

**Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif**

Droit privé<sup>1</sup>

I Partie

1) 1,1 à 1,5.

Parmi les principes constitutionnels, considérés comme essentiels et pertinents pour le droit privé, se trouvent les principes fondamentaux de l'Etat du droit, le respect de la dignité humaine, l'égalité, la solidarité et la prévalence de l'intérêt général, ainsi que la liberté et l'autonomie individuelles. Ces principes prennent une importance cruciale dans le droit privé afin d'assurer l'exercice des facultés de la personne sans d'autres restrictions que celles imposées par les droits d'autrui et l'ordre juridique (art. 16 C.N.)<sup>2</sup>. Comme le souligne le professeur Édgar Cortés, ce sont aussi des principes constitutifs de l'ordre juridique « *et bien que leur contenu soit conditionné par le contexte culturel dont ils émanent, ils sont porteurs de spécificités et leur présence implique une position chaque fois que des situations ou une question de principe sont mises en jeu* »<sup>3</sup>. Il s'agit donc d'une fonction complémentaire des principes constitutionnels vis à vis des règles de droit privé et ces principes s'intègrent à ceux traditionnellement considérés comme des principes de droit privé. Les décisions de la Cour suprême font mention non seulement des articles de la Constitution, mais aussi des décisions de la Cour constitutionnelle et de la Convention américaine relative aux droits de l'homme tandis qu'elles ne font pas référence des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>. Dans l'ensemble des décisions de la Cour, il y a des références aux principes constitutionnels et comme il est indiqué, des articles de la Constitution ; parfois, ces références sont implicites et déduites facilement.

En ce qui concerne le principe de liberté, il est présent en droit privé : la liberté de négociation, la liberté d'entreprise, la liberté en matière des preuves, la liberté de formalisme en matière de contrats. Par exemple, la Cour a décidé à propos de la liberté des parties au choix des formes avant même la promulgation de la Constitution de 1991. Elle a noté<sup>5</sup>, qu'il a été proclamé par le droit civil moderne par opposition à la protection excessive du droit romain. Mais ce principe fondamental trouve également

---

1 Rapport préparé par José Félix Chamie et Diego Franco-Victoria professeurs à l'Université Externado de Colombia. Traduction Oswaldo Perez, Université Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Cfr. CSJ cas. civil, Exp. No. S-076-2007 de 2007; CSJ cas. civil, Exp. No. 1100131030181999-00533-01 du 2011; CSJ cas. civil, Exp. No. 1100131030262000-00624-01 de 2009.

<sup>3</sup> E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Bogota, 2009, p. 80 et *passim*; Dans ce sens cfr. aussi, D. FRANCO VICTORIA, "Obligaciones civiles y fuente constitucional", in *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad. Memoria del Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogota, 2011, pp. 213 ss., et *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. Par exemple, CSJ cas. civil, Exp. No. 660 de 2014.

<sup>5</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 2410 de 1957.

des limites quant à la nécessité de précision dans les clauses restrictives et les formalités particulières pour certains contrats<sup>6</sup> dont la forme est obligatoire pour leur validité juridique<sup>7</sup>. Plus récemment, la Cour suprême a souligné le principe de liberté de modalités de négociation (principe de liberté contractuelle qui régit les relations entre les hommes libres) affirmant leur « *liberté de définir le contenu des contrats avec les limites établies explicitement, les règles obligatoires ; et, bien sûr, le respect de l'autonomie privée, de sorte qu'une fois le consentement exprimé, ils deviennent obligatoires, comme la loi* »<sup>8</sup>, sans possibilité de les contourner<sup>9</sup>. D'autre part, en matière de responsabilité, il est question de la limitation du principe de liberté au moment de fixer le montant de la responsabilité en droit commercial, qui impose l'inefficacité des dispositions contraires aux limites impératives<sup>10</sup>. De plus, les décisions de la Cour font mention du principe de liberté, par exemple en ce qui concerne la liberté des moyens de preuve<sup>11</sup> et de son évaluation<sup>12</sup>.

