nécessairement une pondération –idée ici non partagée–, BUSTAMANTE adopte également la thèse BROZEK dans le sens où l'analogie juridique doit être réduite à l'opération de pondération afin de se débarrasser du processus problématique de décider quelles similitudes sont pertinentes²⁹⁴. Cependant, ce processus, même « problématique », ne peut être ignoré, si on veut parvenir à des décisions fondées sur des précédents qui peuvent être justifiés rationnellement.
3. BUSTAMANTE fait, donc, un sacrifice inapproprié de l'analyse factuelle, ignorant le rôle qu'ont les faits et le résultat de la décision du tribunal dans le schéma de la casuistique. Il propose de comparer des règles au lieu de comparer les faits, ce qui ne correspond pas à la notion de précédent (du moins pas à celle qui est ici prise en compte).

Donc, pour BUSTAMANTE, dans le raisonnement avec les précédents, ce qui devrait être cherché n'est pas la « similitude des faits » mais la ressemblance des règles²⁹⁵ ; règles qui sont, à leur tour, liées à des principes juridiques, à la différence des faits²⁹⁶. Ce point mérite des objections, parce que si le *ratio decidendi* incorpore toujours les faits matériels du cas qui a donné lieu au précédent, il y aura toujours une recherche de similitude entre les faits. Et, en plus de trouver la similitude des faits, la règle qui doit être recherchée devra permettre d'identifier la « matérialité » des faits et, par conséquent, la « similitude » entre les faits matériels des cas. Par conséquent, contrairement à ce que dit BUSTAMANTE, l'analyse analogique se concentrera sur l'un et l'autre.

4. Cette conclusion de BUSTAMANTE est liée à un concept de *précédent* qui diffère de celui défendu ici car, avec MACCORMICK, cela implique que les juges créent des précédents dans la justification des décisions²⁹⁷, et définissent le précédent comme la règle qui est contenue dans la prémisse majeure du syllogisme qui justifie

²⁹¹ BUSTAMANTE, Thomas. "Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases". pp. 63- 77. En: BOROWSKI, Martin (editor). "On the Nature of Legal Principles." Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010. p. 63. (Traduction libre)

²⁹² BUSTAMANTE, « La Función de la Analogía... », *Op. Cit.*, p. 141. (Traduction libre)

²⁹³ BERNAL et BUSTAMANTE, « Introducción », *Op. Cit.* p. 15. (Traduction libre)

²⁹⁴ BUSTAMANTE, « Principles, Precedents .. p. 72, citando a Bartosz Brozek, *Rationality and Discourse- Towards a Normative Model of Applying Law* (Oficina: Warsaw, 2007), 149. (Traducción libre)

²⁹⁵ BUSTAMANTE, Thomas. « La Función... », *Op. Cit.* p. 138-139. (Traduction libre)

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 139. (Traduction libre)

²⁹⁷ BUSTAMANTE, Thomas. « Principles, Precedents... », *Op. Cit.*, p. 67. (Traduction libre)

formellement la décision juridique²⁹⁸. Toutefois, le précédent ne peut être tiré de la motivation de la décision²⁹⁹.

5. Ce concept de précédent, à son tour, conduit BUSTAMANTE à réduire l'importance et le rôle du précédent, qui selon lui ne se justifie que par le degré de certitude plus élevé et la détermination des normes individuelles³⁰⁰ et parce qu'ils sont un point de départ vers l'application universelle et impartiale des principes juridiques.³⁰¹
6. Il n'est pas vrai que toutes les règles juridiques soient nécessairement le résultat d'une pondération de principes et que, par conséquent, l'application analogue des précédents soit un jugement sur la similitude des conditions dans lesquelles un principe doit prévaloir sur l'autre³⁰². Il n'y a pas toujours une collision des principes qui sous-jacent aux règles, et il n'est pas toujours facile de déterminer quel était le chemin suivi par la cour précédente en termes de priorité des principes en jeu.
7. Il assimile à tort la structure de l'application du précédent avec l'*analogie legis*, qui suppose l'existence d'un « vide » dans la loi qui doit être résolu par l'application d'une règle qui ne régit pas le cas, mais permet de décider d'une certaine manière³⁰³. Cela est non seulement faux, mais aussi inutile, parce que dans tous les cas, l'auteur suggère que, au lieu de comparer les faits, ce qu'il faut faire est comparer des règles.³⁰⁴

Quelque chose de semblable se produit avec PERRONE, qui analyse le rôle des précédents dans la promotion des valeurs de la sécurité juridique, l'égalité, la légitimité et l'efficacité, et sa fonction comme un « filtre pour l'argument juridique, conduisant les plaideurs et les juges sur les questions discutées ou considérées pour décider du cas. »³⁰⁵

L'auteur souligne la séparation entre l'interprétation et l'application du droit³⁰⁶, ainsi que les éléments qui sont mis en œuvre dans l'application du précédent (par exemple les faits matériels, les valeurs en litige, les questions juridiques à résoudre, la justification de la décision précédente, et l'identité des cas)³⁰⁷. Cependant, la séparation nette (et fictive) entre les moments de l'interprétation et de l'application de la règle du précédent, la notion

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa. « La interpretación y la fuerza gravitacional de los Precedentes Judiciales: Fragmentos de una teoría del Precedente Judicial » p. 111-140. Dans: Benavides, José Luis (Compilador). « Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo » (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Juillet de 2014, Bogotá. p. 133. (Traduction libre)

³⁰⁰ BUSTAMANTE, « Principles, Precedents... », *Op. Cit.*, p. 67.

³⁰¹ Ibidem, p. 69. (Traduction libre)

³⁰² Ibidem, p. 72. (Traduction libre)

³⁰³ Ibidem, pp. 70-71. (Traduction libre)

³⁰⁴ Ibidem, p. 71. (Traduction libre)

³⁰⁵ PERRONE CAMPOS MELLOS, Patricia. « La Función de los Precedentes como un Filtro Argumentativo », pp. 179-227. Dans: « Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial », Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. P. 179. (Traduction libre)

³⁰⁶ Ibidem, p. 183. (Traduction libre)

³⁰⁷ Ibidem, p. 193. (Traduction libre)

conceptuelle d'interprétation du précédent (au point qu'elle réduit la pratique de la *distinction* au questionnement des arguments de l'autre partie pour « appliquer une certaine interprétation en son faveur »³⁰⁸) et la faible priorité accordée aux faits empêchent d'accepter la position de PERRONE dans ce travail.

4. Le précédent lié au principe de l'universalité

KANT a formulé la loi fondamentale de la raison pure pratique avec la règle empirique suivante : « il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse aussi se prendre elle même pour objet à titre de loi universelle ».³⁰⁹ La théorie de Kant a été utilisée pour expliquer la nécessité et le recours au précédent judiciaire, au moins depuis trois points de vue:

4.1 Courant rhétorique : Le précédent basé sur l'aspiration de l'universalité de l'argumentation rationnelle, et le principe d'inertie (nouvelle rhétorique de PERELMAN et OLBRECHTS-TYTECA)

Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA ont présenté en 1958 leur œuvre « La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation », laquelle est basée sur la tradition de la vieille rhétorique d'Aristote, Cicéron et Quintilien³¹⁰. Ce texte questionne la pertinence du critère logique de validité formelle pour évaluer les arguments dans le langage courant³¹¹ et ouvre la porte à la relance de la rhétorique³¹². Suite à l'impératif catégorique de KANT, PERELMAN recommande d'agir comme un juge dont le *ratio decidendi* doit fournir un principe valable pour tous les hommes.³¹³

Les fondements philosophiques de la théorie de PERELMAN sont utiles et applicables au contexte colombien, même si elle a quelques faiblesses des points de vue pratique et méthodologique. Tel est le cas pour la prémisse que la justification sera nécessaire seulement quand il y a des raisons de douter. Cela devient problématique étant donné que PERELMAN n'explique pas quand il faut douter, une question qu'il laisse « à la rationalité de ceux qui discutent »³¹⁴). De plus, comme tout argument se produit dans un contexte historique et social, l'idée de l'orateur -d'après l'auditoire universel- en essayant d'arriver à une thèse avec laquelle tout le monde peut se mettre d'accord est insuffisante, parce que PERELMAN ne donne pas de moyen pour arriver en toute sécurité à un consensus. En revanche, encadrer l'argument dans un contexte socio-historique signifie plutôt qu'il ne peut souvent pas parvenir à un accord³¹⁵.

³⁰⁸ Ibidem, p. 195. (Traduction libre)

³⁰⁹ « Introduction à la philosophie critique d'Emmanuel Kant: Vocabulaire pratique. »
<http://kant.chez.com/maquette/html/dico/pratique/l.html>

³¹⁰ ALEXY, Robert. « *Teoría de la Argumentación Jurídica* », Centro de Estudios Constitucionales (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 1997. p. 157. (Traduction libre)

³¹¹ FETERIS, *Op. Cit.* p. 91. (Traduction libre)

³¹² VILLAR BORDA, Luis. « Présentation ». Dans: FETERIS, *Op. Cit.* p. 14 (Traduction libre)

³¹³ PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 154, cité par: ALEXY, « *Teoría de la Argumentación Jurídica* », *Op. Cit.* p. 162. (Traduction libre)

³¹⁴ Ibidem, p. 171. (Traduction libre)

³¹⁵ Ibidem, pp. 169-170. (Traduction libre)

En outre, selon MORAL SORIANO, introduire l'idée d'autorité (le juge) dans le raisonnement juridique, afin de garantir la sécurité juridique, fausse le raisonnement rhétorique parce que l'orateur a maintenant le pouvoir de décider et d'imposer sa décision. Cela signifie que le critère de la justesse (« correction ») du discours juridique n'est pas exclusivement celui du caractère raisonnable, étant donné que la sécurité juridique intervient pour réduire l'aspect rhétorique de ce type de raisonnement.³¹⁶ Par conséquent, s'agissant du précédent -basé sur le genre d'argument *ad exemplo*, qui est la formulation d'une règle en généralisant un cas particulier³¹⁷- PERELMAN propose l'utilisation argumentative des décisions judiciaires, de sorte que la force de la décision du tribunal dans le raisonnement dépendra de sa relation avec les autres arguments.³¹⁸

4.2 Courant logique : Théorie des transformations de la loi et à l'intérieur de la loi (Peczenik)

L'auteur polonais PECZENIK développe sa théorie des transformations de la loi et explique comment faire une justification profonde de l'argumentation juridique.³¹⁹ Bien que le juge décide souvent en appliquant une norme juridique aux faits d'un cas particulier, pour obtenir une explication juridique, dans les *cas difficiles*, il n'y a pas de règle généralement acceptée qui justifie le passage des faits à la décision, de sorte qu'il faut interpréter la norme juridique ou même la créer³²⁰. Ainsi, dans les *cas difficiles*, la décision ne suit pas déductivement des prémisses, mais il y a un saut des faits (p) à la décision (q)³²¹, pour lequel le juge doit transformer la norme juridique au moment de son interprétation (en modifiant la norme) ou de sa création (en ajoutant une prémisse) pour compléter l'argument, de sorte que l'argument fondé sur un « saut » soit valide du point de vue déductif.³²²

Cette description des transformations de la décision comprend les opérations de réduction et d'élimination³²³, la création d'une règle plus générale (par exemple de l'*analogie legis*)³²⁴ et l'introduction de la formule de préférence de principes dans les cas de collision, si nécessaire.³²⁵ Toutefois, il faut se distancer des concepts d'interprétation précise et de subsomption comme moyen de transformation de la décision, parce que la subsomption est insuffisante, même dans les *cas faciles* (section 2.2 du Chapitre I de la Partie I).

Par conséquent, il est impossible de réduire le raisonnement juridique à un processus logique-déductif dans les *cas difficiles*, et le processus de transformation de la loi proposée par l'auteur, l'interprétation ou la création de la règle pour ajouter une prémisse (qui n'est généralement pas admise) de sorte que le *saut* depuis les faits à la décision soit « valide déductivement » est donc artificiel (et inutile).³²⁶ En outre, PECZENIK n'explique pas de

³¹⁶ MORAL, *Op. Cit.* pp. 53, 55, 58. (Traduction libre)

³¹⁷ Ibidem, p. 47. (Traduction libre)

³¹⁸ Ibidem, p. 43. (Traduction libre)

³¹⁹ FETERIS, *Op. Cit.* p. 213. (Traduction libre)

³²⁰ Ibidem, p. 214. (Traduction libre)

³²¹ Ibidem, pp. 214-215. (Traduction libre)

³²² Ibidem, p. 216. (Traduction libre)

³²³ Ibidem, p. 229. (Traduction libre)

³²⁴ Ibidem, p. 229. (Traduction libre)

³²⁵ Ibidem, p. 232. (Traduction libre)

³²⁶ Ibidem, pp. 214 et 216. (Traduction libre)

manière satisfaisante pourquoi les règles qui justifient la décision légale ne peuvent être formulées comme des règles générales³²⁷.

4.3 Entre la logique, la rhétorique et la philosophie : l'argumentation juridique comme une sorte de discours pratique, dont les limites incluent le précédent (GASCÓN, ALEXY, AARNIO et MACCORMICK)

D'après GASCON « la règle de l'auto-précédent est une règle pour l'argumentation qui incarne le principe [kantien] d'universalité dans le discours juridique »³²⁸. Cette thèse a également été défendue par certains des principaux représentants de la théorie de l'argumentation juridique, comme ALEXY, AARNIO et MACCORMICK. Sur le plan juridique, le principe de l'universalité exige que « lorsque les juges et les tribunaux décident des cas, ils doivent prendre des décisions qu'ils sont prêts à appliquer dans les cas similaires à l'avenir »³²⁹ et que « les tribunaux inférieurs agiront correctement s'ils suivent le précédent du tribunal supérieur. La Haute Cour agirait correctement si elle suit la règle de l'auto-précédent ».³³⁰

ALEXY, père de l'argumentation légale, considère qu'elle est un cas spéciale de « discours pratique »³³¹ général, en mélangeant des idées de logique, philosophie morale et philosophie du langage proposées par TOULMIN, PERELMAN et HABERMAS.³³² Selon ALEXY, la différence entre l'argumentation juridique et le discours pratique général consiste en les éléments suivants qui appartiennent à celle-là : la condition contraignante³³³, le critère de la justesse (la possibilité de fonder rationnellement l'énoncé juridique dans le contexte d'un ordre juridique en vigueur³³⁴) et les conditions de limitation³³⁵ dans lesquelles l'argumentation juridique à lieu (inclus le **précédent**, la loi, la dogmatique juridique et la loi de procédure).³³⁶ Par conséquent, d'après ALEXY, une théorie de l'argumentation juridique doit inclure une théorie de la dogmatique légale et de la valeur du précédent.³³⁷

Par rapport à l'utilisation du **précédent** comme manière de justification externe et comme l'un des aspects essentiels de l'argumentation légale³³⁸, ALEXY dit que la base de son usage est le principe de l'universalité, à cause de l'exigence de traiter d'égale manière les situations égales.³³⁹ Bien qu'il y ait une présomption en faveur du précédent, il peut y avoir une décision différente grâce à un changement dans la mise en valeur des circonstances pertinentes³⁴⁰.

³²⁷ Ibidem, p. 242. (Traduction libre)

³²⁸ GASCÓN, *Op. Cit.* p. 78. (Traduction libre)

³²⁹ Ibidem, pp. 76- 77. (Traduction libre)

³³⁰ Ibidem, p. 78. (Traduction libre)

³³¹ ALEXY, « *Teoría de la Argumentación Jurídica* », *Op. Cit.* p. 34. (Traduction libre)

³³² FETERIS, *Op. Cit.* p. 22. (Traduction libre)

³³³ ALEXY, « *Teoría de la Argumentación Jurídica* », *Op. Cit.* p. 206. (Traduction libre)

³³⁴ Ibidem, p. 208. (Traduction libre)

³³⁵ Ibidem, p. 35. (Traduction libre)

³³⁶ Ibidem, pp. 36 y 38. (Traduction libre)

³³⁷ Ibidem, p. 41. (Traduction libre)

³³⁸ Ibidem, p. 26. (Traduction libre)

³³⁹ Ibidem, p. 262. (Traduction libre)

³⁴⁰ Ibidem, p. 263. (Traduction libre)

La difficulté avec l'usage de précédents est que, comme il n'y a pas deux cas identiques, le vrai problème devient, par conséquent, de déterminer la pertinence des différences.³⁴¹ C'est en effet une difficulté de la théorie du précédent d'ALEXY, pas du précédent lui-même, puisque ALEXY ne parvient pas à proposer une règle pour déterminer la pertinence des différences entre les cas³⁴² dans le modèle ci-dessus, une question qui ne peut être résolue que par référence aux raisons sous-jacentes aux règles. Cette objection permettrait, peut-être, d'écarter la différence supposée entre les précédents et le raisonnement analogique.

L'existence des motifs à l'appui de l'application d'un résultat lorsque certaines caractéristiques sont présentes et qui prennent en charge un résultat contraire en présence d'autres caractéristiques est au cœur de la structure argumentative de comparaison ou de l'analogie d'ALEXY. Cela rend l'analogie une question d'arguments en compétition³⁴³. Dans ce scénario, les précédents ont -grâce à leur autorité- un statut dans l'argumentation juridique et peuvent résister ou compromettre les règles.³⁴⁴ Donc, il est impossible de comparer les cas sans aller à l'opération de pondération qui à son tour est liée à la subsomption (la subsomption apparaît au début et à la fin de la pondération),³⁴⁵ quelque chose qui a déjà été soumis à objections dans ce texte. En effet, pour ALEXY, « le schéma de l'analogie ne peut fonctionner que si elle est connectée à la pondération comme une forme de base de l'application des principes »³⁴⁶.

Selon les critiques d'ALEXY, un autre inconvénient de sa théorie est qu'elle ne garantit pas un résultat final. En effet, la théorie *analytique-normative* du discours juridique contient un certain nombre de règles explicites du discours et des formes d'arguments, mais ne détermine pas complètement chaque étape ni produit une certitude quant à ce qui est discursivement possible, mais exclut les énoncés normatifs impossibles et comprend certaines comme « discursivement nécessaires »³⁴⁷ pour la rationalité d'une discussion donnée, de telle sorte que le résultat de l'argumentation peut soulever la prétention de la justesse³⁴⁸ (« *pretensión de corrección* »).

Les règles de généralisation, terme utilisé par AARNIO pour désigner l'exigence d'universalité, se composent de ce qui suit: « un débattre ne peut pas utiliser un jugement de valeur s'il n'est pas prêt à le généraliser et à l'appliquer dans des cas similaires »³⁴⁹, c'est-à-dire qu'un discours utilisant des arguments *ad hoc* dont la justification ne va pas au-delà du cas spécifique ne sera pas rationnel. La règle de généralité implique d'abord qu'il faut accepter les conséquences de la règle, bien qu'elles soient contraires à la propre position, et d'autre part que les conséquences d'une norme qui répond aux intérêts d'une personne doivent être acceptables pour toutes les autres³⁵⁰.

³⁴¹ Ibidem, p. 262. (Traduction libre)

³⁴² Idem.

³⁴³ ALEXY, Robert. « Two of Three? ». Dans : « On the Nature of Legal Principles », Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010. p. 14. (Traduction libre)

³⁴⁴ Ibidem, p. 15. (Traduction libre)

³⁴⁵ Ibidem, p. 18. (Traduction libre)

³⁴⁶ Ibidem, p. 15. (Traduction libre)

³⁴⁷ ALEXY, « *Teoría de la Argumentación...* », *Op. Cit.*, pp. 36-37. (Traduction libre)

³⁴⁸ Ibidem, p. 36. (Traduction libre)

³⁴⁹ GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 78-79, en citant à: AULIS AARNIO. *The Rational is Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, p. 198.

³⁵⁰ FETERIS, *Op. Cit.* p. 199. (Traduction libre)

Comme PERELMAN, l'universalisation est ici la base de toute argumentation rationnelle³⁵¹, idée qu'on partage ici, ainsi que l'invitation faite par l'auteur de briser les cas dans leurs « éléments de base » pour trouver une « clé analogique » et donc vérifier la similitude entre eux et justifier pourquoi certains éléments sont considérés comme pertinents ou méritent un certain poids³⁵². Cependant, il doit se distancer de quelques-unes des bases d'AARNIO, à savoir la notion restrictive de l'« interprétation »; l'idée de l'argumentation comme une chaîne de syllogismes sans relations syllogistiques internes entre elles³⁵³; l'existence d'une réponse correcte; et l'inclusion de la justification interne dans le processus de justification externe³⁵⁴.

Le professeur écossais Neil MACCORMICK considère également que le raisonnement juridique est une sorte de raisonnement pratique. Pour lui, le raisonnement pratique est la justification ou la raison qui permet d'établir ce qui est juste à faire dans des situations de choix³⁵⁵. En outre, il préconise une *pertinence mutuelle* entre l'interprétation et l'argumentation³⁵⁶, l'interprétation étant comprise dans l'argumentation juridique qui, à son tour, appartient au domaine plus large de raisonnement pratique.³⁵⁷

Cependant, il y a deux grandes objections à faire à la théorie de MACCORMICK, à savoir : (i) l'importance accordée à la justification déductive dans des *cas faciles* (absolue) et même dans les *cas difficiles* (importance relative, parce que la justification déductive procède seule après la résolution de problèmes d'interprétation) ; et (ii) son idée que la différence entre les processus de raisonnement à partir de textes juridiques et à partir de précédents n'est pas de type, mais tout au plus, de degré³⁵⁸. MACCORMICK reconnaît que les textes légiférés ont une forme verbale fixe et déterminée qui force à les interpréter de manière cohérente avec une telle forme linguistique, restriction qu'il ne considère pas existante dans l'interprétation des précédents, puisque les mots utilisés par le juge dans le cas précédent ne sont pas le *ratio*, qui est fait uniquement par la proposition de loi (« *proposition of law* »)³⁵⁹. Il reconnaît aussi que, si la législation est obligatoire en elle-même, sans l'appui des arguments de principe, le respect des décisions judiciaires est dû à la force et à la nature persuasive des arguments qui le justifient³⁶⁰.

De plus, l'auteur minimise ces différences de « degré » au motif que: (i) il y a une présomption contre des explications ou des interprétations invraisemblables de la règle du précédent³⁶¹; (ii) un texte législatif qui, d'après le tribunal, n'a pas les principes sous-jacents,

³⁵¹ AARNIO, Aulis. "Le rationnel comme raisonnable: La justification en droit", (Trad. par Geneviève Warland), E. Story-Scientia, Bruselas, 1987. p. 243. (Traduction libre)

³⁵² AARNIO, *Op. Cit.* pp. 159-161. (Traduction libre)

³⁵³ Ibidem, p. 152. (Traduction libre)

³⁵⁴ Ibidem, pp. 149-150. (Traduction libre)

³⁵⁵ MACCORMICK, Neil, « *Legal Reasoning and Legal Theory* », Clarendon Law Series, 1995 (1ère impression en 1978), New York, p. xii. (Traduction libre)

³⁵⁶ CHIASSONI, Pierluigi. « Técnicas... ». *Op. Cit.* p. 156. (Traduction libre)

³⁵⁷ MACCORMICK, Neil. « Argumentation and Interpretation in Law », *Ratio Juris*, 6, 1993, p. 20.

Cité par: CHIASSONI, « Técnicas... » *Op. Cit.*, p. 157. (Traduction libre)

³⁵⁸ MACCORMICK, « *Legal Reasoning...* », *Op. Cit.* p. 213. (Traduction libre)

³⁵⁹ Ibidem, p. 221. (Traduction libre)

³⁶⁰ Ibidem, pp. 222-223. (Traduction libre)

³⁶¹ Ibidem, p. 222. (Traduction libre)

sera probablement soumis à une interprétation restrictive, en particulier s'il interfère avec les principes de droit commun³⁶²; et (iii) le processus et la base de l'interprétation restrictive des textes légiférés sont similaires à ceux qui permettent l'explication restrictive et la distinction des précédents, avec une différence simplement « de degré » concernant la plus grande liberté du juge de réécrire un précédent qu'il estime contraire à un principe ou dont les conséquences semblent inacceptables.³⁶³ Cette approche, comme expliqué dans les pages précédentes, ne correspond pas à la réalité, étant donné que les processus de raisonnement à partir de textes juridiques et de précédents ont des différences structurelles ou de type.

TITRE II BASES ET CONDITIONS D'UNE THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

Comme prévu, il faut abandonner le scepticisme traditionnel sur la possibilité de développement théorique en Amérique latine. On essaiera, par contre, une participation périphérique dans ce débat intéressant³⁶⁴.

Pour résoudre la situation juridique insatisfaisante et faire avancer la construction de la théorie locale du précédent judiciaire pour le contentieux administratif, il faut renoncer à toute tentative de reconstruire le processus psychologique qui conduit le juge à une décision particulière. Une recherche autonome de ce type, selon EZQUIAGA, n'aurait aucun sens³⁶⁵.

CHAPITRE I- Bases théoriques de la théorie locale du précédent judiciaire

1. Fondements conceptuels

Tout d'abord, aux fins de cette recherche, un concept large d'« interprétation » est adopté, qui est toute attribution de sens à un texte ou un énoncé normatif, même quand il n'y a aucune raison de douter (GUASTINI).

Comme prévu dans l'introduction (Section 6), la définition de précédent judiciaire à utiliser est la suivante: **le précédent est « le critère juridique, principe ou fondation qui justifie une décision qui est utilisée comme une source légale afin de résoudre des cas futurs » (GASCON³⁶⁶) et, de plus, il intègre également les faits matériels du cas (pas leur description) dont la décision donne lieu à ce critère.** L'élément ici ajouté approche la définition de GASCÓN de celle de GOODHART, qui comprend le *holding* ou *ratio decidendi* d'un jugement en tant que le principe juridique qui détermine le résultat de la décision du tribunal en conformité avec les faits matériels³⁶⁷.

³⁶² Ibidem, p. 223. (Traduction libre)

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ LÓPEZ, « Teoría Impura... », *Op. Cit.*, p. 18. (Traduction libre)

³⁶⁵ EZQUIAGA, Francisco Javier. « Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional ». Pp. 157 - 186. Dans: VAZQUEZ, *Op. Cit.* pp. 161-162. (Traduction libre)

³⁶⁶ GASCÓN, *Op. Cit.* p. 68. (Traduction libre)

³⁶⁷ GOODHART, A. « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *Yale Law Journal*, p. 169. Cité par: MAGALONI. *Op. Cit.* p. 92. (Traduction libre)

Cette définition du « précédent » a les conséquences suivantes: (i) Les « faits matériels » sont inclus dans le *ratio decidendi* et donc dans toute tentative de raisonnement avec les précédents, au point que le niveau de généralité de la règle de décision dépendra de la quantité de faits qui ont été considérées comme « matériels »³⁶⁸; (ii) Contrairement à ce que dit SCHAUER, la généralité n'est pas une « condition nécessaire à l'existence d'une règle »³⁶⁹; (iii) Le *ratio* apparent et différent du *vrai ratio* selon les termes de CHIASSONI³⁷⁰ que le juge doit découvrir.

2. Prémisses idéologiques

Pour la construction de la théorie locale du précédent ...

- 2.1 Il faut rejeter le positivisme du XIXe siècle et même le « positivisme doux » de HART, c'est-à-dire, accepter que le droit ne consiste pas en une application mécanique des conséquences juridiques prévues dans les préceptes généraux, mais est « un processus continu de création de droit jusqu'aux instances d'application et de concrétisation »³⁷¹.

Ce premier fondement idéologique est nécessaire dans le domaine juridique, en particulier lorsque la Cour Constitutionnelle colombienne a elle-même expliqué les positions théoriques qui accompagnent sa doctrine du précédent par rapport à l'abandon de l'idée que le droit est une application mécanique des conséquences juridiques prévues dans les préceptes généraux, comme l'aspire la pratique juridique du début du XIXe siècle, marquée par le concept du Code. Pour la Cour, il s'agit par contre d'une pratique argumentative rationnelle à travers un processus d'harmonisation entre des règles différentes qui donnent diverses alternatives pour la décision du cas.³⁷²

D'après LÓPEZ, la Cour dans l'arrêt C-634 de 2011 adopte un approche « très contemporaine et quelque peu différente de la ligne réaliste / positiviste adoptée dans les arrêts C-335 de 2008 et C-539 de 2011 »³⁷³ : elle établit une distinction entre les concepts de précepte et de norme, elle reconnaît les caractéristiques de l'ambiguïté, l'imprécision, les lacunes et les contradictions qui exigent un processus continu de création du droit jusqu'à son application et sa concrétisation.³⁷⁴ LOPEZ conclut que le débat entre les traditionalistes et l'avant-garde n'est plus dominant dans la jurisprudence récente de la Cour Constitutionnelle, parce que « tout le monde semble être d'avant-garde ».³⁷⁵ La

³⁶⁸ MAGALONI, *Op. Cit.* p. 94. (Traduction libre)

³⁶⁹ SCHAUER, *Op. Cit.* p. 153. (Traduction libre)

³⁷⁰ CHIASSONI, « *La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional* », pp. 21-66; Dans: BERNAL et BUSTAMANTE (EDS.), « *Fundamentos Filosóficos...* », *Op. Cit.* pp. 34 - 35. (Traduction libre)

³⁷¹ LÓPEZ, « *Eslabones...* », p. 161. (Traduction libre)

³⁷² Cour Constitutionnelle, Arrêt C-634 d'août 24 de 2011, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. 8413

³⁷³ LÓPEZ, « *Eslabones...* », pp. 158-159. (Traduction libre)

³⁷⁴ Ibidem, p. 161. (Traduction libre)

³⁷⁵ Ibidem, p. 200. (Traduction libre)

Cour Constitutionnelle rejette aussi l'idée que d'après l'ambiguïté du texte juridique l'interprète a simplement le « pouvoir discrétionnaire » pour décider.

- 2.2 Il faut choisir les principes de justice et d'égalité, qui prévaudront sur les principes de continuité, de certitude et de prévisibilité du droit en cas de compétition³⁷⁶. Comme expliqué plus haut, le MAXIMALISME prend position en faveur des vertus de « la confiance, la certitude et la prévisibilité des résultats »³⁷⁷, « la stabilité pour la stabilité elle-même »³⁷⁸, l'économie de temps et d'efforts dans la prise de décision³⁷⁹ et la centralisation de la mise en œuvre de la procédure de décision par ceux ayant une formation spécialisée ou de l'éducation et sont donc mieux équipés pour évaluer certains facteurs.³⁸⁰ Tout cela fonctionne sans aucun doute au détriment de la justice dans le cas individuel. En effet, SCHAUER lui-même reconnaît que c'est « la prise de décision particulariste, plutôt que la prise de décisions fondée sur des règles, celle qui reconnaît toutes les similitudes pertinentes, assurant ainsi que les cas substantiellement similaires sont effectivement traités de manière similaire. [...] Par conséquent, il n'y a rien essentiellement *juste* dans la prise des décisions fondée sur des règles ». ³⁸¹

Eh bien, en cas de compétition entre ces deux ensembles de principes, la justice et l'égalité doivent prévaloir dans la théorie locale du précédent, pour les raisons exposées au TITRE II de la PARTIE II, et qui sont liées à la base constitutionnelle de la doctrine du précédent contraignant en Colombie.

Cependant, cela ne peut pas conduire à gaspiller les avantages découlant de l'« enchâssement » (*atrincheramiento*) en vertu du modèle des règles. La solution peut être d'enchâsser le résultat (et pas la justification) d'après certains faits matériels, parce que c'est le résultat qui fait partie du *ratio decidendi*. Ainsi, on gagne en sécurité et en certitude, parce que la simple existence de la règle rend obligatoire de parvenir à un certain résultat (enchâssement), quelles que soient les justifications sous-jacentes. Et ce régime apporte des avantages supplémentaires, dans la mesure où sa consécration particulariste évite les risques d'un enchâssement qui inclut trop ou trop peu³⁸².

Ainsi, l'autorité n'arrive jamais à exclure totalement les raisons de premier ordre, qui doivent toujours entrer dans un jeu délibératif de justification de la décision. Ainsi, les précédents ne sont pas des règles d'exclusion de second ordre dans le raisonnement pratique (pour une opinion contraire, voir RAZ).

- 2.3 L'idée que raisonner avec des précédents est différent de raisonner avec des textes juridiques (par exemple, des lois, des règlements) sera accepté. Les

³⁷⁶ MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63. (Traduction libre)

³⁷⁷ SCHAUER, *Op. Cit.* p. 200. (Traduction libre)

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 217. (Traduction libre)

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 210. (Traduction libre)

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 213. (Traduction libre)

³⁸¹ *Ibidem*, p. 199. (Traduction libre)

³⁸² *Ibidem*. p. 153. (Traduction libre)

étapes de concrétisation conduisant dès le texte normatif à la production de la norme, et à la production de la norme de décision, indiquent que le raisonnement avec des précédents a des caractéristiques distinctives. Lorsque le juge applique le précédent pour décider des cas futurs, il fait quelque chose de très différent de quand il applique un texte législatif (non interprété ou concrétisé) ou une règle générale et abstraite (concrétisée, mais pas individualisée dans une norme-décision en fonction des circonstances de l'espèce particulière à résoudre).

La norme-décision est, bien sûr, plus concrète que la règle juridique intermédiaire³⁸³. Dans le cas du précédent, s'il y a un texte normatif applicable (règle générale et abstraite), il aura été interprété avec « l'orientation aux faits »³⁸⁴, ce qui est une interprétation ou une signification particulière attribuée- pour le seul but de son application à un cas particulier. Il a également été « concrétisé » (MÜLLER, HESSE), et le processus de concrétisation n'a pas de retour.

- 2.4 Il faut accepter la possibilité de distinguer des cas sans écarter la force obligatoire du précédent. D'après SCHAUER, ce qui se passe en cas de distinction est l'introduction d'une exception à la règle, étant la distinction une forme de modifier la règle, de réduire sa portée qui, selon l'auteur, est égale au revirement du précédent contraignant.³⁸⁵ Cette approche n'est pas partagée ici, parce qu'il est possible que ce qui constitue une « distinction » soit simplement le résultat de considérer que le précédent n'est pas applicables à l'espèce en question, parce que les faits qui ont donné lieu au nouveau litige (C₂) tout simplement sont en dehors du champ d'application réglementaire de l'arrêt avec valeur de précédent (C₁), sans que cela signifie un revirement du précédent.
- 2.5 Le précédent sera conçu comme une « manifestation du principe kantien d'universalité dans le discours juridique pour les juges et les tribunaux », dont la réponse correcte est nécessaire pour des cas similaires.³⁸⁶ Par souci de cohérence et de la discipline judiciaire, il est souhaitable (et nécessaire) que le critère qui a été jugé juste pour un certain cas, puissent être appliqué dans les cas « similaires ». En effet, la Cour Constitutionnelle elle-même a lié la doctrine du précédent judiciaire au principe de l'universalité et à l'impératif catégorique, comme indiqué dans l'arrêt C-447 1997.

3. Bases de la théorie locale du précédent judiciaire proposée ci-dessus : fusion entre les éléments du Schéma d'Analogie d'ALEXYS³⁸⁷ et le raisonnement analogique de la théorie anglaise du stare decisis, mettant

³⁸³ MÜLLER, *Op. Cit.* p. 179. (Traduction libre)

³⁸⁴ GUASTINI, *Op. Cit.* pp. 36-37. (Traduction libre)

³⁸⁵ SCHAUER, F. « *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* », Clarendon Press, Oxford- Nueva York, reimpresión, 1992, p. 187. Cité par: MAGALONI, *Op. Cit.* p. 96. (Traduction libre)

³⁸⁶ GASCÓN, *Op. Cit.* p. 76. (Traduction libre) Voir aussi : R. Alexy et N. MacCormick.

³⁸⁷ Pour une opinion contraire, voir: BUSTAMANTE, « La Función de la Analogía... » *Op. Cit.*, p. 125. (Traduction libre)

l'accent sur l'universalisation des résultats et réservant la pondération pour les cas limite

- 3.1 Les raisons justifiant les règles sont indicatives de la pertinence des faits (ALEXY). Selon ALEXY, « les caractéristiques de A₁ et A₂ acquièrent leur pertinence du fait qu'ils sont liés aux raisons qui justifient les règles », raisons qui ont souvent le caractère de principes.³⁸⁸ Voici un point d'appui -bien qu'incomplet- pour la comparaison des similitudes et surtout des différences entre les cas. Par conséquent, même si la théorie locale du précédent sera axée sur l'application d'un résultat particulier, les raisons qui sous-tendent la règle ne perdent jamais de pertinence, raisons qui conditionnent la rationalité et la justification de l'application de ce résultat à un cas pour lequel il n'a pas été donné.
- 3.2 Le *ratio decidendi* est ce que le tribunal a décidé, pas les motifs de l'arrêt³⁸⁹. La théorie anglaise du *stare decisis*, s'incline vers la pratique et le concret et défend une présomption contre les principes larges. Pour GOODHART, le *holding* ou *ratio decidendi* d'une décision judiciaire est le principe juridique qui détermine le résultat de la décision du tribunal en conformité avec les « faits matériels »³⁹⁰. Ici la notion de « principe juridique » est utilisée pour se référer à un plus large éventail de critères ou de raisons juridiques soutenant la décision. En plus de ce qui précède, on peut emprunter au MINIMALISM la présomption contre les principes larges, ce qui sert de forme partielle ou imparfaite de contention judiciaire (« *judicial restraint* »)³⁹¹. On propose, puis, la production d'arrêts « superficiels » permettant d'éviter un débat plus profond pour arriver à des accords, même si ce sont des accords théoriquement incomplets (« *incompletely theorized agreements* »).

Donc, tout cela dans un jugement qui n'est pas nécessaire pour résoudre le cas est simplement *obiter dicta* dont la fonction est argumentative, et ne sera pas obligatoire pour les tribunaux.³⁹² Cela est ainsi parce que le juge ne peut parler avec autorité que de ce qui concerne le différend décidé et la décision prise.³⁹³ En Colombie, le principe de la cohérence et le manque d'une fonction judiciaire normative sont des facteurs qui obligent le juge du contentieux administratif à se limiter à résoudre ce qui est strictement nécessaire pour trancher le différend, en se concentrant sur les détails de l'affaire³⁹⁴. Comme tout ce qui dépasse les faits dépasse également la décision³⁹⁵, l'interprétation faite par le Conseil d'Etat d'une règle particulière dans l'abstrait ne crée pas un précédent et n'oblige pas les juges des tribunaux inférieurs dans les cas futurs, mais sera une simple doctrine ou *dictum*, parce qu'elle se fait sans égard à un cas particulier. Cela est également

³⁸⁸ ALEXY. « Two or Three? », p. 14. Cité par: BUSTAMANTE, « La Función... », Op. Cit. p. 137. (Traduction libre)

³⁸⁹ MAGALONI. Op. Cit. p. 94. (Traduction libre)

³⁹⁰ GOODHART, Op. Cit. p. 169. Cité par : MAGALONI, Op. Cit., p. 92. (Traduction libre)

³⁹¹ SUNSTEIN. « One Case... », p. x. (Traduction libre)

³⁹² PERRONE. Op. Cit., p. 190. (Traduction libre)

³⁹³ LLEWELLYN, Op. Cit., p. 43. (Traduction libre)

³⁹⁴ MAGALONI, Op. Cit., p. 120. (Traduction libre)

³⁹⁵ LLEWELLYN, Op. Cit., p. 45. (Traduction libre)

basé sur la compréhension du précédent juridique contraignant que le même Conseil d'Etat défend.

De ce qui précède il résulte que, comme le juge ne peut délivrer avec autorité que la règle pour le cas décidé, et non une règle plus large, le juge postérieure pourra toujours réexaminer un cas précédent, et pourra conclure que le différend que le juge précédente a résolu était beaucoup plus étroit.³⁹⁶

3.3 La pondération n'est appropriée que dans des cas extrêmes

On laissera de côté les idées d'ALEXY et de BUSTAMANTE sur l'impossibilité de comparer les cas sans aller à la pondération³⁹⁷ et sur la réduction de l'analogie juridique ou la comparaison des cas juste comme un développement judiciaire du droit à partir de la pondération³⁹⁸, respectivement. Dans le schéma proposé ici, quand la comparaison des cas C₁ et C₂ permet de conclure que la règle du précédent (Y₁) est applicable au cas actuel (c'est-à-dire, que les deux cas sont analogues, et en tant que tel, ne peuvent être *distingués*), le dilemme entre l'application ou le revirement du précédent peut se relever si le résultat est, par exemple, injuste, à condition que le tribunal ait le pouvoir de le révoquer. Si non, il y aura un retrait administratif ou jurisprudentiel, dérivé de l'absence de justification du résultat de la règle du précédent.

CHAPITRE II - Des Conditions Pratiques d'une Théorie Locale du Précédent

1. Conséquences pratiques de la notion stricte de « précédent judiciaire »

1.1 Le « vrai *ratio* » ne se trouve jamais dans les motifs (*rationnels*) de la décision avec force de précédent, mais dans ce que le juge précédent a fait ou décidé.

D'après GOODHART, le principe de la décision est dans la conclusion tirée par le juge sur la base des faits matériels et excluant les faits immatériels³⁹⁹, sans que les raisons ou considérations constituent la partie contraignante d'un précédent⁴⁰⁰. Les motifs permettent seulement de guider le prochain juge dans la détermination des faits qui ont été considérés comme importants⁴⁰¹.

Voici un moyen de surmonter les impasses dans lesquelles se trouvent habituellement ceux qui proposent que la construction du précédent doit commencer à partir de l'argumentation de l'arrêt. De tels obstacles sont causés, par exemple, par l'absence de consensus entre les membres du tribunal quant au choix des raisons de la décision, comme il arrive avec les *plurality decisions* de la Cour Suprême des Etats-Unis.⁴⁰² La voie trouvée par les magistrats de la Cour Suprême américaine et par les tribunaux inférieurs de respecter le précédent des

³⁹⁶ Ibidem, pp. 50-51. (Traduction libre)

³⁹⁷ ALEXY, « Two of Three? », *Op. Cit.* p. 18. (Traduction libre)

³⁹⁸ BERNAL et BUSTAMANTE, « Introducción », *Op. Cit.* p. 15 (Traduction libre)

³⁹⁹ GOODHART. p. 179. (Traducción libre)

⁴⁰⁰ GOODHART, A. « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *Yale Law Journal*, pgs. 164 et 165. (Traduction libre)

⁴⁰¹ Ibidem, p. 175. (Traduction libre)

⁴⁰² MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 151. (Traduction libre)

plurality decisions est précisément par ce que l'on appelle « *result stare-decisis* ». Autrement dit, le tribunal futur détermine la règle du précédent selon la méthode proposée par GOODHART, où les décisions plurielles sont considérées comme autorité pour les cas au point (*to the point*), à savoir, le tribunal ultérieure est forcé à obtenir le même résultat dans des cas avec le même ensemble de faits.⁴⁰³

Ainsi, l'exercice de chercher le *ratio decidendi* dans ce que le juge antérieur a décidé est ajusté à la façon dont la pratique judiciaire fonctionne. Cela, considérant que, en raison du peu de respect pour un précédent, même si le juge dans le cas antérieur a tenté d'adopter un jugement large et profond, la grande discrétion du juge futur de reclasser les fondements de l'arrêt entre *ratio decidendi* et *dictum* peut transformer l'arrêt en une décision minimaliste.⁴⁰⁴ Il y a aussi des cas communs où, au lieu de revirer le précédent, le juge décide de le réinterpréter de façon créative⁴⁰⁵.

- 1.2 Les opérations possibles avec la règle de précédent sont les suivantes : appliquer, étendre ou distinguer le précédent.

Un tribunal qui n'a pas le pouvoir de revirer un précédent, aura les alternatives suivantes : appliquer (*apply*) la règle du précédent dans le cas de deux litiges vraiment similaires ; étendre ou suivre (*follow*) le précédent quand, malgré les différences significatives entre les cas, le tribunal estime qu'elles ne justifient pas un traitement juridique différent ; et distinguer (*distinguish*) la règle, lorsque les différences entre les faits méritent un traitement distinct⁴⁰⁶.

- 1.3 L'application des techniques de l'interprétation textuelle au *ratio* déclaré ou apparent d'un arrêt d'unification jurisprudentielle n'auront que peu ou pas d'utilité

Cela, non seulement en raison des objections qui existent contre ces techniques, mais parce que le « vrai ratio » ne coïncide pas toujours avec celui qui a été annoncé ou déclaré par le juge dans le cas précédent (« ratio apparent ») et parce que, même en supposant qu'ils coïncident, les traits distinctifs du raisonnement avec des précédents forcent à considérer la norme dans sa version concrétisée (norme-décision), et pas seulement le texte législatif ou l'ordre exécutif appliqué dans ce jugement.

Les juges ne cherchent pas le sens du texte normatif « dans l'abstrait », tout comme les autres juristes (le doctrinaire, le professeur ou l'étudiant en droit). Au contraire, la question des juges est si un cas particulier tombe ou non dans le champ d'application d'une certaine norme⁴⁰⁷. En raison de cette interprétation « orientée vers les faits », le juge ne peut pas se limiter à l'interprétation textuelle, mais « exige, ensemble : a) l'interprétation des sources de droit, et b) la classification de l'hypothèse. À son tour, la classification de l'hypothèse suppose c) la vérification des faits de l'affaire ». ⁴⁰⁸

⁴⁰³ Ibidem, p. 152. (Traduction libre)

⁴⁰⁴ SUNSTEIN, «One case... », pp. 19-20. (Traduction libre)

⁴⁰⁵ Ibidem, pp. 20-21. (Traduction libre)

⁴⁰⁶ MAGALONI, *Op. Cit.* pp. 84 y 88. (Traduction libre)

⁴⁰⁷ GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 36-37. (Traduction libre)

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 37. (Traduction libre)

2. Conséquences pratiques du rejet du positivisme du XIXe siècle

- 2.1 Il faut renoncer à toute tentative de construire une « prémisses majeure » à partir de l'arrêt qui est le précédent (S_1).

Les maximalistes attribuent au juge la fonction de construire ou de développer une généralisation à partir du prédicat factuel, semblable à celle qui existe dans le cas des règles.⁴⁰⁹ Toutefois, cette procédure est inutile, étant donné que: (i) la généralité n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une règle, ou à sa généralisation, (ii) le raisonnement avec les précédents est différent du raisonnement avec des textes normatifs ; (iii) le juge seul peut s'exprimer avec autorité par rapport au différend décidé et à la décision prise ; et (iv) dans les théories de la logique classique de l'analogie, la conclusion va du particulier au particulier et, dans certains cas, également de l'universel à l'universel. Cela distingue cette procédure de la déduction (passage de l'universel au particulier) et de l'induction (passage du particulier à l'universel).⁴¹⁰ En outre, comme indiqué, la règle du précédent a déjà été « concrétisée » (MÜLLER, HESSE) ou « individualisée » (SCHMILL, COSSIO, KELSEN) et cette opération est irréversible. Il est donc impossible d'essayer de monter à un niveau plus élevé d'abstraction. Il ne faut donc pas « induire » de la décision précédente (Y_1) une règle abstraite qui puisse être reproduite car c'est la décision elle-même, et les faits, qui sont pertinents.

Il ne faut pas, non plus, que le juge antérieur établisse des règles générales et abstraites, ce qui limite le pouvoir réglementaire du juge et réduit son rôle à la simple résolution du différend connu, laissant de nombreuses affaires sans décision, dans le style du *minimaliste*.

Ainsi, le MINIMALISM ne participe pas à un programme ou à une théorie judiciaire, mais correspond au comportement réel des juges, qui doivent simplement décider un cas⁴¹¹. Cela évite que certains tribunaux, s'étant attribué le pouvoir de définir le droit objectif, fassent prévaloir ce rôle plutôt que la question spécifique face aux parties du processus⁴¹²

- 2.2 Il est faux de prétendre dériver la décision pour le nouveau cas (C_2) à partir d'une « règle générale », par voie de subsomption ou d'application

Par conséquent, il est inexact d'essayer de dériver la décision pour résoudre le cas (C_2) d'une sorte de « prémisses majeure », par voie de subsomption ou de l'application. Par contre, le précédent est interprété (ou déchiffré, déterminé, découvert) au moment de son application.

⁴⁰⁹ SCHAUER, « Las reglas en juego... », p. 245. (Traduction libre)

⁴¹⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. « Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico ». Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986. p. 78. En citant à Ulrich KLUG. (Traduction libre)

⁴¹¹ CAJAS SARRIA, Mario. « Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? », pp. 57-81. Dans: Universidad ICESI, « Precedente: Anuario Jurídico 2007 », Cali, p. 61. (Traduction libre)

⁴¹² TARUFFO, *Op. Cit.* p. 98. (Traduction libre)

Cela implique d'écartier des notions du *ratio decidendi* comme celle de ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR⁴¹³, qui conçoit le *ratio* comme « la règle ou principe de droit objectif, induite de la décision du tribunal, laquelle déclare ou confirme le Droit, et oblige les tribunaux de justice dans certaines limites données par la raison et la justice ». ⁴¹⁴

3. Les implications pratiques du précédent comme une forme de raisonnement analogique

3.1 Toute application du précédent judiciaire doit être accompagnée d'une analogie entre les cas⁴¹⁵.

Un trait caractéristique du MINIMALISM est le **raisonnement analogique**, ce qui réduit la nécessité de construire de grandes théories sorties de nulle part et, d'autre part, crée un fond fixe et partagé à partir duquel les juges peuvent travailler⁴¹⁶. La comparaison des cas consiste alors à comparer les faits pertinents des deux cas –sans opérations antérieures d'abstraction ou de généralisation à partir des faits-. Des faits (pas des règles) sont comparées, dans le degré de particularité dans lequel ils se trouvent, sans que cela puisse être étiqueté comme excessivement « particulariste » ou *minimaliste*, parce que les raisons sous-jacents aux décisions ne sont pas négligées.

Le processus d'analyse de cas fournit une plus grande flexibilité que le schéma des règles préétablies, grâce à l'autorité qu'a le juge futur pour apprécier ce qu'a fait ou pas le juge dans le cas précédent⁴¹⁷, et permet les avantages des accords théoriquement incomplets, de sorte que l'analyse se concentre sur la recherche de similitudes et des principes de bas niveau sur lesquels les différents secteurs peuvent se mettre d'accord⁴¹⁸.

Comme le raisonnement analogique est au centre du processus de droit commun⁴¹⁹ (qui se caractérise par son particularisme, son emphase sur les faits ⁴²⁰ et sa construction progressive), il n'y aura en Colombie de progrès vers un véritable système de précédent que si l'analogie entre les cas est intégrée.

Pour comprendre cette CONDITION PRATIQUE de la théorie locale du précédent, il faut préciser que le raisonnement analogique qui a lieu dans toute application du précédent est différent des autres opérations, comme:

a. L'Analogie Legis⁴²¹, qui est le modèle traditionnel de l'analogie dans les pays de droit continental. Cette institution peut être défini comme « une procédure argumentative

⁴¹³ ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A. « El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española », Dans : Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. XV, num 183, mayo 1948, p. 509. (Traduction libre)

⁴¹⁴ CALVO, *Op. Cit.*, p. 96. (Traduction libre)

⁴¹⁵ BERNAL et BUSTAMANTE, « *Introducción* », *Op. Cit.* p. 11. (Traduction libre)

⁴¹⁶ SUNSTEIN, « *One Case...* », *Op. Cit.*, p. 42. (Traduction libre)

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 43. (Traduction libre)

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 43. (Traduction libre)

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 49. (Traduction libre)

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 211. (Traduction libre)

⁴²¹ MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 111. (Traduction libre)

qui permet de déplacer la solution envisagée pour un cas particulier à un autre, non réglementée par l'ordre juridique, mais qui ressemble au premier en ce qu'ils partagent certaines caractéristiques essentielles ou [...] la même raison (eadem ratio). »⁴²² C'est, par conséquent, une procédure différente du raisonnement analogique, puisque celui-ci n'a pas comme point de départ l'absence d'une règle pour décider un cas, mais précisément l'existence d'un précédent potentiellement applicable à un cas d'espèce.

- b. L'Analogie Juris, expression utilisée depuis le milieu du XVIIIe siècle pour se référer à la procédure générale pour combler les lacunes, laquelle prend postérieurement un sens plus restreint (la procédure pour combler les lacunes, non à partir d'une loi -comme avec l'analogie legis- mais à partir des principes généraux du droit)⁴²³.
- c. L'extension analogique qui vient quand, après le raisonnement analogique, le décideur considère que l'affaire à résoudre (C_2) n'est pas régie par un précédent, mais décide encore « étendre » par analogie le précédant au nouveau cas, en éliminant les différences et en faisant prévaloir les similitudes. Cette opération est plus proche de la procédure *analogie legis* (a).

3.2 La représentation de GOODHART est seulement le point de départ.

Si l'opérateur juridique colombien utilisait les paramètres de la théorie GOODHART, il devrait faire quelques ajustements en fonction de la culture juridique locale et des besoins des CPACA, ainsi :

- a. En réduisant la puissance excessive que GOODHART attribue au juge qui produit l'arrêt avec valeur de précédente (S_1), qui est une personne différente de celle qui devrait le construire pour résoudre son propre cas (S_2).
- b. En introduisant la raison juridique ou justification dans l'étape de comparaison de cas, c'est-à-dire dans le *test de pertinence* ou d'importance. Cet ajustement découle des critiques de la théorie de GOODHART faits par CROSS, HARRIS et SUNSTEIN. D'après CROSS et HARRIS, pour connaître la règle du précédent et pour prévoir ses futures applications, il ne suffit pas de savoir quels sont les faits matériels et le résultat obtenu comme le dit GOODHART. Il faut en plus savoir pourquoi certains faits ont été considérés comme matériels, ce qui veut dire qu'il est nécessaire d'analyser les raisons (justification) qui expliquent le résultat obtenu.⁴²⁴ Ainsi, l'introduction de la raison juridique permettra au juge futur (J_2) de choisir entre les faits de l'affaire précédente ceux qu'il (J_2) considère pertinent. En effet, SCHAUER lui-même reconnaît l'importance des raisons, quand il dit « lorsqu'une règle est présentée pour la première fois comme incertaine, il semble incontestable de regarder d'abord les justifications sous-jacentes. »⁴²⁵

⁴²² ATIENZA, *Op. Cit.* p. 29. (Traduction libre)

⁴²³ Ibidem, pp. 40-41. (Traduction libre)

⁴²⁴ MAGALONI. *Op. Cit.* pp. 102-103, en citant à SUNSTEIN, « Legal Reasoning and Political Conflict », cit. p. 11. (Traduction libre)

⁴²⁵ SCHAUER, Frederick. « Las reglas en juego... », *Op. Cit.*, p. 287. (Traduction libre)

- c. En accordant une attention particulière à l'analyse des différences plutôt qu'à l'analyse des similitudes entre les cas.
- d. En surveillant la mise en œuvre du résultat Y_1 au cas C_2 . Cette application du résultat Y_1 (pas du principe, du critère ou de la raison juridique) sera justifiée dans le cas C_2 seulement s'il existe une raison juridique commune pour les conséquences des cas C_1 et C_2 . Cela garantit que les conséquences de l'application de la règle du précédent ne soient pas laissées au hasard, et empêche de tomber dans le particularisme excessif. Ainsi, avec le déplacement de l'analyse des raisons de fond ou des principes de base à un stade ultérieur du raisonnement judiciaire, il est possible de résoudre (ou au moins de nuancer) la tension entre la continuité (règles) et le changement (standards).

Par conséquent, il ne faut pas aller à la casuistique stricte, où les standards prévalent avec son langage substantialiste et où « le tribunal qui établit le précédent vise à conférer une grande marge de liberté pour que le tribunal futur, à la lumière des circonstances de fait de la nouvelle question à résoudre, puisse décider comment ajuster sa décision au précédent qui l'oblige. »⁴²⁶

Étant donné (i) que le raisonnement avec des précédents est une forme « spéciale » de raisonnement juridique, et (ii) qu'aucune des principales doctrines du précédent peuvent être appliquées *in toto* pour déterminer et appliquer le précédent judiciaire contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat en Colombie, on a déjà démontré la **NÉCESSITÉ** d'une théorie du précédent pour la Colombie. En outre, l'examen des différentes positions épistémologiques a permis de déterminer les **CONDITIONS** générales et les **BASES** théoriques de la théorie pour le cas colombien, points de départ de la deuxième partie de cette thèse.

⁴²⁶ MAGALONI, *Op. Cit.* p. 139. (Traduction libre)

PARTIE II- THÉORIE LOCALE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

À partir des fondements théoriques et des conditions pratiques déjà mentionnées, cette DEUXIÈME PARTIE va tenter de construire une théorie locale du précédent judiciaire qui permettra aux tribunaux de contentieux administratif et aux autorités administratives en Colombie de déterminer et de mettre en œuvre rationnellement le « précédent judiciaire » contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat pour trancher des questions portées à son attention. Ainsi, à partir du concept de précédent *stricto sensu* déjà expliqué et des contributions doctrinales qui, en Colombie, ont été apportées par l'académie et la Cour Constitutionnelle, en particulier sur le caractère obligatoire de la jurisprudence, les conséquences de la notion stricte du précédent ici adoptée seront abordées, précisant quel genre d'arrêts sont inclus dans cette catégorie et le degré de la nature contraignante qu'ils représentent pour les autorités judiciaires et administratives. Enfin, les éléments structurels de la théorie locale du précédent du contentieux administratif seront présentés, y compris ses prémisses contextuels et son mode d'application.

TITRE I - UN NOUVEAU CONCEPT DE PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

CHAPITRE I Principales approches sur le précédent judiciaire en Colombie

Toute étude sur le précédent judiciaire en Colombie doit reposer principalement sur la doctrine des auteurs qui se sont penchés sur la question du précédent judiciaire en général. Les analyses qui suivent démontrent que lorsque la Colombie a adopté quelques éléments de la théorie transnationale du droit (TTD) des centres de production juridique⁴²⁷, elle n'a pas pris les techniques et bases juridiques qui accompagnent de telles théories. C'est plutôt un amalgame d'éléments caractéristiques des doctrines en vigueur dans les centres de production, des copies fragmentaires de modèles théoriquement incomplets.

1. Interdiction constitutionnelle du précédent judiciaire (TAMAYO, YEPES ET JARAMILLO)

TAMAYO critique la structure argumentaire de la Cour Constitutionnelle, avec une attention singulière sur l'arrêt C-836/01, autour d'un concept relatif à « L'empire de la loi » comme seule source juridique d'une décision judiciaire.⁴²⁸ D'après cet auteur, la doctrine constitutionnelle sur la nature contraignante du *ratio decidendi* de certains arrêts de la Cour Constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour Suprême de Justice négligent la « clarté » de l'article 230 de la Constitution, ce qui donne à la jurisprudence le caractère de source subsidiaire de droit⁴²⁹. Cela parce que la loi ne peut pas être, en même temps, une source obligatoire et une source auxiliaire de l'activité judiciaire, alors, la doctrine qui défend cette position est une « fusion logiquement impossible ».⁴³⁰

⁴²⁷ LÓPEZ, « Teoría Impura... », *Op. Cit.*, Chapitre 1. (Traduction libre)

⁴²⁸ YEPES ARCILA, Hernando. « Prólogo ».. pp. XIII- XL. Dans: TAMAYO JARAMILLO, Javier et JARAMILLO J. Carlos Ignacio. « El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia ». Ibáñez, Bogotá, 2012. p. XXII. (Traduction libre)

⁴²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. « Parte I: El Precedente Judicial: ¿Obligatorio? ». pp. 1- 173. Dans: TAMAYO et JARAMILLO, *Op. Cit.* p. 3. (Traduction libre)

⁴³⁰ Ibidem, p. 9. (Traduction libre)

Le constituant a estimé qu'un système de droit écrit -et non l'un des précédents- garantit l'égalité de tous devant la loi.⁴³¹ Par conséquent, dit TAMAYO, pour assurer la pleine égalité de tous devant la loi, ce qu'il faut faire est chercher la plus grande similarité sémantique entre la norme qui n'a pas été interprétée par la Cour et la norme interprétée⁴³². Sinon, le précédent obligatoire rend les juges de rang inférieur de simples automates de la volonté des hauts tribunaux⁴³³, devenant « la bouche de la Cour »⁴³⁴.

C'est, comme on le voit, une approche fragmentaire et excessivement simpliste du champ d'application de l'article 230 de la Constitution, laquelle ne fait pas de distinction entre la règle judiciaire et le texte normatif, comme si le processus rationnel derrière l'application de l'un et de l'autre était pourrait être assimilés. Cette idée, comme il a été expliqué, n'est pas partagé ici (voir Titre II, Chapitre II, Section 2 de la PARTIE I).

Dans ce cadre conceptuel et idéologique, TAMAYO conclut que les lois 1395 de 2010 et 1437 de 2011, régulant le précédent contraignant, ne sont pas convenables ou constitutionnelles, parce qu'elles ont légalisé toute cette construction jurisprudentielle.⁴³⁵ Cependant, les vices que TAMAYO attribue à la doctrine du précédent contraignant sont attribuables, presque entièrement, à l'idée que lors de la création du précédent, le juge crée la règle qui devra être interprétée par référence à la méthode littérale d'interprétation, et qui devra être appliquée d'une manière syllogistique et déductive. La théorie locale du précédent du contentieux administratif proposé ici tente de surmonter ces conceptions continentales et textuelles du précédent.

YEPES et JARAMILLO sont situés dans la même veine, de ceux qui approchent le précédent d'un façon textuelle et historique, essayant d'analyser et déchiffrer le sens original de la Constitution de 1991 pour y trouver la réponse à propos de la valeur que ont (ou doivent avoir) les décisions judiciaires.

D'après les discussions à l'Assemblée Nationale Constituyente, YEPES conclut que l'article 230 de la Constitution a résulté d'un certain nombre de changements « (anti) techniques »⁴³⁶ et qu'il n'y a aucune raison d'assurer que, en respectant la Constitution, le juriste peut donner à la jurisprudence le traitement de source de droit et lui attribue une force contraignante.⁴³⁷

Par ailleurs, selon JARAMILLO, l'article 230 est en contradiction flagrante avec l'article 235 de la Constitution, qui attribue à la Cour Suprême la fonction d'agir comme une cour de cassation et, par conséquent, de poursuivre l'unification de la jurisprudence, laquelle n'a guère été atteinte si la jurisprudence a seulement une nature accessoire⁴³⁸. Il conclut donc que le rôle de la jurisprudence va au-delà d'un simple instrument auxiliaire, en particulier

⁴³¹ Ibidem, p. 10. (Traduction libre)

⁴³² Ibidem, p. 39. (Traduction libre)

⁴³³ Ibidem, p. 5. (Traduction libre)

⁴³⁴ Ibidem, p. 110. (Traduction libre)

⁴³⁵ Ibidem, p. 161. (Traduction libre)

⁴³⁶ YEPES, *Op. Cit.*, p. XXIX. (Traduction libre)

⁴³⁷ Ibidem, p. XXXI. (Traduction libre)

⁴³⁸ JARAMILLO J. Carlos Ignacio. « Segunda Parte: Papel y valor asignados a la Jurisprudencia ». pp. 175- 293. En: TAMAYO et JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 250. (Traduction libre)

dans le champ de la cassation, où son but est l'unification.⁴³⁹ Comme TAMAYO, il considère que l'interprétation raisonnable de l'article 230 de la Constitution empêche de donner à la jurisprudence une nature totalement contraignante.⁴⁴⁰ Il essaie, par contre, de déchiffrer le sens originel de la constitution dans son ensemble⁴⁴¹ et il considère par conséquent que le système de la jurisprudence reste libre ou simplement indicatif, avec des exceptions.

En ce qui concerne le Code de Procédure Administratif et du Contentieux Administratif, JARAMILLO dit simplement que le Code s'occupe de donner plus de force au précédent judiciaire en matière administrative ou à l'égard des autorités administratives ou des juges⁴⁴², mais ne traite pas de la compatibilité ou de l'incompatibilité des institutions du CPACA avec la Constitution.

Comme indiqué, ces auteurs tentent de déchiffrer le « sens originel » de la Charte, soit par rapport aux débats de l'Assemblée Nationale Constituante, soit par rapport au texte d'un ou plusieurs articles de la Constitution, niant son caractère vivant et toute possibilité que le contenu en dehors du texte adopté puisse être incorporé dans la Constitution. Cependant, en dépit de l'interprétation littérale ou textuelle de l'article 230 Supérieur, il y a d'autres principes ou valeurs constitutionnels qui ont conduit la Cour Constitutionnelle et, surtout, la doctrine juridique colombienne à reconnaître et à défendre le caractère obligatoire du précédent et même à lire l'article 230 Supérieur comme une référence à un concept plus large qui inclut l'obéissance à l'ordre juridique, à savoir : les principes d'égalité, de bonne foi et de sécurité juridique, ainsi que la nécessité de matérialiser la règle de l'universalité.⁴⁴³

2. La compatibilité entre l'utilisation contemporaine de la jurisprudence constitutionnelle et le paramètre constitutionnel

2.1 L'optimisme historique et la tradition continentale du précédent (HENAO)

D'après Juan Carlos HENAO, le droit administratif colombien -par opposition aux régimes à création majoritairement jurisprudentielle, tels que le droit administratif français- a été moulé par des lois comme la loi 27 de 1904, la loi 130 de 1913, la loi 167 de 1941, le décret-loi 01 de 1984, le décret-loi 2304 de 1989, la loi 489 de 1998 et la loi 1437 de 2011.⁴⁴⁴ Pourtant, il estime que la juridiction contentieuse administrative a créé du droit à partir des précédents pendant les cent dernières années.

Ainsi, contre ceux qui trouvent dans les lois 1395 et 1437 l'origine du précédent du contentieux administratif en Colombie, il fait valoir que la Cour Constitutionnelle elle-même a reconnu son existence dans l'arrêt C-836/01, n'étant pas nécessaire que le législateur

⁴³⁹ Ibidem, p. 184. (Traduction libre)

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 197. (Traduction libre)

⁴⁴¹ Ibidem, p. 187. (Traduction libre)

⁴⁴² Ibidem, pp. 194-195. (Traduction libre)

⁴⁴³ Voir l'arrêt T-775 de 2014 de la Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva. (Traduction libre)

⁴⁴⁴ HENAO, Juan Carlos. « *La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando Derecho a partir de precedentes jurisprudenciales* ». pp. 243 – 269. Universidad Externado de Colombia, 2014. Dans: MONTAÑA PLATA, Alberto *et al.* « 100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo ». p. 245-246. (Traduction libre)

reconnaisse et approuve la source du droit. Par conséquent, il comprend que le caractère normatif de la jurisprudence a son origine dans la jurisprudence datant du XIXe siècle et n'est donc pas étrange à notre pratique juridique.⁴⁴⁵

Cette déclaration n'est pas partagée ici pour les raisons qui suivent :

1. HENAO part d'un concept vaste de précédent, détaché de sa force obligatoire pour les cas futurs et de l'analogie factuelle, notion contraire à celle qui est admise dans cette thèse.
2. HENAO n'analyse pas la force obligatoire de ces décisions pour les cas futurs, et non plus le devoir d'argumentation du juge futur qui décide de se séparer d'elles.
3. L'auteur inclut dans le concept de précédent les échecs erratiques, à condition qu'ils soient créateurs de règles pour résoudre les cas. Par conséquent, il conclut que la « jurisprudence administrative » a eu un rôle créateur (plutôt que se limitant à reproduire des normes légales) en ce qui concerne la légalité et, en particulier, en matière de responsabilité de l'Etat, une zone qui a été « de création purement jurisprudentielle ».⁴⁴⁶

Donc, à partir de ce concept très large de précédent judiciaire, loin de la notion de *stare decisis*, il néglige que ce qui est étrange à la pratique et à la tradition colombienne n'est pas la possibilité que la jurisprudence guide l'interprète comme critère auxiliaire ou persuasif, ni la fonction doctrinale ou de systématisation du droit des tribunaux, en particulier des hauts tribunaux (RIVERO).⁴⁴⁷ Ce qui est vraiment étrange à la tradition continentale est la reconnaissance et la nature obligatoire du précédent pour résoudre des cas similaires dans le futur.

2.2 Jurisprudence « interprétative »

Depuis quelque temps, la Cour Suprême de Justice a justifié le rôle unificateur de la cassation, concevant la jurisprudence comme un outil « au fin de faire des interprétations judiciaires de certains sujets, beaucoup d'entre eux liés à des lacunes juridiques ou à la simple herméneutique normative ». ⁴⁴⁸ Cette tradition, liée à la compréhension *textuelle* de l'article 230 de la Constitution, déjà mentionné, est situé à la base de la position la moins ouverte vers le précédent ou vers la force obligatoire de la jurisprudence.

Cela rappelle la fiction sur laquelle la théorie déclaratoire du précédent a été construite, qui était en vogue en Angleterre jusqu'en 1966. D'après la théorie déclaratoire, « le juge ne crée pas le droit, mais il le découvre dans l'univers déjà existant » ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Ibidem, pp. 250 – 251. (Traduction libre)

⁴⁴⁶ Ibidem, pp. 251. (Traduction libre)

⁴⁴⁷ RIVERO, *Op. Cit.*, p. 99.

⁴⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. « Sentencia del 31 de enero de 2005 », Exp. 7872.

⁴⁴⁹ LAPORTA, Francisco J. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente". pp 11-42.

Dans: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. "El carácter vinculante de la jurisprudencia", Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009. pp. 87-88.

Selon l'arrêt T-292 de 2006 de la Cour Constitutionnelle, l'identification correcte du *ratio* permet au juge ou à celui en charge d'appliquer un arrêt d'« être fidèle à une certaine interprétation constitutionnelle » et en matière de tutelle, le rôle de la Cour Constitutionnelle est de « normaliser l'interprétation constitutionnelle des droits fondamentaux ». ⁴⁵⁰

De tels arguments ont conduit un secteur de la doctrine à dire que la loi 1437 de 2011 ne modifie en rien le système colombien des sources du droit, parce que ce qui vaut dans chaque cas est la constitution ou la loi, et non l'arrêt lui-même. Cette position, assez confortable, est fondée sur le libellé des articles 10 et 102 du CPACA. Ce dernier enchâsse, dans son quatrième paragraphe, que d'après une demande d'extension des effets de l'arrêt d'unification jurisprudentielle, « L'autorité décidera sur la base des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires applicables et en tenant compte de l'interprétation des faits dans l'arrêt d'unification invoqué... ». Dans cette perspective, la jurisprudence conserverait le caractère de critère auxiliaire d'interprétation.

Dans l'affaire C-634 de 2011, la Cour Constitutionnelle a jugé que l'obligation d'assurer une application uniforme des règles et de la jurisprudence par les autorités (article 10 de CPACA) les oblige à prendre en compte non seulement les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat, mais aussi, de préférence, les décisions de la Cour Constitutionnelle **interprétant les dispositions constitutionnelles applicables** à la résolution des questions de sa compétence et les jugements sur contrôle constitutionnel abstrait. ⁴⁵¹

Par l'arrêt C-816 de 2011, la Cour Constitutionnelle a déclaré que les autorités, en étendant les effets des arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat à d'autres sujets (article 102 de CPACA) doivent se conformer de préférence à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle qui interprètent les règles constitutionnelles applicables aux questions de sa compétence.

Dans l'arrêt C-179 de 2016⁴⁵², la Cour a dit que la fonction des juges ne se limite pas à une simple application mécanique de la loi, mais à un exercice permanent d'interprétation de l'ordre juridique qui consiste essentiellement à déterminer quelle est la règle de droit applicable à l'espèce et les effets qui en découlent.

Même si la fonction syllogistique est refusée, la Cour dit dans le même arrêt que « à la suite de l'œuvre d'unification, il a été considéré que la valeur des décisions des hauts tribunaux a pris force obligatoire de précédent, alors les décisions antérieures sont érigées en une sorte de règle générale pour le règlement ultérieur de cas similaires »⁴⁵³, une position qui a été rejetée ici.

Tout cela signifie : (i) l'existence d'un texte normatif susceptible d'interprétation dans le cas concret ; et (ii) l'application directe du texte, et non pas de l'arrêt, étant celui-là le seul qui projette sa force pour la résolution de l'affaire.

⁴⁵⁰ Cour Constitutionnelle, Magistrat Manuel José Cepeda Espinosa, « Arrêt T-292 du 2006. » Exp. T-1222275. (Traduction libre)

⁴⁵¹ Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva, « Arrêt C-634 du 24 Août, 2011 », exp. D-8413. (Traduction libre).

⁴⁵² Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Guillermo Guerrero Pérez, « Arrêt C-179 du 2016 », D-10973. (Traduction libre)

⁴⁵³ Ibidem.

Cependant, les affaires comme l'arrêt C-588 de 2012⁴⁵⁴ de la Cour Constitutionnelle, l'arrêt du 15 Décembre 2015 de la cinquième section du Conseil d'Etat⁴⁵⁵ et l'arrêt du 18 Janvier 2016 de la deuxième section du Conseil d'État⁴⁵⁶, étant analysées ensemble et face aux dispositions de CPACA régissant la portée et l'effet de ces arrêts d'unification jurisprudentielle, révèlent que de telles décisions sont beaucoup plus que des guides d'interprétation pour les juges et les autorités administratives. Ce qui existe est un véritable **précédent judiciaire**. Sa puissance de liaison (plus que d'autres arrêts du même Conseil) est garanti grâce aux instruments juridiques efficaces de sorte que son champ d'application transcende le langage timide du CPACA et l'objectif qui aurait été poursuivi par ses rédacteurs.

Compte tenu de ce qui précède, la re-conceptualisation des sources du droit qui a eu lieu au cours des dernières décennies est indéniable, une question qui concerne le chapitre suivant. En effet, l'article 230 de la Constitution a non seulement été interprété pour intégrer la jurisprudence comme source de droit, mais a aussi été accepté et bien accueilli par les lois 1395 et 1437, conduisant à une mutation constitutionnelle dans le système colombien de sources de droit.

2.3 Reconfiguration des sources du droit (LÓPEZ, QUINCHE, SANTOFIMIO)

En 2000 est apparue comme dominante dans la culture juridique colombienne la théorie de LÓPEZ MEDINA, qui a proposé l'outil d'analyse de la jurisprudence de plus large acceptation en Colombie : la ligne jurisprudentielle. L'auteur propose de construire, pour chaque ligne, une « théorie juridique complète (narration) des interrelations des diverses décisions judiciaires pertinentes »⁴⁵⁷ aux fins de déterminer la règle jurisprudentielle.

Ce modèle, qui est encore valable pour LÓPEZ⁴⁵⁸, a été conçu précisément pour le juriste colombien. Cependant, une analyse minutieuse des bases et de la méthodologie de LÓPEZ révèle leur désaccord avec les besoins actuels de la juridiction administrative dans la tâche de déterminer et d'appliquer le précédent contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle que profère le Conseil d'Etat. Par conséquent, ces critères sont insuffisants en ce qui concerne la résolution des problèmes venant à la connaissance du juge administratif ou d'une autorité administrative quand un arrêt d'unification jurisprudentielle est invoqué ou appliqué.

LÓPEZ propose une vue incomplète et fragmentaire de la doctrine du précédent judiciaire, qui n'est pas applicable au champ du contentieux administratif pour les raisons exposées ci-dessous :

⁴⁵⁴ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre)

⁴⁵⁵ Conseil d'État, 5^{ème} Section, « Arrêt du 15 Décembre, 2015 », Magistrat Carlos Enrique Moreno Rubio, exp. 11001-03-15-000-2015-01515-01(AC). (Traduction libre)

⁴⁵⁶ Conseil d'État, 2^{ème} Section, Subsection B, Magistrat Gerardo Arenas Monsalve, « Arrêt du 18 Janvier, 2016 », Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC). (Traduction libre)

⁴⁵⁷ LÓPEZ, « El Derecho de los Jueces », *Op. Cit.*, pp. 139-140. (Traduction libre)

⁴⁵⁸ LÓPEZ, « Eslabones... », *Op. Cit.*, p. 6. (Traduction libre)

- (i) **La théorie et la méthodologie de la « ligne jurisprudentielle » a été conçu pour l'analyse des arrêts de constitutionnalité et de *tutelle*** émis par la Cour Constitutionnelle, et pas pour l'analyse des jugements de la juridiction contentieuse administrative. Et cela parce que, au moment où LÓPEZ produit sa théorie, la Cour Suprême de Justice et le Conseil d'Etat tendaient à utiliser leurs arrêts antérieurs selon le modèle de la jurisprudence indicative - favorisant le rôle de la loi dans la définition des cas-, tandis que la Cour Constitutionnelle le faisait selon le modèle de précédent contraignant -où la règle jurisprudentielle a une place centrale dans la définition de cas -⁴⁵⁹.

Bien qu'aujourd'hui le Conseil d'Etat fait un usage diamétralement opposé de ces décisions judiciaires antérieures, du moins de celles qui sont des arrêts d'unification jurisprudentielle, LÓPEZ affirme que « les résultats globaux des efforts entrepris dans son livre *El derecho de los jueces* (Le Droit des Juges) restent pleinement valables ». ⁴⁶⁰

- (ii) **Même en matière constitutionnelle, l'application du modèle de la « ligne jurisprudentielle » a des inconvénients. En effet, c'est une méthode éminemment conceptualiste.** Bien que son créateur refuse de reconnaître cette condition, une question conceptuelle donne toujours la ligne directrice. La preuve en est que, bien que le modèle dit de la construction de la *scène constitutionnelle* soit encadrée par les faits de l'espèce, la question est posée a priori, d'une manière abstraite; et de plus, ce modèle s'applique pour l'analyse dynamique des arrêts comme ceux de constitutionnalité (affaires type « C »), dans lesquelles il n'y a aucun cas, sinon une question de droit sur la conformité entre une règle avec force de matériel de loi et la Constitution est parfaitement possible (et fréquente). Ainsi, l'utilité de la ligne jurisprudentielle serait peu ou nulle dans le contentieux administratif où l'identité factuelle et juridique entre la décision précédente et le cas à résoudre est au centre de la discussion, comme cela sera expliqué ci-dessous.
- (iii) **Même en ce qui concerne la décision de *tutelle*, la ligne jurisprudentielle propose un modèle factuel avec un niveau de généralité trop élevé pour le CPACA.** Le CPACA oblige le juge à examiner rigoureusement l'identité factuelle et juridique entre le cas précédent et la question à résoudre afin de déterminer si le précédent règle l'espèce. Par conséquent, le nombre de faits matériels qui sont inclus dans les *scènes constitutionnelles* dans la ligne jurisprudentielle est insuffisant pour décider si l'arrêt avec valeur de précédent oblige ou pas le juge ou l'autorité administrative.
- (iv) **LOPEZ réduit l'idée de l'adhésion stricte au précédent aux cas ou le même critère juridique a été réitéré, et suppose que seul dans ces cas sera mérité sur un « plus l'obéissance ».**⁴⁶¹ De plus, il comprend « équilibre constitutionnel » (*balance constitucional*) comme la place relative dans laquelle la doctrine majoritaire de la Cour est située entre deux points opposés. Ce type

⁴⁵⁹ LÓPEZ, « El Derecho de los Jueces », *Op. Cit.*, p. 110. (Traduction libre).

⁴⁶⁰ LÓPEZ, « Eslabones... », *Op. Cit.*, p. 5. (Traduction libre)

⁴⁶¹ LÓPEZ, « El Derecho de los Jueces », *Op. Cit.*, pp. 146-147. (Traduction libre)

d'enquête, qui pourrait bien servir pour une approche académique, est trivial aux fins du CPACA, pour qui un seul arrêt d'unification jurisprudentiel est assez pour fixer la règle du précédent.

- (v) **Même en cas d'obéissance à la jurisprudence, LÓPEZ ne préconise pas une soumission stricte à elle, quelque chose d'incompatible avec les exigences de CPACA.** Dans sa théorie, il sera assez légitime que la nouvelle décision tombe dans *l'ombre décisionnelle* de la décision antérieure. Autrement dit, il suffit de placer le cas dans un segment (plus ou moins large) de l'espace ouvert.⁴⁶² Voilà un système relatif (bien que contraignant) du précédent, et non pas un système absolu de précédent.⁴⁶³

Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ reprend une grande partie de la théorie de LÓPEZ et de la doctrine constitutionnelle sur le précédent judiciaire. Pour l'auteur, la nature obligatoire du précédent judiciaire des hauts tribunaux est indispensable à la réalisation du droit à l'égalité de traitement, dans la mesure où l'unité d'interprétation versée dans ses précédents devient un critère d'évaluation pour déterminer si, dans un cas particulier, le droit à l'égalité dans l'application de la loi a été violé ou pas.⁴⁶⁴

Ainsi, l'auteur reconnaît « le processus de reconfiguration » qui a traversé le système de sources du droit, et que le changement du rôle du précédent implique aussi un changement sur la façon de construire et d'évaluer les décisions judiciaires.⁴⁶⁵ Cependant, QUINCHE réduit le *ratio decidendi* à une déclaration normative à appliquer pour obtenir la décision, sans expliquer comment construire et évaluer de tels jugements en conséquence de cette reconfiguration de sources formelles du droit.

Pourtant, il va au-delà de LÓPEZ, car il renforce le rôle du CPACA dans la création d'un « nouveau modèle interprétatif et décisionnel du Conseil d'Etat »⁴⁶⁶, qui a pris de la distance avec le formalisme juridique et mis à jour le système des sources du XIXe siècle.

SANTOFIMIO reconnaît également la reconfiguration des sources du droit, depuis une approche plus compatible avec la doctrine anglaise du précédent. Pour lui, le précédent judiciaire est « la décision antérieure d'une autorité qui définit la position interprétative concernant certaines circonstances factuelles et juridiques à appliquer à l'avenir, qui est comme un antécédent contraignant qui génère la règle, le principe ou le concept applicable aux cas sensiblement similaires ... »⁴⁶⁷.

CHAPITRE II - Conséquences de la conception stricte du précédent judiciaire

1. Les décisions avec force de précédent en Colombie

⁴⁶² Ibidem, p. 144. (Traduction libre)

⁴⁶³ Ibidem, p. 84. (Traduction libre)

⁴⁶⁴ QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 105. (Traduction libre)

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 29. (Traduction libre)

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 161. (Traduction libre)

⁴⁶⁷ SANTOFIMIO, *Op. Cit.*, p. 10. (Traduction libre)

Comme indiqué, les termes *jurisprudence* et *précédent* sont différents, car le premier a la nature persuasive et argumentative, tandis que le second est normatif et contraignant. (Voir le chapitre 6 de l'INTRODUCTION).

Au lieu de l'approche interprétative qui semble être acceptée par une grande partie de la jurisprudence et de la doctrine, l'approche analogue et factuelle sur le précédent est plus en harmonie avec la nature qu'a la figure du précédent judiciaire dans les systèmes de *common law*, d'où il a été transplanté. Aux fins de cette dissertation, le concept étroit du précédent indiqué ci-dessus sera adopté, à savoir, **le précédent comme le « le critère juridique, principe ou fondation qui justifie une décision qui est utilisée comme une source légale afin de résoudre des cas futurs » (GASCON⁴⁶⁸) et, de plus, il intègre également les faits matériels du cas (pas leur description)**. Ainsi, cela inclut les règles contenues dans les arrêts par rapport auxquels on peut entreprendre un test d'égalité d'après un nouveau cas.

C'est alors une catégorie qui comprend les types suivants de jugements, dictés par les hauts tribunaux de chaque juridiction⁴⁶⁹, qui sont les organes chargés d'unifier la jurisprudence⁴⁷⁰. La Constitution a mis en œuvre dans les articles 86, 235, 237 et 241 la fonction d'unification de jurisprudence afin de «i) fournir à la société un niveau de certitude sur les comportements acceptés dans la communauté et ii) veiller à ce que les décisions prises par l'administration de la justice et, en général, tous les pouvoirs publics, se fondent sur une interprétation uniforme et cohérente de l'ordre juridique. »⁴⁷¹ Alors, les jugements suivants ont la force de précédent :

(i) Dans la juridiction constitutionnelle:

Les règles jurisprudentielles sur la portée des droits fondamentaux émises par la Cour Constitutionnelle dans les arrêts de tutelle et d'unification ont la nature de précédent (arrêts de type T et SU, article 86 de la Constitution). C'est sur le terrain des arrêts de *tutelle*, et en vertu du principe de l'égalité, où la doctrine du précédent judiciaire s'est imposée en Colombie. Et cela a eu lieu longtemps avant que la Cour Constitutionnelle ait commencé à réinterpréter, dans un sens large, le contenu de l'article 230 de la Charte et en particulier la notion de « l'empire de la loi » dans cette disposition.

Le précédent établi par la Cour Constitutionnelle pour la définition et la portée des droits fondamentaux est donc obligatoire. Et si les juges partaient de la règle judiciaire sans argumentation juridique cohérente, ils violeraient le droit à un traitement égal, ce qui conduirait à l'exercice de la tutelle par la personne concernée.⁴⁷²

Cela ne signifie pas nier le caractère contraignant de la jurisprudence constitutionnelle dans le contrôle constitutionnel abstrait. Sans doute de tels jugements (arrêts type C) sont

⁴⁶⁸ GASCON, *Op. Cit.* p. 68. (Traduction libre)

⁴⁶⁹ Cour Constitutionnelle, Magistrat Mauricio González Cuervo « Arrêt C-816 du 2011 », Exp. D-8473. (Traduction libre)

⁴⁷⁰ Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Guillermo Guerrero Pérez, « Arrêt C-179 du 2016 », D-10973. (Traduction libre).

⁴⁷¹ Conseil d'État, 5^{ème} Section, Magistrat Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, « Arrêt du 16 Août, 2016 », Exp. 11001-03-28-000-2016-00052-00. (Traduction libre).

⁴⁷² QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 97. (Traduction libre).

obligatoires, mais non à titre de précédent (au moins pas dans les termes choisis ici). Ces jugements sont *chose jugée* en termes de l'article 243 CP, ou de la doctrine constitutionnelle intégrative.

TROPER et GRZEGORCZYK, se référant au Conseil Constitutionnel français, ont noté que lorsqu'il déclare une loi constitutionnelle en comprenant qu'elle soit interprétée d'une certaine façon, c'est ici le respect de la décision judiciaire (la chose jugée, qui se réfère aux cas tranchés), et non un cas de respect du précédent.⁴⁷³

(ii) Dans la juridiction ordinaire :

Les arrêts de cassation émis par la Cour Suprême de Justice, ainsi que ceux émis par la Chambre Plénière en décidant des recours d'appel en cas de besoin d'unifier la jurisprudence ou d'établir un précédent judiciaire (article 35 du Code Générale de Procédure ; article 235 de la Constitution) sont précédents. Avec la cassation, la jurisprudence est consolidée dans les systèmes juridiques continentaux, étant celle-là un instrument de contrôle d'uniformité dans l'application du droit.⁴⁷⁴

(iii) Dans la juridiction contentieuse administrative :

Les arrêts d'unification de jurisprudence du Conseil d'Etat, dictés à cause de sa signification juridique, économique ou sociale ou la nécessité d'établir une jurisprudence, en décidant des recours extraordinaires (de révision ou d'unification de jurisprudence) et en décidant du mécanisme éventuel de révision des actions populaires et collectives (articles 272-274 CPACA ; articles 236 et 237 de la Constitution) ont force de précédent.

D'après le Conseil d'Etat, la fonction d'unification jurisprudentielle de cette haute cour ne naît pas avec la loi 1437 de 2011 et ne dépend pas de cette loi, parce que la fonction est inhérente à la condition de Tribunal Suprême du Contentieux Administratif reconnu par l'article 237-1 de la Constitution⁴⁷⁵. De plus, les sections du Conseil d'Etat, en particulier celles qui ont été divisées en sous-sections, avaient juridiction avant l'entrée en vigueur du CPACA pour unifier la jurisprudence en vertu du Règlement du Conseil d'Etat⁴⁷⁶.

Comme prévu par l'article 43B du Règlement du Conseil d'Etat, les arrêts d'unification jurisprudentielle produits depuis le 2 Juillet 2012 devront être identifiés par le sigle CE-SUJ suivi du numéro de la section et du numéro annuel consécutif leur correspondant et seront publiés sur le site Internet du Conseil d'Etat. En ce qui concerne les jugements antérieurs, dans les cas où le Conseil d'Etat a décidé en vertu de l'article 269 CPACA, il a procédé à identifier comme des arrêts d'unification jurisprudentielle quelques arrêts dictés auparavant.

D'après la Cour Constitutionnelle, les autres arrêts du Conseil d'Etat ont encore la valeur de précédent du plus haut tribunal du contentieux administratif, même s'ils ne pourront pas

⁴⁷³ TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, pp. 116-117. (Traduction libre).

⁴⁷⁴ MORAL, *Op. Cit.*, p. 17. (Traduction libre).

⁴⁷⁵ Conseil d'Etat, Salle de Consultation et Service Civil, Magistat William Zambrano Cetina, « Concept du 10 Décembre, 2013 », Exp. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177). (Traduction libre).

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

être appliquées dans le mécanisme d'extension de la jurisprudence.⁴⁷⁷ De plus, dans la réalité ces « autres » arrêts du Conseil d'État ne sont presque jamais traités comme des précédents, parce qu'ils « n'ont pas le pouvoir contraignant »⁴⁷⁸ que les arrêts d'unification ont. Il semble donc que, pour tous les jugements qui ne possèdent pas le statut d'arrêts d'unification jurisprudentielle, un seul jugement ne suffirait pas pour fixer une règle judiciaire, et la valeur de précédent n'existerait que dans les cas de réitération.

Les jugements du Conseil d'État qui décident les actions en nullité des actes administratifs généraux en vertu de l'article 237 de la Constitution, et les autres arrêts qui n'ont pas les éléments pour être un arrêt d'unification, auront simplement valeur de chose jugée.

- (iv) Dans la juridiction disciplinaire, les décisions finales du Conseil Supérieur de la Magistrature en exercice de juridiction disciplinaire et pour régler les conflits de compétence sont, également, des précédents.

À l'arrière-plan se trouvent les autres jugements des hauts tribunaux, et la « doctrine probable » renouvelée que l'article 7 de la loi 1564 de 2012 définit en termes plus proches de la notion de *jurisprudence* que de celle de précédent.

2. Sujétion stricte des autorités administratives aux arrêts d'unification jurisprudentielle ; sujétion relative des juges aux arrêts d'unification jurisprudentielle

La Cour Constitutionnelle, dans l'arrêt C-816 de 2011 admet volontiers la force obligatoire des décisions judiciaires des hauts tribunaux d'après les autorités administratives. Toutefois, elle est également claire en soulignant que cette soumission n'est pas absolue.⁴⁷⁹ Les autorités administratives peuvent écarter un précédent de manière intentionnelle et raisonnée, grâce à l'autonomie de ces autorités, sur la base de la séparation des pouvoirs et le principe de légalité (*retrait administratif*).⁴⁸⁰

Et bien que ce ne soit pas une sujétion absolue, elle est plus rigoureuse que l'autorité qu'ils ont des précédents d'après les juges de contentieux administratifs, comme on le verra ci-dessous, et il y a des instruments juridiques efficaces pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle.

2.1 Instruments juridiques pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle d'après les autorités administratives

Le Conseil d'État dans plusieurs de ses arrêts a insisté sur le fait que l'un des objectifs qui ont contribué à la formulation d'un nouveau schéma de procédure de contentieux administratif a été fondé sur le renforcement et le respect des décisions rendues par le Conseil d'État.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre).

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ SANTAELLA, *Op. Cit.*, p. 159. (Traduction libre)

⁴⁸⁰ Idem. (Traduction libre)

⁴⁸¹ Conseil d'État, 5^{ème} Section, Magistrat Lucy Jannette Bermudez Bermudez, « Décision du 16 Août, 2016 », Exp. 11001032800020160005200. (Traduction libre)

Certains des instruments expliqués ci-dessous sont applicables également pour assurer la force obligatoire des arrêts d'autres hauts tribunaux, comme dans le cas de la tutelle contre les jugements ou le crime de prévarication (*prevaricato por acción*). D'autres, cependant, sont exclusifs à la garantie de la puissance contraignante des arrêts d'unification jurisprudentielle.

2.1.1 L'extension de jurisprudence

Cette institution a son germe dans le système juridique costaricien⁴⁸², qui établie dans les articles 185 et suivants du Code du Contentieux Administratif le processus appelé d'Extension et d'adaptation de la jurisprudence à un tiers.

L'article 102 du CPACA oblige les autorités administratives à étendre aux tiers les effets d'un arrêt d'unification jurisprudentielle dicté par le Conseil d'Etat en reconnaissant un droit. Celui qui en demande doit prouver les mêmes hypothèses factuelles et juridiques entre son cas et le cas qui motive l'arrêt d'unification. Dans ces cas, l'autorité doit décider « sur la base des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires pertinentes et en tenant compte de l'interprétation de ces règles qui a été faite par l'arrêt d'unification invoqué » ainsi que d'autres éléments juridiques régissant le fondement de la demande et la réalisation de toutes les exigences pour qu'il soit approprié. Encore une fois, le CPACA assigne à de telles décisions une sorte de fonction interprétative comme si elles ne faisaient plus que guider l'opérateur juridique dans l'application des dispositions constitutionnelles.

Pour le Conseil d'Etat, les objectifs du mécanisme d'extension de la jurisprudence sont : i) l'application uniforme et cohérente de l'ordre juridique; ii) la contribution à la réalisation de l'égalité devant la loi et l'égalité de traitement par les autorités administratives et judiciaires; iii) la garantie des principes de la fonction administrative telles que l'efficacité, l'économie, la vitesse et l'impartialité; iv) la contribution à réduire la congestion de la juridiction administrative, entre autres.⁴⁸³

La Cour Constitutionnelle se réfère également au rôle interprétatif du précédent dans cette matière, mais conditionnant la constitutionnalité de l'article 102 du CPACA à la reconnaissance du caractère préférentiel des arrêts de la Cour Constitutionnelle interprétant les règles applicables à la résolution des questions dans les matières de sa compétence.⁴⁸⁴ Toutefois, dans cet arrêt, la Cour reconnaît que son fondement est le principe de l'égalité – celui-là même qui a donné lieu à la doctrine du précédent contraignant du précédent constitutionnel-, qui est ce qui explique l'obligation d'appliquer les arrêts d'unification jurisprudentielle à ceux qui le demandent et prouve les mêmes hypothèses factuelles et juridiques.

Les éléments structurels pour l'application de cet instrument sont les suivants:

⁴⁸² COSTA RICA. Code de Procédure Contentieux Administratif, Loi numéro 8508 du 24 Avril, 2006. (Traduction libre)

⁴⁸³ Conseil d'État, 2^{ème} Section, Subsection A, Magistrat Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, « Arrêt du 9 Avril, 2014 », Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13) (Traduction libre)

⁴⁸⁴ Cour Constitutionnelle, Magistrat Mauricio González Cuervo, « Arrêt C-816 du 1 Novembre, 2011 », D-8473. (Traduction libre)

1. La décision dont les effets sont souhaités doit être un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat⁴⁸⁵. Même quand il y ait jurisprudence réitérée sur un point de droit, cela ne suffit pas pour accéder aux demandes d'extension via l'article 102 ou 269 CPACA.
2. L'arrêt d'unification invoqué doit reconnaître un droit ou une situation juridique favorable à une personne, dont la situation factuelle et juridique servira de point de comparaison pour le cas d'espèce. ⁴⁸⁶ L'existence d'un arrêt d'unification jurisprudentielle ne suffit alors pas. Pour qu'elle soit sujet d'extension sur les termes de l'article 102 CPACA, en plus de ce qui précède, il faut avoir une reconnaissance de ce type dans son dispositif.
3. Il faut qu'il ait identité factuelle et juridique, exigence qui prouve que l'extension jurisprudentielle est un instrument pour assurer le pouvoir contraignant des précédents contenus dans les arrêts d'unification jurisprudentielle. Les récentes décisions du Conseil d'Etat sont la preuve de la comparaison rigoureuse des faits de la présente affaire avec le cas antérieur, à la lumière des critères matériels de pertinence. Et ceux-ci, à leur tour, s'obtiennent du problème juridique à résoudre dans chaque cas. Voir, par exemple, la décision du 16 Juin 2016⁴⁸⁷ de la Deuxième Section – Sous section B du Conseil d'État, dans laquelle la portée de l'arrêt d'unification invoqué a été confinée en augmentant le nombre de faits inclus dans la règle pour justifier la non-extension de son effet. De plus, lorsque l'affaire a résoudre pose un problème juridique supplémentaire, non discuté dans l'arrêt d'unification jurisprudentielle dont l'extension est demandée, il n'y aura pas « identité juridique » et donc la demande d'extension doit être rejetée, car il fait partie de identité juridique qu'il n'y ait pas de discussions juridiques supplémentaires, non résolues dans l'arrêt d'unification⁴⁸⁸.
4. Le demandeur doit avoir droit à la cause (legitimación en la causa) et présenter la demande à l'autorité compétente de reconnaître le droit.
5. La cause contestée ne peut pas avoir été décidée avec effets de chose jugée, et l'action pertinente ne peut pas avoir expirée⁴⁸⁹. Comme on le voit, parmi les buts du mécanisme de l'extension de jurisprudence se trouve la garantie des principes de la fonction administrative : « l'efficacité, l'économie, la vitesse et l'impartialité », ⁴⁹⁰ et aider à réduire la congestion de la juridiction administrative⁴⁹¹. Cela, couplé à la nécessité de protéger le patrimoine public contre les réclamations déraisonnables et

⁴⁸⁵ Conseil d'État, 1ère Section, Magistrat Roberto Augusto Serrato Valdés, « Décision du 13 Juin, 2016 », Exp. 11001-03-24-000-2015-00252-00. (Traduction libre)

⁴⁸⁶ Conseil d'État, 2ème Section, Subsection B, Magistrat Sandra Lisset Ibarra Vélez, « Décision du 16 Juin, 2016 », exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015). (Traduction libre)

⁴⁸⁷ Ibidem. (Traduction libre)

⁴⁸⁸ Conseil d'État, 2ème Section - Subsection A, Magistrat William Hernández Gómez. « Décision du 21 Avril, 2016 ». Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 – 2013). (Traduction libre)

⁴⁸⁹ Conseil d'État, 2ème Section, Subsection B, Magistrat Sandra Lisset Ibarra Vélez, « Décision du 16 Juin, 2016 », exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015). (Traduction libre)

⁴⁹⁰ Conseil d'État, 2ème Section, Subsection A, Magistrat Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, « Arrêt du 9 Avril, 2014 », Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13) (Traduction libre)

⁴⁹¹ Ibidem.

les causes perdues, explique que le mécanisme soit conditionné à l'existence d'un différend susceptible d'un contrôle juridictionnel effectif.

2.1.2 *Retrait administratif* exceptionnel (article 102 CPACA) et processus judiciaire pour l'extension de la jurisprudence du Conseil d'Etat à des tiers (article 269 CPACA)

L'affaire C-816 de 2011⁴⁹² admet la force obligatoire des décisions judiciaires des hauts tribunaux pour les autorités administratives, mais la Cour reconnaît que cette soumission n'est pas absolue. En revanche, en vertu de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit, il existe la possibilité de *retrait administratif* (sous réserve d'une charge importante de réfutation ou de contre-argument).

L'article 102 de la Loi 1437 régit ce qui a été nommé le « retrait administratif de la décision judiciaire précédente »⁴⁹³, qui est la décision négative de l'administration face à une demande d'extension jurisprudentielle. Comme dans le système judiciaire, cette décision doit être « suffisamment motivée ». ⁴⁹⁴ Autrement dit, l'administration ne peut rejeter la demande d'extension qu'en exposant de manière claire et raisonnée les motivations par lesquels les règles à appliquer ne doivent pas être interprétées comme indiqué dans l'arrêt d'unification » (paragraphe 5 de l'article 102 CPACA).

Cette décision de l'autorité administrative, doit être motivée et fondée sur l'un des motifs prévus à l'article 102, à savoir: (i) la nécessité d'une période probatoire pour réfuter la réclamation du demandeur; (ii) le manque d'identité entre le statut juridique du demandeur et celui résolu dans le jugement de l'unification invoquée; et (iii) le désaccord d'interprétation avec le Conseil d'Etat en ce qui concerne les règles pertinentes. ⁴⁹⁵

Lorsque le fondement est le désaccord d'interprétation avec le Conseil d'Etat, l'administration n'a pas une couverture dans l'exercice de l'autonomie comparable à celle que la Constitution reconnaît aux juges (articles 228 et 230.1 de la Constitution). Au lieu de cela, en raison de la **force obligatoire des précédents d'unification du Conseil d'Etat** pour les autorités de la branche exécutive du gouvernement⁴⁹⁶, la possibilité de *retrait administratif* est plus étroite que les chances de *retrait jurisprudentiel*.

Dans les arrêts C-539 et C-634 de 2011, la Cour Constitutionnelle déclare que le devoir d'obéissance des fonctionnaires administratifs est encore plus élevé que celui des juges⁴⁹⁷, ce qui ne modifie pas le fait que, dans certains cas, les fonctionnaires administratifs peuvent résister à la mise en œuvre du précédent. Cependant, la résistance ne peut pas être perpétuelle. Face à une ligne jurisprudentielle explicitement réitérée contre une opposition légitime (transparente et motivée), les juges et fonctionnaires administratifs doivent éventuellement abandonner la résistance qui a échoué et s'ajuster à la ligne interprétative. ⁴⁹⁸

⁴⁹² SANTAELLA. *Op. Cit.* pp. 154, 158. (Traduction libre)

⁴⁹³ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre)

⁴⁹⁴ Ibidem. (Traduction libre)

⁴⁹⁵ Ibidem. (Traduction libre)

⁴⁹⁶ Ibidem. (Traduction libre)

⁴⁹⁷ LÓPEZ, « Eslabones... », *Op. Cit.* p. 163. (Traduction libre)

⁴⁹⁸ Ibidem, pp. 141-142. (Traduction libre)

Dans le cas contraire, l'agent de l'administration est confronté aux conséquences de la désobéissance au précédent judiciaire des hauts tribunaux, à savoir, la responsabilité criminelle, administrative ou disciplinaire, et les actions en justice, y compris l'action de *tutelle* contre les décisions administratives ou judiciaires.⁴⁹⁹

Ainsi, le ***retrait administratif*** vient seulement exceptionnellement sous peine de que la responsabilité de l'agent administratif soit engagée, étant donné que pour ces autorités le principe de l'autonomie ou de l'indépendance des juges n'est pas valide.⁵⁰⁰ Selon la Cour Constitutionnelle, une telle possibilité est exceptionnelle et limitée, parce qu'en principe, ce qui procède est que la jurisprudence est prise en compte par l'administration « [...] et seul un argument explicite et exigeant un critère discordant qui fonde le retrait administratif peut être utilisé ». ⁵⁰¹ D'ailleurs, une telle décision n'est pas définitive, parce que dans la procédure légalement prévue, il existe un mécanisme rapide qui permet à l'intéressé d'encourager la participation de la plus haute instance du contentieux administratif, « en vue d'évaluer la position de l'administration et, le cas échéant, de ratifier la position jurisprudentielle en discussion par une décision qui est obligatoire pour cela. » ⁵⁰² Le recours devant le Conseil d'Etat doit être présenté à temps, à savoir, dans les trente jours suivants l'acte administratif qui a refusé l'extension ou à l'expiration de la durée pour se prononcer. ⁵⁰³ Si ces exigences ne sont pas satisfaites, le Conseil d'Etat va déclarer la non-pertinence⁵⁰⁴.

2.2 Instruments juridiques pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification de jurisprudence d'après les autorités judiciaires

2.2.1 Le Recours Extraordinaire d'Unification de Jurisprudence

Un autre mécanisme pour garantir la nature contraignante des arrêts d'unification jurisprudentielle est le recours extraordinaire devant le Conseil d'Etat chaque fois que les tribunaux administratifs prononcent des arrêts d'unique ou de seconde instance en opposition à un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat (articles 256 et suivants du CPACA). Le recours est réglementé au Chapitre II du titre VI de la partie II du CPACA,

⁴⁹⁹ QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 87. (Traduction libre)

⁵⁰⁰ Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva, « Arrêt C- 539 du 6 Juillet, 2011 », Exp. D-8351. (Traduction libre)

⁵⁰¹ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre)

⁵⁰² Ibidem. (Traduction libre)

⁵⁰³ Conseil d'Etat, 3ème Section, Magistrat Stella Conto Díaz del Castillo « Décision du 15 Février, 2013 ». Rad. No. 45629; Conseil d'Etat, 2ème Section – Subsection A, Magistrat Luis Rafael Vergara Quintero, « Décision du 5 Décembre, 2013 ». Rad. No. 3921-2013; Conseil d'Etat, 1ère Section, Magistrat Guillermo Vargas Ayala « Décision du 23 Avril, 2015 », Exp. 2012-00368; Conseil d'Etat, 2ème Section – Subsection A, Magistrat Gabriel Valbuena Hernández « Décision du 19 Mai, 2016 ». Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013) ; Tous ces arrêts sont cités par: Conseil d'Etat, 2ème Section, Subsection B, Magistrat Sandra Lisset Ibarra Vélez, « Décision du 16 Juin, 2016 », exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015). (Traduction libre)

⁵⁰⁴ Conseil d'Etat, 3ème Section, Magistrat Stella Conto Díaz del Castillo « Décision du 15 Février, 2013 ». Rad. No. 45629; Conseil d'Etat, 2ème Section – Subsection A, Magistrat Luis Rafael Vergara Quintero, « Décision du 5 Décembre, 2013 ». Rad. No. 3921-2013; Conseil d'Etat, 1ère Section, Magistrat Guillermo Vargas Ayala « Décision du 23 Avril, 2015 », Exp. 2012-00368; Conseil d'Etat, 2ème Section – Subsection A, Magistrat Gabriel Valbuena Hernández « Décision du 19 Mai, 2016 ». Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013). Tous ces arrêts sont cités par: Conseil d'Etat, 2ème Section, Subsection B, Magistrat Sandra Lisset Ibarra Vélez, « Décision du 16 Juin, 2016 », exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015). (Traduction libre)

et est conçu pour assurer « l'unité de l'interprétation du droit, son application uniforme et garantir les droits des parties et des tiers qui sont lésés par le jugement contesté », pouvant de cette façon réparer les torts infligés à de tels sujets (article 256 du CPACA). Le recours doit être présenté durant les cinq jours suivants l'exécution de l'arrêt devant le tribunal qui a rendu la décision contestée⁵⁰⁵.

L'importance qu'ont, dans ce cas, des faits en cause montre que ce recours poursuit non seulement l'interprétation uniforme de la loi, mais aussi le respect d'un précédent d'unification jurisprudentielle. Et ici entre en jeu l'analyse de l'identité factuelle et juridique entre l'affaire sous-jacente à l'arrêt d'unification et l'affaire qui a conduit à l'arrêt contesté. Comme indiqué par la Cour Constitutionnelle dans l'affaire C-179 de 2016⁵⁰⁶, les objectifs du CPACA incluent ceux d'assurer l'égalité de traitement et de renforcer le rôle d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat, lequel aurait un impact direct dans la protection des droits, afin de réduire les litiges et de renforcer le principe de sécurité juridique⁵⁰⁷. C'est, alors, un mécanisme visant à préserver le précédent vertical et à obtenir l'application uniforme de la loi par les tribunaux inférieurs au Conseil d'Etat.

2.2.2 *Retrait juridictionnel* exceptionnel et mécanisme de *tutelle* contre les décisions judiciaires qui ignorent les arrêts d'unification jurisprudentielle

La tradition du droit légiféré sert à nuancer, mais non à éliminer le caractère obligatoire du précédent, ce qui ne se produit pas avec d'autres modèles propres du droit coutumier, où le précédent est obligatoire, fondé sur le principe *stare decisis*.⁵⁰⁸

La Cour Constitutionnelle reconnaît la possibilité du juge de se séparer du précédent judiciaire contraignant des hauts tribunaux, par un argument explicite et motivé de son retrait, en reconnaissance de l'autonomie et de l'indépendance inhérente à la fonction judiciaire (article 228 de la Constitution).⁵⁰⁹ Le législateur le permet dans des articles comme le 34 du Décret 2591 de 1991⁵¹⁰ et l'article 103 du CPACA, qui reconnaît la possibilité du juge de modifier le précédent sur la portée et le contenu des règles, à condition que le changement soit suffisamment motivé et expliqué.

⁵⁰⁵ Conseil d'État, 5^{ème} Section, Magistrat Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, « Arrêt du 16 Août, 2016 », Rad. 11001-03-28-000-2016-00052-00. (Traduction libre)

⁵⁰⁶ Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Guillermo Guerrero Pérez, « Arrêt C-179 du 2016 », D-10973. (Traduction libre)

⁵⁰⁷ Gazette du Congrès No. 1173 de 2009. (Traduction libre)

⁵⁰⁸ Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva, « Arrêt C-634 du 24 Août, 2011 », exp. D-8413. (Traduction libre)

⁵⁰⁹ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre), citant l'arrêt C-816 de 2011.

⁵¹⁰ **ARTICULO 34.**-Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.

Si le juge ne satisfait pas à l'obligation d'argumentation, il sera possible de présenter une action de *tutelle* contre le jugement pour la violation des droits de procédure et de traitement juridique égal.⁵¹¹ Deux motifs de procédure sont disponibles dans ce cas⁵¹² :

- (i) « Méconnaissance du précédent », causalité autonome par violation exclusive du précédent constitutionnel⁵¹³; et
- (ii) « Vice substantif », qui procède pour des violations du précédent ordinaire vertical ou horizontal.⁵¹⁴

Tout cela est également applicable à une décision d'un juge administratif qui ignore le précédent établi dans un arrêt d'unification jurisprudentielle, une fois épuisés les recours ordinaires et extraordinaires, ou contre un jugement non soumis au recours extraordinaire d'unification.

Bien que la Cour Constitutionnelle, dans les arrêts C-634/11, C-816/11 et C-588/12 ait essayé de s'ériger en Cour Suprême de l'ordre juridique colombien concernant l'interprétation de la Constitution et les droits fondamentaux, grâce à « la suprématie de la Constitution sur les normes restantes du système juridique et les pouvoirs constitutionnels de la Cour »⁵¹⁵, le Conseil d'Etat (chargé de décider le recours extraordinaire d'unification de jurisprudence et de connaître les cas de silence ou de refus de l'autorité administrative à une demande d'unification jurisprudentielle) dans des jugements tels que celui du 18 Janvier 2016⁵¹⁶ a ignoré la nature *erga omnes* de l'arrêt de la constitutionnalité C-634 de 2011 et le caractère préférentiel des décisions de la Cour Constitutionnelle dans l'interprétation des règles constitutionnelles applicables à la résolution des questions de sa compétence. Et il l'a fait en faisant remarquer que l'application de la position de la Cour Constitutionnelle n'était pas suffisante pour écarter un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat.

Cependant, le précédent de la *tutelle* contre les jugements opposés au précédent d'unification ne signifie pas une obligation de se conformer absolument à ces précédents, non seulement pour les raisons indiquées ci-dessus de *retrait jurisprudentiel*, mais aussi parce qu'il y a toujours la possibilité de distinction (*distinguishing*) entre les cas ou même de révocation du précédent (*overruling*) pour en définir un nouveau, si le Conseil d'Etat est celui qui l'écarte.

Un exemple de la distinction se retrouve dans le jugement le 17 Mars 2016 de la deuxième section du Conseil d'Etat⁵¹⁷, qui a refusé la protection demandée pour violation présumée

⁵¹¹ QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 109. (Traduction libre)

⁵¹² Afin de déterminer si la *tutelle* contre une décision judiciaire, la doctrine constitutionnelle exigeait, d'abord, l'analyse de l'existence d'une « *vía de hecho* » (arrêts T-231 de 1994, SU-1184 de 2001 et SU-159 de 2002), institution qu'a été remplacée par les « *causales de procedibilidad* » (arrêt C-590 de 2005). (Traduction libre)

⁵¹³ LÓPEZ, « *Eslabones...* », *Op. Cit.*, p. 79. (Traduction libre)

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 79. (Traduction libre)

⁵¹⁵ Cour Constitutionnelle, Magistrat Mauricio González Cuervo, « Arrêt C-816 du 1 Novembre, 2011 », D-8473. (Traduction libre)

⁵¹⁶ Conseil d'État, 2^{ème} Section, Sub-section B, Magistrat Gerardo Arenas Monsalve « Arrêt du 18 Janvier, 2016 », Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC). (Traduction libre)

⁵¹⁷ Conseil d'État, 2^{ème} Section, Sub-section A, Magistrat William Hernández Gómez, « Arrêt du 17 Mars, 2016 », Rad. 11001-03-15-000-2015-02741-00(AC). (Traduction libre) – la décision a été confirmée en deuxième instance

du précédent judiciaire, estimant qu'il n'était pas applicable aux faits de l'affaire en raison des différences factuelles et juridiques trouvées. D'après le Conseil d'État, il n'y avait pas d'analogie entre les hypothèses factuelles, parce que l'affaire actuelle ne portait pas sur la violation d'un contrat d'assurance, mais d'une obligation de douane⁵¹⁸.

Un autre exemple de distinction apparaît dans le jugement de première section du Conseil d'Etat du 2 Juillet 2015⁵¹⁹, qui se sépare de celui dicté par la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt C-258 de 2013, concernant la limite maximum de 25 salaires mensuels pour les pensions des membres du Congrès. Le Conseil d'Etat a estimé que dans le ce cas, il n'était pas nécessaire de méconnaître l'arrêt de constitutionnalité parce que la situation n'entre pas dans l'une des circonstances de fait de l'arrêt C-258 de l'année 2013. Par conséquent, le Conseil d'Etat a révoqué le jugement contesté et a ordonné à FONPRECON de ne pas étendre les effets de l'arrêt C-258 de 2013 à des situations non couvertes par celle-ci, comme ce fut le cas du demandeur, dont la pension a été définie avant le 31 Juillet 2010⁵²⁰.

Dans les cas cités plus haut, lorsque l'application du précédents du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle, dans des cas spécifiques, donnent des résultats contradictoires, le Conseil d'Etat donne généralement la priorité à ses propres jugements d'unification jurisprudentielle, parfois même dans le but présumé « d'harmoniser » ou de réinterpréter les décisions de la Cour Constitutionnelle, ce qui limite la portée de celles-ci afin de ne pas appliquer le précédent constitutionnel pertinent. Cependant, il ne s'agit pas d'une pratique unanime, car il y a des arrêts dans la direction opposée.

Un exemple de la position opposée apparaît dans l'arrêt du 17 Novembre 2016 de la cinquième section du Conseil d'Etat, qui a infirmé le jugement du 26 Septembre 2016 de la quatrième section, laquelle avait appliqué le précédent judiciaire de la deuxième section du Conseil d'Etat au lieu de l'interprétation contenue dans l'arrêt SU-230 de 2015 de la Cour Constitutionnelle. En revanche, la cinquième section n'a pas été d'accord et a fait prédominer le précédent constitutionnel⁵²¹.

Seul le temps dira si cette position de la Cinquième Section du Conseil d'Etat deviendra majoritaire. Au moment d'écrire ce texte, chaque section du Conseil d'Etat résout à sa manière un conflit potentiel entre les règles judiciaires contenues dans les arrêts d'unification jurisprudentielle et dans les décisions de la Cour Constitutionnelle, une situation où l'uniformité de la loi fait défaut et qui doit être normalisée afin de rationaliser l'utilisation du précédent.

2.2.3 Responsabilité de l'Etat pour une erreur judiciaire

La Loi 270 de 1996 (appelée le Statut de l'Administration de la Justice) régit les cas de responsabilité de l'Etat et de ses fonctionnaires et employés judiciaires, typifiant trois cas impliquant la responsabilité de l'État pour les dommages juridiques qui lui sont attribuables

⁵¹⁸ Ibidem.

⁵¹⁹ Conseil d'État, 1^{ère} Section, Magistrat Marco Antonio Velilla, « Arrêt du 2 Juillet, 2015 », Exp. 25000-23-42-000-2013-04281-01. (Traduction libre)

⁵²⁰ Ibidem.

⁵²¹ COLOMBIA. CONSEIL D' ETAT. Véme Section. "Arrêt du 17 Noviiembre de 2016", Exp. 11001 03 15 000 2016 00625 01{AC}. (Traduction libre)

par l'action ou l'omission de ses agents de justice, à savoir: (i) un mauvais fonctionnement de l'administration de la justice, (ii) une erreur judiciaire et (iii) la privation injuste de liberté. La seconde de ces hypothèses, l'erreur judiciaire, arrive lorsqu'une autorité juridictionnelle agissant en cette qualité commet une erreur dans un processus qui se matérialise « en une décision contraire à la loi » (articles 65 et 66 de la loi 270).

Puis, en plus de que la violation ou le non-respect du précédent permet de poursuivre une action de *tutelle* contre la décision respective, elle rendra responsable l'état et le pouvoir judiciaire.

2.3 Instruments communs pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle

2.3.1 Crime de prévarication pour désobéissance au précédent d'unification jurisprudentielle

Dans l'affaire C-335 de 2008, la Cour Constitutionnelle a décidé la plainte d'inconstitutionnalité déposée contre l'article 413 du Code Pénal, qui définit le crime de prévarication comme suit: « Le fonctionnaire qui prononce la résolution, opinion ou un concept manifestement contraire à la loi... ».⁵²²

Vue que la Chambre Criminelle de la Cour Suprême de Justice interprète la qualification pénale largement, la Cour Constitutionnelle déclare la constitutionnalité de la norme, désignant « loi » comme toute « règle juridique applicable à l'affaire ». Et, à la lumière de cette interprétation, elle a considéré que le terme « loi » comprend des sources juridiques qui manquaient au demandeur.

En ce qui concerne la commission de l'infraction pour violation de la jurisprudence, la Cour a déclaré que la contradiction de la jurisprudence fixée par les Hautes Cours, en soi, comme une source autonome de droit, ne conduit pas à la commission de l'infraction de prévarication, sauf dans le cas de la jurisprudence dictée dans les arrêts de contrôle de constitutionnalité des lois ou si la violation de la jurisprudence implique une violation directe des dispositions constitutionnelles ou légales ou un acte administratif d'application générale.⁵²³

Il est pertinent de noter le type de prévarication expliquée par la Cour, qui se produit lorsque la décision est émise avec une claire séparation d'une règle constitutionnelle constante par l'opérateur juridique, comme cela se produit lorsqu'on n'applique pas les règles contenus dans les arrêts de réitération de jurisprudence ou dans les jugements d'unification jurisprudentielle.⁵²⁴ Il est clair que la Cour Constitutionnel avait à l'esprit ses propres jugements d'unification jurisprudentielle, ou tout au plus les arrêts de cassation de la Cour Suprême de Justice, mais pas les arrêts d'unification de la jurisprudence du Conseil d'Etat, catégorie créée en 2011. Toutefois, la règle semble être appliquée en cas d'écarte manifeste de la règle constante contenu dans un arrêt d'unification jurisprudentielle, sauf si le

⁵²² Cour Constitutionnelle, Magistrat Humberto Antonio Sierra Porto, «Arrêt C-335 du 2008 », Exp. D-6943 y D 6946. (Traduction libre)

⁵²³ Ibidem.

⁵²⁴ QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 81. (Traduction)

fonctionnaire satisfait les obligations déjà mentionnés pour le *retrait administratif et jurisprudentiel*.

- 2.3.2 La technique de distinction (« *distinguishing* ») comme une raison pour ne pas appliquer un arrêt d'unification jurisprudentielle et comme un moyen d'assurer sa force obligatoire

Une autre preuve que les arrêts d'unification jurisprudentielle sont plus que des guides d'interprétation pour l'application uniforme du droit est la façon dont les juges appliquent la technique de *distinction* pour cesser d'appliquer un tel arrêt. D'abord, la pratique de la distinction (*distinguishing*) est étrangère aux systèmes de droit civil, car elle est seulement applicable dans un système où il y a obligation de suivre le précédent⁵²⁵. Et d'autre part, l'utilisation de la distinction rappelle l'importance de l'identité factuelle et juridique dans le raisonnement avec les précédents.

De plus, l'application de la technique de la distinction est un outil pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle par les autorités administratives et judiciaires, plutôt qu'un mécanisme permettant de diminuer leur pouvoir.

TITRE II - ÉLÉMENTS STRUCTURELS DE LA THÉORIE LOCALE DES PRÉCÉDENTS CONTENTIEUX ADMINISTRATIFS

CHAPITRE I – Prémises contextuels pour le cas colombien

1. Un nouveau concept strict de « précédent »

- 1.1 La règle judiciaire est dérivée d'un seul arrêt.

Étant donné que le CPACA n'a pas défini la réitération comme l'un des éléments constitutifs des arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État, un seul jugement de ce type qui répond aux exigences de l'article 270 du Code suffit pour trouver la règle judiciaire avec la force de précédent. Il ne faut alors pas étudier les interrelations de divers jugements, analyse qui, tous au plus, permettra d'évaluer la stabilité du précédent ou sa probabilité d'être maintenu au fil du temps, mais ne contribuera en rien à la solution du cas d'espèce.

Cela va de pair avec le concept de précédent ici proposé (voir le chapitre 6 de l'INTRODUCTION).

- 1.2 La généralité n'est pas une caractéristique essentielle de la règle judiciaire

Comme préconisé par le MINIMALISM judiciaire américain, quand on décide au cas par cas, sans grandes théories, il est impossible d'établir des règles générales; mais il y a des règles sur le cas spécifique. Contrairement à ce qui est généralement pensé du précédent dans le droit commun, de grandes règles générales abstraites régissant les cas futurs ne sont pas créées, mais plutôt des règles spécifiques pour des cas concrets.⁵²⁶

⁵²⁵ TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.* p. 132. (Traduction libre)

⁵²⁶ CAJAS, *Op. Cit.* p. 66-67. (Traducción libre)

Ainsi, elle ne doit pas nécessairement être abstraite pour être une règle, et l'inclusion d'un plus grand nombre de faits pertinents dans son champ d'application n'empêche nullement qu'elle soit universalisable.

- 1.3 L'arrêt d'unification jurisprudentielle n'a autorité qu'en ce qui concerne le cas résolu, et en ce qui concerne ceux qui partagent ses caractéristiques essentielles, laissant de nombreuses affaires sans décision.

Ceci s'explique dans les faits parce que le rôle du juge (y compris le Conseil d'État) est de résoudre l'affaire ayant donné lieu au litige, et non de dicter des règles générales ou hypothétiques pour l'avenir. De même que l'article III de la Constitution américaine empêche les tribunaux d'établir des règles abstraites et générales comprenant, à l'avance, une classe de litiges possibles, le Code Civil Colombien (réinterprété par la Cour Constitutionnelle) limite le rôle du juge à la décision du cas particulier. Cela implique la collecte du traitement minimaliste de l'analogie comme moyen d'étendre la règle du précédent, selon laquelle « la cohérence avec le principe d'égalité, en faisant des analogies et des distinctions quant aux différences factuelles entre la décision avec valeur de précédent et le nouveau différend, est la limite la plus importante imposée par le *stare decisis* au juge futur [...] ». ⁵²⁷ Cet élément structurel permet de concilier: (i) les dispositions constitutionnelles et légiférées existantes (celles du XIXe siècle et de type légaliste, ainsi que celles plus récentes qui attribuent au juge une fonction différente et plus complexe que celle de l'application de la loi) (ii) le développement jurisprudentiel autour du rôle du juge dans l'état de droit et (iii) la mutation constitutionnelle qui explique l'état actuel des choses en termes de précédents.

2. Le précédent est un, bien qu'il puisse avoir de multiples usages et applications

On rejette ici l'approche de ceux qui comprennent le précédent du contentieux administratif comme un projet de politique judiciaire avec des « postulats, objectifs et sponsors différents de ceux qui ont encouragé au cours des 20 dernières années le projet de renforcement du précédent constitutionnel ». On rejette, aussi, l'idée que la Cour Constitutionnelle doit « réarranger » ⁵²⁸ les postulats du précédent constitutionnel pour les faire applicables au précédent du contentieux administratif.

Les différentes bases théoriques que des auteurs comme LÓPEZ attribuent au « précédent constitutionnel / ordinaire », d'une part, et au « précédent du contentieux administratif », d'autre part, est probablement dû à deux raisons : (i) à l'amplitude excessive du concept traditionnel de précédent, qui comprend de façon incorrecte la doctrine constitutionnelle et les jugements de contrôle abstrait de la constitutionnalité (concept qui doit être limitée dans le sens déjà expliqué), et (ii) la confusion entre la nature et les fondements du précédent, d'une part, et leurs utilisations ou applications dérivées de politiques publiques de la branche judiciaire, d'autre part.

Une fois réduit le concept de précédent à ses justes proportions, il est évident qu'il y a un seul but et fondement du précédent dans le champ constitutionnel, le champ contentieux

⁵²⁷ MAGALONI, *Op. Cit.* p. 112-113. (Traducción libre)

⁵²⁸ LÓPEZ, « Eslabones... » *Op. Cit.* p. 190. (Traducción libre)

administratif et les affaires ordinaires, à savoir, la garantie d'un traitement juridique égal (article 13 de la Constitution).

2.1 Le précédent du contentieux administratif du CPACA a été conçu avec le paramètre du précédent constitutionnel, dont les principales catégories d'analyse ont été collectées.

Les particularités du précédent du contentieux administratif ne modifient pas les fondements constitutionnels et l'origine du précédent judiciaire en Colombie, et ne produisent pas un système autonome de précédent judiciaire. En effet, comme dit OSPINA, les instruments des arrêts d'unification jurisprudentielle (art 270) et du mécanisme d'extension des effets d'un arrêt d'unification (art. 102) étaient déjà utilisés par la Cour Constitutionnelle en matière de *tutelle* et d'extension des effets d'un arrêt dans un « état de choses inconstitutionnel ». ⁵²⁹

2.2 Comme le précédent constitutionnel, le précédent du contentieux administratif est un mécanisme permettant de réaliser le droit d'égalité devant la loi et d'égalité de traitement par les autorités (article 13 de la Constitution).

Le précédent constitutionnel à pris une place importante dans le système des sources du droit en Colombie avec le droit d'égalité devant la loi et d'égalité de traitement par les autorités, inscrits à l'article 13 de la Constitution. En fait, pour QUINCHE, la « positivation » d'une vaste ligne jurisprudentielle sur le droit à l'égalité de traitement est dans l'article 103 du CPACA, ce qui exige que le revirement de jurisprudence sur la portée et le contenu de la règle soit expressément et suffisamment expliqué et motivé. La ligne se compose d'arrêts comme les suivants : C-104 de 1993, C-037 de 1996, T-175 de 1997, C-836 de 2001, SU-120 de 2003, T-1023 de 2006 et SU-917 de 2010.

Par conséquent, quelles que soient les nombreuses utilisations et les avantages qui découlent de la reconnaissance et de la nature obligatoire du précédent pour l'ordre juridique, ceci est lié de façon inséparable au droit à l'égalité et, en particulier, au droit à un traitement égal en droit⁵³⁰.

Cela peut être vu dans les déclarations faites par la Cour Constitutionnelle en ce qui concerne les nouvelles institutions du CPACA. En effet, la Cour a expliqué qu'avec les arrêts d'unification jurisprudentielle, le législateur donne un traitement égale à tous ceux qui demandent leur application (art. 13 CP.), en respectant les articles 29, 83 et 93 de la Charte. ⁵³¹ En outre, dans l'affaire C-816 de 2011, le principe de l'égalité apparaît comme un point central de l'obligation de se conformer au précédent, et dans l'affaire C-179 de 2016, la Cour Constitutionnelle confirme que l'un des objectifs du CPACA est d'assurer l'égalité de traitement et, en particulier, de renforcer le rôle de l'unification jurisprudentielle du Conseil d'État⁵³².

⁵²⁹ OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. « De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y de vuelta? », Bogotá: Universidad Externado, 2009. p. 45. (Traduction libre)

⁵³⁰ QUINCHE, *Op. Cit.* p. 38. (Traduction libre)

⁵³¹ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-588 du 2012 », Magistrat Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864. (Traduction libre)

⁵³² Cour Constitutionnelle, Magistrat Luis Guillermo Guerrero Pérez, « Arrêt C-179 du 2016 », D-10973. (Traduction libre)

Compte tenu de ce qui précède, il faut dire que la conceptualisation du précédent du contentieux administratif vient directement du droit constitutionnel, duquel il emprunte les catégories d'analyse, et avec lequel il partage l'objectif principal, qui est la garantie du droit à l'égalité de traitement devant la loi (article CPACA 13). Cela est confirmé par : (i) les motifs du projet qui allait devenir la loi 1437 de 2011, (ii) l'article 3 du CPACA, qui consacre l'obligation des autorités à donner le même traitement et la même protection aux personnes et aux institutions impliquées dans les procédures ; (iii) l'article 10 du CPACA, qui contient l'obligation pour les autorités d'appliquer uniformément les règles et la jurisprudence pour résoudre les questions de sa compétence ; (iv) l'article 102 du CPACA qui, en régulant la figure de l'extension de la jurisprudence du Conseil d'État, compte parmi les exigences le devoir de prouver les mêmes hypothèses factuelles et juridiques ; et (v) l'article 103 de la CPACA qui, à cause du principe d'égalité, oblige les juges à motiver les revirements de jurisprudence de façon. Tout cela est même confirmé dans les arguments contre le précédent contraignant, qui critiquent la Cour Constitutionnelle parce que, d'après eux, elle n'applique pas l'article 230 de la Constitution sans argumenter sur l'obscurité ou sur l'ambiguïté du texte sinon, tout simplement, sur son incompatibilité avec le droit à l'égalité de tous devant la loi.⁵³³

En outre, il faut reconnaître que d'autres dispositions constitutionnelles et les principes généraux du droit justifient la force obligatoire du précédent judiciaire. En effet, parmi les raisons et les arguments de l'obligation de suivre le précédent juridique se trouvent : (i) l'optimisation du système juridique, (ii) l'unification du contenu des expressions et des termes de classification du droit, en éliminant ou réduisant l'ambiguïté (iii) la réalisation de la sécurité juridique et la confiance des citoyens, (iv) la capacité de contrôler l'activité judiciaire, (v) la réalisation de l'empire de la loi visé à l'article 230 CP et (vi) la prévention des conséquences négatives d'ignorer le précédent, comme la violation des droits fondamentaux de la victime, la configuration possible du crime de *prévarication* et la *tutelle* contre les jugements du tribunal.⁵³⁴ En outre, des considérations d'efficacité, la normalisation et la décongestion de la branche judiciaire expliquent en grande partie l'utilisation et l'effet qui a été donné au précédent dans le CPACA.

2.3 Par conséquent, la théorie locale du précédent contentieux administratif doit réaliser le droit à l'égalité devant la loi, compte tenu des flux légaux qui ont donné lieu à la figure du précédent et les « utilisations du précédent » qui ont motivé l'émission du CPACA.

Le but principal de la reconnaissance du précédent est de concrétiser le droit à l'égalité. Parmi les contributions de la « théorie du droit transnational »⁵³⁵ (TTD en espagnol) dans cette affaire, doit être mis en valeur l'une d'origine anglaise et assimilée par le juge minimaliste anglo-américain, qui est l'autorité limitée des arrêts avec force de précédent.

Le CPACA fait une « utilisation » du précédent à des fins de décongestion judiciaires, sans altérer du tout le concept de précédent judiciaire ou son fondement constitutionnel. Donc, il n'y a aucune dichotomie entre le précédent judiciaire obligatoire comme outil de

⁵³³ TAMAYO, *Op. Cit.*, p. 149.

⁵³⁴ QUINCHE, *Op. Cit.* pp. 41-45. (Traduction libre)

⁵³⁵ LÓPEZ, « Teoría Impura... », *Op. Cit.*, Chapitre 1. (Traduction libre)

décongestion judiciaire, d'une part, et l'extension des droits fondamentaux, de l'autre, comme proposé par quelques auteurs⁵³⁶. Dans le CPACA les deux projets fusionnent, étant la politique de décongestion toujours soumise à la nature et au fondement constitutionnel du précédent obligatoire.

Comme la Cour Constitutionnelle, depuis sa création, a étendu les effets des arrêts de *tutelle* à des cas similaires basés sur le principe de l'égalité (avant d'édifier, depuis 1995, la théorie de la jurisprudence obligatoire produite dans l'exercice du contrôle abstrait de constitutionnalité), de la même manière le CPACA part de ce principe pour soutenir l'extension des effets des arrêts d'unification jurisprudentielle.

Ce qu'a fait la Cour Constitutionnelle à travers des conditionnement qu'elle a mis en place au moment d'évaluer la conformité du CPACA avec la Constitution va au-delà de la fonction d'accommoder les contenus du précédent du contentieux administratif à ceux du précédent constitutionnel⁵³⁷. Elle a affirmé sa suprématie en tant que plus haut tribunal du système juridique, grâce à son rôle constitutionnel d'assurer la sauvegarde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution (art. 241 CP). C'est, en bref, une simple lutte de pouvoirs.

3. Idéologie d'avant-garde pour le contentieux administratif

3.1 Anti-formalisme et constitutionnalisme

Autrement dit, la Colombie a d'abord copié les idées et les théories européennes puis, récemment, a fait la même chose avec les américaines⁵³⁸. Cela explique pourquoi, depuis la fin des années quatre-vingts, on a commencé à importer une théorie de l'interprétation juridique et de l'argumentation juridique qui s'oppose aux excès du formalisme dominant des décennies précédentes, cette dernière étant basé sur la mémorisation et la déduction logique⁵³⁹. Cette nouvelle théorie a permis la réception du nouveau constitutionnalisme au cours des quinze dernières années du XXe siècle, à travers la « transplantation d'une nouvelle génération de constitutions politiques affirmant leur pouvoir réglementaire direct au-dessus du principe classique français de la souveraineté législative... »⁵⁴⁰.

Ces nouvelles transplantations de la théorie juridique ont permis, à leur tour, l'importation d'une nouvelle critique anti-formaliste parée du drapeau de l'interprétation, ce qui a donné un rôle de premier plan à la nouvelle herméneutique de DWORKIN et HART (dans la lecture locale et pré-réaliste de ce dernier)⁵⁴¹. En somme, la réception du nouvel anti-formalisme herméneutique explique l'importance des projets de libéralisation et de constitutionnalisation dans la région pour s'opposer à l'autoritarisme et au militarisme politique.⁵⁴² Dans ce contexte juridique, la philosophie déterminera la proposition d'une nouvelle doctrine locale du précédent judiciaire qui pourrait difficilement signifier un retour à un formalisme excessif qui prévalait au milieu du siècle dernier.

⁵³⁶ LÓPEZ, « Eslabones... », *Op. Cit.*, p. 120. (Traduction libre)

⁵³⁷ Ibidem, p. 191. (Traduction libre)

⁵³⁸ LÓPEZ, « Teoría Impura... », *Op. Cit.*, p. 13. (Traduction libre)

⁵³⁹ Ibidem, pp. 2-3. (Traduction libre)

⁵⁴⁰ Ibidem, pp. 3-4. (Traduction libre)

⁵⁴¹ Ibidem, pp. 4-5. (Traduction libre)

⁵⁴² Ibidem, pp. 6-7. (Traduction libre)

- 3.2 La théorie locale permettra aux juges et aux autorités administratives de déterminer et de mettre en œuvre de façon rationnelle les précédents contenus dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État.

Il faut accepter que les précédents ne sont pas des règles d'exclusion de second ordre dans le raisonnement pratique, et ne le sont pas non plus les textes législatifs -a qui RAZ attribue un degré plus élevé de contrainte, puisque les textes légiférés ne peuvent pas être distingués ou annulés par les juges-.

Les raisons de second ordre n'ont pas alors *force exclusive impérieuse* (« imperiosa fuerza excluyente »), parce que leur justification sera toujours nécessaire, par référence aux motifs justifiant la décision (raisons du premier ordre), lesquels pourront conduire le juge à écarter un précédent, ou à le revirer s'il a le pouvoir de le faire. Cela est dû non seulement aux règles de discrétion, mais aussi à la légitimité de l'autorité qui oblige les juges à ne pas profiter de l'indépendance de manière déraisonnable.

CHAPITRE II - Méthode pour déterminer et appliquer le précédent contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État

Ensuite, une méthode pour la recherche scientifique du précédent du contentieux administratif contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État sera proposée. Cette méthode devra permettre de déterminer et d'appliquer rationnellement, sans préjudice : (i) la base constitutionnelle de la reconnaissance du précédent judiciaire, (ii) les flux légaux qui ont donné lieu à l'adoption du modèle précédent contraignant en Colombie, (iii) les usages ou applications du précédent dans le CPACA, et (iv) les instruments pour assurer le devoir d'obéissance au précédent du contentieux administratif.

Les piliers de cette méthode sont les « Fondements théoriques de la théorie locale du Précédent » et les « Conditions pratiques d'une théorie locale du préalable » (Titre II, Chapitres I et II de la PARTIE I), auxquels sera fait référence tout au long de ce chapitre. Ainsi, la théorie locale du Précédent du Contentieux Administratif se compose des critères suivants:

1. Découverte du « vrai ratio » d'un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État

- **Correspondances:** Fondements théoriques 1.2, 2.3 et 3; Conditions pratiques 1.1, 2.1 et 2.2.

Pour découvrir ou déchiffrer le « vrai ratio » d'un arrêt d'unification jurisprudentielle du Conseil d'État, le juge du contentieux administratif ou l'autorité qui est responsable de la résolution d'un cas ne se limite jamais à « identifier » et « interpréter » *ex ante* et abstraitement, le *ratio* de l'arrêt d'unification, de sorte qu'il soit valable pour un certain nombre de cas futurs.

Au contraire, le juge, dans le cas à résoudre (C₂) devra travailler avec les faits « matériels » de chaque cas, dans un degré égal ou similaire de particularité, puisque la règle dans le cas précédent a déjà été « concrétisée » (MÜLLER) ou « individualisée » (SCHMILL et

COSSIO, après KELSEN)⁵⁴³ et que cette opération n'a pas réversible. Il n'y a alors aucune utilité de prétendre « monter » sur l'échelle de généralité pour passer à un niveau plus élevé d'abstraction. Sinon, la règle ainsi obtenu ne serait que le résultat des critères subjectifs du juge, fondés sur des jugements de valeur, et serait différente de la règle contenu dans le précédent invoqué et qui est destiné à être appliqué (C₁).

Ainsi, le juge doit trouver le « *vrai ratio* » au moment de son application (et aux fins de son application) dans le cadre de l'affaire à résoudre (C₂), cherchant à la fois la justification du cas précédent et la justification dont il a besoin pour résoudre l'affaire.

2. Le nœud de la question est l'analyse ou le test de pertinence des faits de chaque cas, qui seront comparés.

- **Correspondances:** Fondements théoriques 1.2, 2.2, 2.3, 3.1 et 3.2 ; Conditions pratiques 1.2, 1.3, 3.1 et 3.2.

Cette tâche consiste en l'examen simultané des faits et de la substance de la règle, afin de déterminer la nature des faits en relation avec les catégories de la règle, tel que l'exercice de la *qualification juridique des faits* que réalisent les tribunaux français.

Ce n'est pas que les seuls faits contiennent la raison de la décision, mais ils sont essentiels dans la comparaison de cas, étant donné que (i) le *ratio* inclut nécessairement les faits ou les conditions d'application de la règle, dans un système comme celui-ci « si les faits A, B et C se produisent, alors la conséquence sera Y »; et (ii) seuls les cas similaires doivent avoir une solution juridique similaire. Alors GOODHART à raison lorsqu'il invite à trouver la règle de décision « dans les conclusions rendues par le juge sur la base des faits matériels et à l'exclusion des faits non-matériels ». ⁵⁴⁴

2.1 Pour le test de pertinence, les techniques d'interprétation méta-textuelle du *ratio decidendi* sont utiles.

C'est par exemple l'analogie, entre autres techniques, qui visent à éliminer, à affaiblir ou à neutraliser le précédent (comme la technique de *distinction*⁵⁴⁵). Cependant, aucune d'elles n'est suffisante, seule, pour justifier rationnellement le résultat.

Comme les techniques d'interprétation textuelle n'ont aucune utilité dans cette sphère, il ne faut pas analyser ce que PERRONE appelle le « niveau de généralité du langage utilisé pour annoncer la thèse »⁵⁴⁶, parce que le juge de l'affaire précédente (C₁) n'est pas celui qui dicte la règle que le juge suivant doit appliquer pour décider le C₂, en utilisant le degré d'abstraction du langage comme un moyen de dialogue avec les juges futurs. Le raisonnement ou l'argumentation du cas précédent (C₁) et le langage utilisé dans le jugement invoqué comme précédent pourront seulement servir de guide quant à la pertinence des faits et à la justification possible pour la décision, mais le *ratio decidendi* «

⁵⁴³ SCHMILL et COSSÍO, *Op. Cit.*, pp. 57, 59. (Traduction libre)

⁵⁴⁴ A. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *Yale Law Journal*, p. 179. Cité par : MAGALONI, *Op. Cit.* p. 93. (Traduction libre)

⁵⁴⁵ CHIASSONI, « *La Filosofia...* », *Op. Cit.*, pp. 46-47. (Traduction libre)

⁵⁴⁶ PERRONE, *Op. Cit.*, p. 190. (Traduction libre)

ne doit pas être recherché dans les motifs d'une décision, mais seulement dans les faits matériels de l'affaire »⁵⁴⁷, comme dans la théorie anglaise du *stare decisis*. Cela est nécessaire pour la construction du « *vrai ratio* » qui n'est pas général et abstrait, mais particularisé.

2.2 Il faudra comparer les faits matériels des cas -sans élever leur degré de généralité ou d'abstraction- à la lumière de la raison juridique ou de la justification du cas précédent. Ces raisons « ont souvent le caractère de principes »⁵⁴⁸ (ALEXY), mais pas toujours.

Dans le cas des arrêts d'unification jurisprudentielle, feront partie de la raison de la décision, au moins : (i) le droit reconnu dans ce jugement et (ii) les faits matériels qui ont déterminé la situation du titulaire du droit (identification des circonstances factuelles et juridiques qui ont donné lieu à la reconnaissance du droit ou privilège par le tribunal antérieur).

Donc, ce que le juge administratif ou l'autorité administrative comparent ne sont pas des règles mais des faits, parce que le *ratio* comprend des événements ou des conditions d'application de la règle. Voilà pourquoi la *ligne jurisprudentielle* est une méthodologie inadéquate, qui ne prête pas suffisamment attention aux faits dans la construction de la règle du précédent. (Voir PARTIE II, TITRE I, chapitre I, section 2.3).

À un niveau inférieur de généralité, plus de faits seront matériels et, par conséquent, si la règle est moins générale, moins de cas seront « similaires » à celui qui a donné lieu au précédent. En d'autres termes, dans le cas d'une généralité moindre, il est plus difficile de trouver un cas avec des faits communs à ceux du cas qu'origine du jugement à force de précédent, car il est plus probable qu'il y ait un fait dans le cas C₂ qui, étant un fait matériel, soit absent dans le cas C₁, ou qu'un fait matériel du C₁ ne soit pas présent dans le cas C₂. Cela présente un avantage supplémentaire : réduire les scénarios de conflit entre plusieurs précédents applicables à un même cas (un conflit, par exemple, entre C₁ et un cas imaginaire C₀ conduisant à un résultat différent), étant possible de délimiter, dans chaque cas, le champ d'application de la règle à appliquer par l'inclusion de faits matériels suffisants pour que l'un d'entre eux soit absent dans le cas de conflit contenant le précédent.

2.3 Une fois observée la *similitude prima facie*, l'opérateur juridique doit se concentrer sur l'identification des différences entre C₁ et C₂ et qualifier la « pertinence » de tels différences d'après la justification qui sous-tend la règle du précédent. Autrement dit, ce sont les différences, et non les similitudes, qui sont soumises au *test de pertinence*. Cette comparaison fonctionne à la lumière de la raison juridique ou de la justification du cas précédent, des raisons qui « ont souvent le caractère de principes »⁵⁴⁹ (ALEXY), mais pas toujours.

La clé est donc non seulement d'évaluer les facteurs qui ont été déterminants pour la solution dans le cas qui précède (C₁), mais aussi d'analyser si les différences entre les cas -

⁵⁴⁷ BUSTAMANTE, « La interpretación... », *Op. Cit.*, p. 115, en citant à ARTHUR L. GOODHART. « Determining the ratio decidendi of a case », en ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, p. 2. (Traduction libre)

⁵⁴⁸ ALEXY. « *Two or Three?* », dans MARTIN BOROWSKI (ed.). *On the Nature of Legal Principles*, ARSP-Beiheft 119, Franz Steiner, Stuttgart, 2010, p. 14. Cité par: BUSTAMANTE, « La Función de la Analogía... », *Op. Cit.* p. 137. (Traduction libre)

⁵⁴⁹ Idem.

prima facie considérés comme « similaires »- sont ou pas pertinentes compte tenu de la justification de la décision antérieure (C₁) et si, par conséquent, ces différences justifient ou non une distinction.

2.4 La distinction (« *distinguishing* ») est applicable seulement dans un système dans lequel il y a une obligation de suivre le précédent⁵⁵⁰, et elle consiste à exclure le *ratio decidendi* du passé.

Dans le but de la distinction, il ne suffit pas d'identifier le « niveau de généralité des faits matériels »⁵⁵¹ concordantes, et de justifier qu'un niveau inférieur à celui constaté soit juste ou ordonné par une définition correcte du *ratio decidendi*, liée aux faits du cas d'origine. Ce niveau inférieur de généralité, plus particulier que le niveau auquel sont les faits concordants, inclus des faits matériels de l'affaire C₁, et certains faits qui sont absents dans le cas C₂, ce qui permet de conclure que le cas n'est pas strictement régi par le précédent.

Mais on a dit que cela ne suffisait pas, pour deux raisons. Premièrement, comme prévu, il est possible que le même ensemble de faits soit régi par deux précédents ou plus, c'est-à-dire que la tâche ne se limite pas à la comparaison entre les faits de C₁ et de C₂, mais qu'elle implique aussi la confrontation entre C₂ et un ou plusieurs précédents potentiellement applicables et qui conduirait à une conséquence inverse: C₀. Puisque C₂ partage certains faits avec C₀, pas tous présents dans C₁, le choix entre C₀ et C₁ comme la règle applicable dépend, dans une large mesure, du niveau de généralité choisi pour les faits et du choix des faits matériels qui font partie du modèle factuel. Cependant, si l'on constate que ce choix n'est ni déterminé par le résultat, ni simplement intuitif, et pour qu'il serve comme partie d'un véritable exercice rationnel - dans la mesure du possible - un facteur supplémentaire doit être introduit. Sinon, le choix du niveau de généralité ne cesserait pas d'être un prétexte à appliquer l'un ou l'autre précédent, et rien de plus. Cette partie de la théorie locale trouve sa source dans TUSHNET qui, en l'étudiant, a trouvé cette possibilité de "conflit" et a souligné qu'il est urgent de donner une solution logiquement acceptable et raisonnable.

La deuxième raison est que, en plus de cette opération, il est nécessaire de contrôler le résultat obtenu en appliquant C₁ (et surtout lorsqu'il y a eu auparavant un choix entre des règles judiciaires potentiellement applicables qui a conduit à préférer C₁ à C₀).

Donc, en plus de cette opération ...

2.5 Le résultat doit être contrôlé, faute de quoi la décision serait laissée au hasard ou deviendrait simplement « particulariste ».

Puis, quand l'observation des différents niveaux de généralité révèle qu'un précédent n'est pas exactement applicable, il faudra analyser si, malgré tout, la décision doit être la même compte tenu de la « pertinence » de ces différences d'après la raison d'être de la règle du précédent, comme indiqué à la section 2.3 du présent chapitre. La comparaison des faits ici mentionnée ne sera pas « particulariste »⁵⁵² ou minimaliste, parce que dans ce processus l'application du résultat Y₁ au cas C₂ sera contrôlée.

⁵⁵⁰ TROPER et GRZEGORZYK, *Op. Cit.*, p. 132. (Traducción libre)

⁵⁵¹ BUSTAMANTE, «La interpretación...», *Op. Cit.*, p. 120. (Traduction libre)

⁵⁵² BUSTAMANTE, « La Función... », *Op. Cit.*, p. 147. (Traduction libre)

Donc, il est nécessaire de trouver « la **raison d'être** des règles du précédent, l'**objectif** poursuivi par les règles juridiques », lequel permet de justifier une règle similaire (RAZ)⁵⁵³ (Gras ajouté). Le schéma que le juge pourrait appliquer dans l'affaire en attendant la décision (C₂), est le suivant :

C₁: si A, B, C → **Y₁ (justifié par X)**

Où Y₁ = f(X)

La variable indépendante de la fonction (X = critère juridique), détermine la variable dépendante de la fonction (Y₁ = la décision du cas, le résultat).

Ensuite, il faut analyser si pour le nouvel ensemble de faits « matériels » (C₂), Y₁ reste f(X), autrement dit, si d'après une nouvelle série de faits A, B et D, l'application du résultat Y₁ sera fondée sur le même critère juridique X. Cela ne se produira que si le *test de pertinence* indique que les différences entre C₁ et C₂ ne concernent pas les faits importants, à savoir les différences (fait C comparé au fait D) ne sont pas suffisantes pour écarter le précédent établi dans le cas C₁.

C₂: si A, B et D → **Y₁ (justifié par X ?)**

Il faut vérifier alors si pour ce nouvel ensemble de faits « matériels », Y₁ reste f(X), à savoir, si pour ces faits Y₁ est toujours soutenu par la norme juridique X.

Mais même si la réponse est négative (si dans le cas C₂, Y₁ n'est pas une fonction de X), rien n'empêcherait le juge du cas C₂ de constater que les motifs factuels C₁ et C₂ satisfont un même critère X'. Ainsi, l'application du résultat Y₁ ne serait justifiée que si: (i) X' justifie aussi le *test de pertinence* pour la comparaison des cas, et (ii) si la décision Y₁ est défendable, aussi, en fonction de X', c'est-à-dire une norme juridique qui justifie le résultat Y₁ dans les deux cas (C₁ et C₂). Sinon, le fait C, qui est absent dans le cas C₂, devrait être considéré comme « matériel » et donc conduira à une distinction (à savoir, à l'application de Y₂).

De plus, si on considère la possibilité (qui sera exceptionnelle, étant donné le grand nombre de faits matériels qui sont inclus dans la règle judiciaire comme résultat de la manière dont on a formulé le précédent) qu'il y ait un conflit entre les précédents contenus en C₀ (dont les faits sont A, B et **E**, par exemple) et C₁ (dont les faits sont A, B et **C**), les deux précédents possiblement applicables pour résoudre le cas C₂ (dont les faits sont A, B et **D**), le choix, comme prévu, ne peut pas dépendre uniquement de la présence de E dans C₀ (et son absence dans C₁ et dans C₂) comme "fait matériel" et de l'argument que C (présent seulement dans C₁) n'est pas matériel, parce qu'un tel raisonnement devra considérer aussi le principe que le précédent et le cas à résoudre partagent (X ou X' dans C₁; Z ou Z' dans C₀), comme expliqué.

Comment décider entre deux précédents potentiels (C₀ et C₁) si les deux partagent des faits matériels avec le cas qui doit être résolu ? Le besoin d'harmoniser les différences matérielles entre C₂ et l'un de ces cas par l'introduction d'un critère juridique différent de celui

⁵⁵³ JOSEPH RAZ. *The Authority of Law: Essays of Law and Morality*, trad. Zhu Feng, 2005, pp. 176-177. Cité par: ZHANG QI, *Acerca del Método para la Identificación de Casos Ilustrativos a Partir de la Práctica del Litigio*, pp. 263-299. Dans: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), « *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* », Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Juin de 2015. p. 294. (Traduction libre)

initialement identifié (X' ou Z'), même si cela est possible, obligera à laisser de côté ce cas et, par contre, à appliquer l'autre précédent applicable qui n'a pas besoin d'une telle harmonisation. Dans ce cas, on devra préférer le précédent qui, appliqué au cas nouveau (C₂), permettra d'utiliser le même critère juridique *prima facie* applicable dans le dernier cas; en ignorant le précédent auquel manque un nouveau critère commun –il faudra alors faire une distinction entre ce cas et le cas à résoudre-. On suit ici, aussi, la proposition de TUSHNET pour sortir de cette *impasse*.

Ce possible conflit entre précédents applicables se résoudra de façon différente s'il ne s'agit pas de deux précédents potentiels du Conseil d'Etat sinon d'un possible conflit entre un précédent constitutionnel et un précédent contentieux administratif. Dans ce cas, le choix, d'après la Cour Constitutionnelle, serait-il plus simple. La solution qui prévaudrait serait celle contenue dans le précédent constitutionnel (arrêts C-634/11 et C-816/11). Donc, le juge contentieux administratif ou l'autorité administrative serait obligé de négliger le précédent contentieux administratif, pour des raisons que le juge devrait expliquer. Si cela arrive dans le Conseil d'Etat, il y aurait une instance additionnelle pour *overruling*.

Donc, soit les différences immatérielles entre C₁ et C₂, soit les différences matérielles harmonisables en introduisant une autre norme juridique X' pour laquelle l'application du résultat Y₁ à C₁ et C₂ sera rationnellement justifiée [$Y_1 = f(X')$], entraînera l'application du précédent.

3. Si la distinction n'est pas légitime (à savoir le précédent de l'arrêt d'unification est applicable en l'espèce à résoudre), le juge ou l'agent administratif lié par le précédent judiciaire devra constater que le résultat est justifié

- **Concordances:** Fondements théoriques 2.2, 2.3, 2.5 et 3.3 ; Condition pratique 3.2.

Une fois que l'opérateur juridique estime que cela est un précédent applicable, la « justification du résultat » est dû (opération qui est différente de « contrôler le résultat », expliquée plus haut). Afin de déterminer si l'application du résultat Y₁ au cas C₂ sera justifiée, on doit se poser la question suivante : est-ce que le résultat fait partie de l'universalité attendue?

S'il y a un cas similaire -vérification déjà faite dans l'étape antérieure- par souci de cohérence et de la discipline judiciaire, il est souhaitable (et nécessaire) que le résultat qui a été jugé comme juste pour un certain cas, le soit aussi dans le nouveau cas. Ainsi, la mise en œuvre du résultat Y₁ au cas C₂ [$Y_1 = f(X \text{ ou } X')$] sera justifiée. Si cette obligation n'est pas remplie, il y aura un *retrait* ou une *revirement* du précédent, selon l'opérateur juridique chargé de la prise de la décision.

4. Enfin, la pondération des principes sera nécessaire si l'application du résultat ou la conséquence de l'affaire précédente (Y₁) pour le nouvel ensemble de faits (C₂), en dépit d'être commandée par la règle de précédent et d'être justifiée, génère une collision de principes.

- **Correspondances:** Fondements théoriques 2.2, 2.4 et 3.3; Condition pratique 3.2.

La collision possible entre les principes pourrait se produire entre:

- a. D'un côté, les principes qui justifient l'application du résultat (Y_1) aux faits de la cause C_2 . C'est un cadre de principes qui justifient d'appliquer le même résultat que le cas précédent, à savoir le principe qui soutient la règle de la décision en C_1 , mais aussi les principes de la cohérence, la continuité, l'égalité, la certitude et la prévisibilité du droit, lesquels justifient l'adhésion à un précédent ; et
- b. De l'autre côté, les principes qui seraient éventuellement violés si le résultat Y_1 était appliqué aux nouveaux faits du cas C_2 , y compris la justice même.

Si, à la suite de la pondération, les seconds (b.) prévalent, le juge qui a produit le précédent (le Conseil d'État, si c'est un arrêt d'unification jurisprudentielle) devra révoquer le précédent, alors que le juge inférieur ou l'agent administratif obligé de suivre le précédent utilisera le *retrait administratif ou juridictionnelle* dans des cas exceptionnels et admis par la jurisprudence (Chapitre II du Titre I de la PARTIE II). Notez qu'il n'y a pas de place, à ce stade très avancé du processus de décision, pour la *distinction* des cas, du moins pas si on essaie de faire un usage rationnelle et honnête de la technique de distinction.

Dans un système de précédent contraignant, c'est seulement après que la comparaison des cas C_1 et C_2 ait permis de conclure que la règle du précédent est applicable au cas en attente d'être résolu (qui est, par conséquent, *similaire* et ne peut pas être rationnellement *distingué*), que le « dilemme » entre l'application ou la révocation/retrait du précédent peut exister, mais seulement dans les cas où le résultat [$Y_1 = f(X \text{ ou } X')$ pour C_2] ne se justifie pas ou si ce résultat conduit à la collision de principes.

Comme on peut le voir, il n'y a pas de *distinction* dans cette quatrième étape, mais seulement la possibilité de revirement ou de retrait du précédent, parce que si une collision se produit, c'est parce que le précédent a été jugé applicable et justifié, mais il faut quand même faire une pondération de principes pour arriver au résultat.

Donc on n'accepte pas l'idée d'ALEXY sur la prétendue impossibilité de comparer les cas sans aller à la pondération⁵⁵⁴, ni la proposition de BUSTAMANTE qui arrive à réduire l'analogie juridique ou la comparaison des cas à seulement un développement du droit à partir de la pondération.⁵⁵⁵ En revanche, dans le schéma proposé ici, c'est uniquement lorsque la comparaison des cas permet de conclure que la règle du précédent est applicable au cas en attente d'être résolu (qui est, par conséquent, un cas similaire et comme tel ne peut être distingué), que le dilemme entre l'application ou le revirement/retrait du précédent **peut survenir** si le résultat ne se justifie pas, ou si une collision de principes se produit. Ce dilemme ne survient que rarement.

⁵⁵⁴ ALEXY, Robert. « Two of Three? ». pp. 9- 18. En: « On the Nature of Legal Principles », Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010. p. 18. (Traducción libre)

⁵⁵⁵ BERNAL et BUSTAMANTE, « Introducción ». *Op. Cit.* p. 15. (Traduction libre)

CONCLUSIONS

Cette dernière partie met en évidence les principales conclusions de cette recherche, en particulier les piliers et les critères de la théorie locale du précédent ainsi construite, et la méthode pour déterminer et appliquer rationnellement les précédents contenus dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat.

La Colombie, comme les systèmes d'Europe continentale, a progressivement abandonné la prémisse « normativiste » selon laquelle la loi est une entrée préexistante que le juge est vouée à utiliser, grâce à la « séparation organique et procédurale entre la fonction de créer des normes et celle de les appliquer »⁵⁵⁶. Des auteurs comme MORAL se réfèrent à la disparition des frontières claires entre les systèmes juridiques de *common law*, où les normes législatives sont de plus en plus pertinentes, et de *droit continentale*, où « l'utilisation des précédents judiciaires est une ressource habituelle dans l'interprétation du Droit et la justification des décisions ».⁵⁵⁷

Il est incontestable que le précédent s'est imposé comme la principale source de droit en Colombie, même contre sa tradition de droit civil avec un fort attachement à la légalité. En fait, c'est non seulement la doctrine du précédent qui régit le droit colombien, mais elle semble être encore quelques fois plus stricte que dans les pays de *common law*. Les nouvelles institutions créées dans le Code de Procédure Administrative et du Contentieux Administratif donnent à la jurisprudence le caractère de précédent dans ce domaine, et non plus seulement une fonction indicative ou persuasive. Cela est confirmé par (i) l'article 10 du CPACA, (ii) les mécanismes prévus par la loi pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat, et (iii) la charge d'argumentation que doit satisfaire le juge pour écarter ce précédent.

Quant au premier élément, lorsque l'article 10 du CPACA établit l'obligation d'application uniforme des normes constitutionnelles, légales et réglementaires dans les cas ayant les mêmes hypothèses factuelles et juridiques, et l'obligation de prendre en compte les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui interprètent et appliquent ces normes, il contraint à appliquer les précédents contenus dans ces arrêts, et pas seulement des règles qu'ils invoquent et interprètent.

Quant au second élément, quel que soit le but annoncé par le CPACA et défendu par ses rédacteurs, la vérité est que la portée et l'application pratique des institutions comme l'extension des effets des arrêts d'unification jurisprudentielle (article 102 CPACA), la procédure d'extension de la jurisprudence du Conseil d'Etat à des tiers (article 269 CPACA), et le recours extraordinaire d'unification de jurisprudence (article 258 CPACA) attestent que ce Code n'est pas seulement un guide pour l'unification du droit en vigueur. C'est le cas, aussi, de la viabilité de la *tutelle* contre les jugements qui ne respectent pas le « précédent » contenu dans les arrêts d'unification, ainsi que la possibilité que le crime de prévarication soit configuré par la même cause.

Quant au troisième élément, la charge d'argumentation que doit satisfaire le juge pour écarter ce précédent, les juges colombiens sont contraints d'appliquer de plus en plus

⁵⁵⁶ MAGALONI, *Op. Cit.* p. 63. (Traduction libre)

⁵⁵⁷ MORAL, *Op. Cit.* p. 16. (Traduction libre)

souvent la technique de distinction de type anglo-saxon pour écarter un arrêt d'unification jurisprudentielle. Dans ce processus, un facteur déterminant est l'analyse de l'identité factuelle et juridique. Aussi, les autorités administratives ne parviennent pas à appliquer les effets des arrêts d'unification jurisprudentielle, entre autres, en exposant les raisons pour lesquelles elles estiment que la situation du requérant est différente de celle décidée dans l'arrêt d'unification invoqué et, par conséquent, il n'est pas possible d'étendre ses effets (article 102 du CPACA). Ceci est parfaitement en harmonie avec l'institution de l'extension des effets des arrêts d'unification car, comme expliqué, leurs effets peuvent seulement être étendues à ceux qui le demandent et qui accèdent les mêmes circonstances factuelles et juridiques (Article 102 CPACA). Par conséquent, les jugements de l'unification jurisprudentielle sont plus que des conseils d'interprétation pour l'application uniforme du droit existant. Ils constituent une source autonome, créatrice de règles.

On peut dire que la discussion de savoir si des précédents ont ou pas force normative est dépassée dans le débat juridique national. Le débat devrait se concentrer désormais sur la façon de réaliser les postulats du CPACA sur l'obligation d'application uniforme des règles et de la jurisprudence (article 10); l'obligation des juges de motiver de façon expresse et suffisante un revirement de la jurisprudence sur la portée et le contenu d'une norme, en vertu du principe d'égalité (article 103); la fonction donnée au Conseil d'Etat et à ses sections pour produire des arrêts d'unification jurisprudentielle, entre autres, à raison de la nécessité d'unifier et d'établir la jurisprudence (article 270); et le devoir des agents administratifs et du Conseil d'État d'étendre les effets des arrêts d'unification jurisprudentielle dans lesquels un droit a été reconnu, à ceux qu'y demandent et de prouvent les mêmes hypothèses factuelles et juridiques (articles 102 et 269, respectivement).

Il faut prêter attention au fait que le positionnement du précédent comme la principale source de droit en Colombie a eu lieu progressivement et même de manière désordonnée, sans une base théorique qui serve de support et qui évite les contradictions et les échecs dans ce processus évolutif. Il est nécessaire, par exemple, de décanter le concept de « précédent », compte tenu du fait que les arrêts de la Cour Constitutionnelle, lors des contrôles abstrait et concret de constitutionnalité, ne peuvent pas être assimilés, parce que les arrêts de contrôle abstrait ne dérivent pas leur nature contraignante d'une condition de « précédent » (malgré les efforts de la Cour Constitutionnelle pour dire le contraire) sinon de la chose jugée, comme déjà expliqué. Cela n'implique ni de méconnaître la force obligatoire des arrêts de constitutionnalité ni leur condition de source principal du droit.

Pour fournir le précédent du contentieux administratif en fondements théoriques, on ne peut pas simplement appliquer, sans plus tarder, la doctrine étrangère du précédent puisque, contrairement aux affirmations de BUSTAMANTE, il est impossible de parler d'une « théorie générale de la jurisprudence »⁵⁵⁸.

De plus, on ne peut pas perdre de vue les difficultés de transplantation de ces modèles à un système qui, comme le colombien, à un « paradigme juridique »⁵⁵⁹ radicalement différent de l'américain, bien que les frontières entre le *common law* et le droit civil aient aujourd'hui au peu près disparues.

⁵⁵⁸ BUSTAMANTE, « La interpretación... », *Op. Cit.*, p. 112. (Traduction libre)

⁵⁵⁹ MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63. (Traduction libre)

Dans tous les cas, aucune des théories abordées dans la PARTIE I de la thèse ne contient les paramètres théoriques et empiriques d'une théorie du précédent qui permette, par elle-même, de déterminer et d'appliquer le « précédent judiciaire » contenu dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat, de sorte que la justification rationnelle des décisions judiciaires et administratives qui appliquent cette source de droit est raisonnable et, en même temps, en rapport avec les exigences du CPACA. En effet, dans la pratique continentale, il n'y a pas de théorie générale du précédent semblable à la doctrine de la jurisprudence ou à la doctrine anglo-saxonne du précédent.⁵⁶⁰

Il est donc essentiel de comprendre les contextes culturels qui accompagnent les théories transnationales du droit (TTD)⁵⁶¹ dans leurs sites de création, et la façon de raisonner de l'opérateur juridique dans les sites de réception, car c'est l'opérateur -le juge, le doctrinaire, l'avocat, le professeur de droit- qui devra appliquer la TTD transplantée, c'est-à-dire qui sera le véritable architecte de la transplantation juridique et donc le responsable de déterminer son résultat. Ce qui a été abordé dans l'INTRODUCTION concernant la doctrine anglaise des précédents judiciaires donne des leçons importantes pour le cas colombien, tels que: (i) l'inclinaison vers le concret et le pratique, ainsi que les droits précis en jeu dans le cas qui doit être décidé⁵⁶²; (ii) Le concept de *holding* ou *ratio decidendi* qui, d'après GOODHART, ne réside pas dans la motivation du juge, mais dans ce que le tribunal a décidé⁵⁶³; (iii) l'accentuation de GOODHART sur le niveau de « généralité de la règle de décision », qui dépend de la quantité de faits qui ont été considérés comme des matériaux dans le jugement⁵⁶⁴; (iv) la présomption contre les principes larges⁵⁶⁵; et (v) la portée étroite du précédent, qui est limitée aux faits examinés par la Cour, au point qu'il ne constituera pas un précédent pour les faits non considérés⁵⁶⁶.

En outre, l'examen des différentes positions épistémologiques (PARTIE I de cette dissertation) permet de déterminer les FONDEMENTS théoriques et les CONDITIONS pratiques de la théorie pour la Colombie, lesquels à leur tour servent de support à la structuration de la théorie locale du précédent du contentieux administratif. En effet, le recensement théorique fait dans la PARTIE I révèle la proximité du droit commun avec le raisonnement analogique et casuiste et, donc, avec un modèle de raisonnement judiciaire qui améliore les faits. Ce schéma apporte aussi l'enseignement sur le rôle de la justice et l'égalité dans le régime minimaliste, qui est concerné, comme on le voit, par « la flexibilité, le dynamisme et la résilience du *case law* pour de nouveaux scénarios sociaux »⁵⁶⁷ et est probablement celui qui développe de la meilleure manière le *case and controversy requirement* de l'article III de la constitution des États-Unis. Compte tenu des restrictions que le système juridique colombien impose au travail du juge administratif, certains éléments de l'approche minimaliste sont utiles pour surmonter les limites que la loi locale pose à la reconnaissance et à l'application du précédent.

⁵⁶⁰ MORAL, *Op. Cit.*, pp. 17-18. (Traduction libre)

⁵⁶¹ LÓPEZ, « Teoría Impura... », *Op. Cit.*, p. 15. (Traduction libre)

⁵⁶² CALVO, *Op. Cit.* p. 90. (Traduction libre)

⁵⁶³ MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94 (Traduction libre).

⁵⁶⁴ Idem

⁵⁶⁵ GOODHART. *Op. Cit.* p. 182. (Traduction libre)

⁵⁶⁶ Ibidem. p. 172. (Traduction libre)

⁵⁶⁷ MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63. (Traduction libre)

On peut s'alimenter des apports de la théorie juridique contemporaine pour construire une théorie locale qui soit compatible avec le nouveau rôle de la jurisprudence colombienne du contentieux administratif et qui reconnaisse (i) les flux légaux qui sont à l'origine la figure du précédent en Colombie, (ii) les éléments caractéristiques des théories hégémoniques transplantées, ajustés à la réalité colombienne (« site de réception »⁵⁶⁸), et les flux légaux qui ont donné lieu à la figure du précédent en Colombie, (iii) les fondements théoriques et constitutionnels du respect du précédent judiciaire en Colombie et (iv) les objectifs de la création des « arrêts d'unification jurisprudentielle » dans la loi 1437 de 2011. Pour cette tâche, il faut abandonner toutes tentatives de reconstruire le processus intellectuel ou psychologique que fait le juge pour arriver à la décision judiciaire et, par contre, se concentrer sur le processus de justification rationnelle de la décision.

Parmi les principales contributions exploitées se trouvent les idées de BUSTAMANTE sur l'identification du précédent comme la création d'une nouvelle règle au moment de son application et l'application du précédent comme une forme de raisonnement par analogie. Cela ne remet pas en cause les critiques déjà faites sur l'importance exagérée que l'auteur attribue à l'opération de pondération dans la comparaison des cas, le sacrifice excessif de l'analyse des faits et l'idée de l'interprétation comme un processus antérieur à la mise en œuvre du droit.

La théorie locale du précédent du contentieux administratif ici présentée a son origine dans les pensées de ceux qui lient le précédent au principe d'universalité et, en particulier, de ceux qui voient l'« argument juridique » comme une sorte de discours pratique, dont les conditions de limitation inclut le précédent (GASCÓN, ALEXY, AARNIO et MACCORMICK). En se basant sur l'idée que le processus de raisonnement avec les précédents est une façon « unique » ou « spéciale » de faire le raisonnement juridique, différente du processus de raisonnement avec des textes normatifs, on doit souligner l'attention qu'ALEXY prête à un aspect transcendantal, qui est le vrai problème de travailler avec les précédents : « la détermination de la pertinence des différences ». ⁵⁶⁹ Bien que la théorie d'ALEXY ait l'inconvénient de ne pas fournir de règle pour déterminer la pertinence des différences⁵⁷⁰, l'auteur fait un apport précieux en dirigeant l'attention du juriste et du théoricien du droit vers ce qui est vraiment pertinent, qui sont les différences entre les cas. Cela, plus l'accent de cet auteur sur le principe de l'universalité et sur l'existence de principes sous-jacents à chaque règle, permettent aux avantages de sa théorie de dépasser ses propres lacunes.

Et bien que le raisonnement analogique soit plus proche du système anglo-saxon que du continental, la règle du précédent dans le système des sources du droit en Colombie exige d'aller au-delà des décisions fondées sur des règles pour commencer à prêter plus d'attention aux faits. Il en est ainsi non seulement parce que c'est une caractéristique essentielle de tout système de précédents, mais aussi parce que depuis HESSE et MÜLLER il est devenu clair que la subsomption n'est jamais suffisante comme mécanisme d'application du droit et que, au contraire, la concrétisation permet la coordination objective des relations entre les différentes normes. ⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Idem.

⁵⁶⁹ ALEXY, « Teoría de la Argumentación... », *Op. Cit.*, p. 262. (Traduction libre)

⁵⁷⁰ Idem.

⁵⁷¹ HESSE, *Op. Cit.* p. 47. (Traduction libre)

De fait, le texte est à peine l'un des éléments de la concrétisation, qui n'a pas un poids supérieur à ceux des autres éléments et, bien qu'il apporte les premiers éléments d'appui, son effet n'est que de limite au programme normatif, lequel ne peut pas aller au-delà de l'espace que le texte fournit. Sinon, la décision serait irrégulière. Ainsi, dans la concrétisation, plusieurs éléments sont mis en jeu, comme des données sociologiques, politiques et économiques apportés par le champ normatif de la disposition à concrétiser.⁵⁷² Le risque que la décision judiciaire devienne politique au moment d'incorporer ces éléments peut être réduit si on réduit la portée de la décision et si on enlève au juge la tentation de changer le monde avec ces arrêts. La pression que subit le juge, selon LLEWELYN, pour résoudre le cas concret aide aussi⁵⁷³.

De plus, avec HESSE, les données du champ normatif permettent de résoudre les cas où il y a une relation entre plusieurs dispositions, grâce à la coordination objective des rapports et une exposition des points de vue objectifs qui permettent cette coordination. Donc, le champ normatif a une nature systématique, parce que ses données permettent cette coordination⁵⁷⁴.

On partage également la poursuite de l'universalisation faite par AARNIO, comme base de toute argumentation rationnelle, et l'invitation faite par l'auteur de dégager les cas de leurs « éléments de base » pour trouver une « clé analogique » et donc vérifier la similitude entre eux et justifier pourquoi certains éléments sont considérés comme pertinents ou reçoivent un certain poids.⁵⁷⁵

Dans la DEUXIEME PARTIE de la thèse, il est confirmé qu'il n'y a pas, à ce jour, de théorie locale qui reconnaisse la véritable condition de « précédent » des arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat en Colombie. Bien que la rhétorique de plusieurs doctrinaires évoque, de façon un peu romantique et même prétentieuse, le concept de « précédent », aucun d'eux n'a adressé cette institution au sens strict. Autrement dit, il y a une théorie qui intègre les faits matériels dans le *ratio decidendi*, en se basant sur la comparaison analogique des cas, limitant leur nature contraignante à la question particulière à résoudre et acceptant une présomption contre les principes larges et profonds.

Un concept strict de « précédent » comme celui qu'on propose dans cette thèse permettra peut-être de réconcilier, sans interprétations tirées par les cheveux : (i) la force normative du précédent en Colombie ; et (ii) le texte de l'article 230 de la Constitution Politique. Une réinterprétation raisonnable et contemporaine de l'article 230 serait la suivante : le concept de « loi », contenu dans la première partie de l'article inclut, parmi les *sources principales* du droit auxquelles les juges sont soumis, le précédent et les arrêts de contrôle abstrait de constitutionnalité de la Cour Constitutionnelle. Par contre, les autres arrêts composent la « jurisprudence », mentionnée dans la deuxième partie de l'article 230 comme *critère auxiliaire* de l'activité judiciaire.

La Cour a reconnu que le précédent judiciaire apparaît comme un mécanisme générateur d'égalité juridique, lorsque les citoyens peuvent compter sur le fait que le droit déjà reconnu

⁵⁷² MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 293. (Traducción libre)

⁵⁷³ LLEWELYN, *Op. Cit.*, pp. 31-32. (Traducción libre).

⁵⁷⁴ HESSE, *Op. Cit.*, p. 47.

⁵⁷⁵ AARNIO, *Op. Cit.*, pp. 159-161. (Traduction libre)

à une personne doit être reconnu aux autres dans la même situation de fait et juridique initialement définie⁵⁷⁶. Et, comme la Cour Constitutionnelle, depuis sa création, a étendu les effets des décisions de *tutelle* à des cas similaires en se basant sur le principe d'égalité (avant que, depuis 1995, ne commence à émerger la jurisprudence obligatoire offerte dans l'exercice de révision constitutionnelle abstraite), de la même manière, le CPACA soutient l'extension des effets des arrêts d'unification jurisprudentielle grâce à ce principe.

Il existe, bien sûr, des instruments juridiques importants pour assurer la force obligatoire des arrêts d'unification jurisprudentielle, et leur application comme règle judiciaire (précédent) dans les cas futurs similaires. Cependant, il faut une théorie locale du précédent du contentieux administratif comme celle proposée ici, afin que cette tentative ne soit pas non-théorique, incohérente ou un amalgame de morceaux de familles et de traditions juridiques différentes, ce qui ne rendrait pas nécessairement possible de déterminer et appliquer rationnellement le précédent contenu dans ce type spécial de jugements.

Par conséquent, il faut une théorie locale du précédent judiciaire qui prenne en compte (i) les contributions théoriques faites à la doctrine du précédent judiciaire, (ii) les bases théoriques et constitutionnelles du respect du précédent judiciaire en Colombie et (iii) l'objectif de la création des arrêts d'unification jurisprudentielle dans la Loi 1437 de 2011. Ceci, afin de sauvegarder les principes d'égalité et de sécurité juridique, la prévisibilité des décisions de justice et le but du précédent lui-même. En outre, le processus de raisonnement avec précédents est une forme « unique » ou « spéciale » de raisonnement, différente du processus rationnel à partir des textes juridiques et qui nécessite donc une théorie distincte.

De plus, étant donné que la plupart des juges de contentieux administratifs et les autorités administratives qui agissent en Colombie aujourd'hui n'ont pas été éduqués à la doctrine du précédent judiciaire, ni ont des critères clairs pour déterminer et appliquer les précédents contenus dans les arrêts d'unification jurisprudentielle du Conseil d'Etat, une analyse comme celle-ci pourrait avoir une certaine pertinence théorique et pratique pour la mise en œuvre des institutions du CPACA. De plus, ce système garantit l'indépendance judiciaire, sans sacrifier la stabilité du droit et la sécurité juridique, étant donné que lorsqu'on traite des règles pour le cas spécifique, les incitations à abuser de la technique de distinction afin d'échapper à un précédent contraignant –incitations présentes dans la prise de décision basée sur des règles- sont considérablement réduites. D'autre part, ce modèle correspond à la façon dont, en général, les conflits sont résolus, au cas par cas, lorsque le juge statue premièrement sur la question qui lui est soumise (sans porter préjudice au fait que, à travers ce rôle, il doit poursuivre des solutions ainsi universalisables).

Ils restent à résoudre, au moins, les difficultés suivantes :

- 1) La Cour Constitutionnelle, comme on l'a vu, a réagi avec véhémence contre la tentative du CPACA de donner au Conseil d'Etat le pouvoir exclusif de créer des précédents applicables à la juridiction du contentieux. Et ce qu'elle a fait, en particulier, a été de délivrer des arrêts de *contrôle abstrait* de constitutionnalité concernant les articles 10 et 102 du CPACA, essayant de perpétuer la primauté du précédent constitutionnel sur toutes les juridictions.

⁵⁷⁶ Cour Constitutionnelle, Magistrat Mauricio González Cuervo, « Arrêt C-811 de 2011 ».

- 2) Ce qu'a fait la Cour Constitutionnelle, plutôt que d'approcher les mécanismes d'extension jurisprudentielle des caractéristiques et fonctions du précédent constitutionnel⁵⁷⁷, a été d'affirmer sa suprématie en tant qu'organe de fermeture du système juridique, grâce à son rôle constitutionnel d'assurer la sauvegarde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution (art. 241 CP). C'est, en bref, une simple lutte pour le pouvoir suprême de l'ordre juridique.
- 3) Cependant, la pratique judiciaire a démontré la naissance d'un nouveau chapitre de confrontations entre la Cour Constitutionnelle et le Conseil d'État (connu en Colombie comme « *choque de trenes* »). En fait, lorsque les précédents des deux hauts tribunaux conduisent à des résultats différents, le Conseil d'État a dans certains cas choisi de donner la priorité à ses propres arrêts d'unification jurisprudentielle, sans appliquer « de préférence » les décisions de la Cour Constitutionnelle interprétant les dispositions constitutionnelles applicables à la résolution des questions de sa compétence, comme l'ordonne la Cour.⁵⁷⁸ La différence d'approches entre les différentes sections du Conseil d'État sur quoi faire dans les cas (très exceptionnels) de conflit entre précédents qui pourraient être applicables, l'un de la Cour Constitutionnelle et l'autre du Conseil d'État, pose un important problème pour la sécurité juridique et l'uniformité du droit.
- 4) La méthode d'analyse du précédent du contentieux administratif ici proposée, qui attribue aux faits la place qu'ils méritent dans la conception de plusieurs *ratione decidendi* des arrêts, et qui fournit au juge et à l'agent administratif des outils pour harmoniser, appliquer ou distinguer des précédents, aura seulement une chance de succès si elle est accompagnée par une réforme du régime de formation des avocats afin de les préparer comme des acteurs de ce nouveau droit, qui est là pour y rester.

⁵⁷⁷ LÓPEZ, « Eslabones... », *Op. Cit.* pp. 14-16. (Traduction libre)

⁵⁷⁸ Cour Constitutionnelle, « Arrêt C-634 d'août 24 de 2011 », Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. 8413.