En ce qui concerne l'égalité, la Cour signale le principe de l'égalité entre les enfants. En général, la Cour a indiqué, en vertu de ce principe, que les cas semblables ne doivent pas être appréciés différemment par le même juge, et créer un « précédent judiciaire » selon lequel le juge doit résoudre le problème juridique posé de la manière dont a été jugée une autre affaire avec des caractères similaires. Mais il est opportun de souligner que ces décisions ont une valeur relative selon l'autonomie et l'indépendance judiciaire inscrites dans l'art. 228 de la Constitution. La Cour a également souligné qu'entre autres, les principes de sécurité juridique, de confiance légitime et de procédure régulière servent à réaliser le principe constitutionnel d'égalité<sup>13</sup>.

Quant au principe fondateur du respect de la dignité humaine, les récentes décisions de la Cour soulignent qu'il transcende la notion de droit subjectif et éclaire toute la structure normative de l'État. Il est un principe directeur inscrit dans le catalogue des garanties de la Charte, fondé sur la liberté et l'identité de l'individu. Ce principe est inévitablement lié à celui de la solidarité sociale, comme l'a noté la Cour suprême<sup>14</sup> sans faire une citation précise mais en faisant une référence générale comme principe fondant le libre développement de la personnalité<sup>15</sup>. En ce qui concerne la responsabilité civile, la Cour a aussi fait mention du respect de la dignité humaine, en particulier quand il s'agit de la réparation intégrale des dommages ; cette interprétation a été

---

<sup>6</sup> Au-delà de l'intérêt particulier se trouve l'intérêt général qui exige la précision dans les accords ; la loi a mis en place des formalités spécifiques pour certains contrats, vu son importance financière, qui doivent être protégés des incertitudes postérieures. Cela a imposé des limites au *principe* fondamental de la *liberté* des formalités, *principe* établi par le droit civil contemporain en opposition à la tutelle du droit romain. En conséquence, il y a des contrats dont la forme est condition indispensable pour sa validité juridique. CSJ cas. civil, Exp. No. 2410 du 1957.

<sup>7</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 2410 du 1957.

<sup>8</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. S-085-2007 du 2007.

<sup>9</sup> Parmi d'autres décisions cf. CSJ cas. civil, Exp. No. S-162-2000 du 2000; CSJ cas. civil, Exp. No. S-360-2005 du 2005 ; CSJ cas. civil, Exp. No. S-101-2008 du 2008; CSJ cas. civil, Exp. No. SC9720-2015 du 2015.

<sup>10</sup> Par exemple CSJ cas. civil, Exp. No. 4366 du 2011.

<sup>11</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 95 du 2015.

<sup>12</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 7513 du 2004.

<sup>13</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. SC10223-2014 du 2014.

<sup>14</sup> À cet égard cfr. CSJ cas. civil, Exp. No. 85 du 2015.

<sup>15</sup> Par exemple CSJ cas. civil, Exp. No. 2584331840012005-00140-01 du 2011.

reconnue par la jurisprudence depuis 1922<sup>16</sup> et elle est encore appliquée aujourd'hui pour indemniser la victime offensée dans son honneur ou sa dignité personnelle<sup>17</sup>. La Cour a estimé que « la défense du principe suprême de la dignité humaine par la compensation des dommages causés aux biens les plus précieux de l'individu, est une institution de droit civil, et requiert de la conformité aux exigences de cette responsabilité » et que la réparation du préjudice moral « *ne remplit pas complètement la compensation, car aucun bien matériel n'est comparable à la valeur absolue de la dignité humaine* ».

2)

La technique de cassation en Colombie est limitée à la révision d'erreurs judiciaires de fait ou de droit et à la violation directe ou indirecte de la loi. Les conclusions de cassation doivent se circonscrire à démontrer de façon rigoureuse l'erreur du Tribunal dans l'appréciation des moyens de preuve, la mauvaise application d'une règle, la mauvaise interprétation ou encore la non-application de la jurisprudence. Toutefois, le Code général de procédure (loi 1564 de 2012) a introduit une nouvelle cause se référant à la violation par le juge de première instance des droits et des garanties constitutionnels (art. 336 *in fine* CGP), intégrant la possibilité d'invoquer les principes et valeurs constitutionnels, ainsi que la possibilité d'en décider officieusement la Cour considère violés ces principes. Aussi, dans la configuration de la violation directe d'une norme (*erreur iuris*), l'acteur peut faire valoir des arguments de principes / valeurs constitutionnels si la règle de fond fait référence comme par exemple dans le cas du principe général de bonne foi, ayant une grande portée dans les règles du droit. L'acteur ne peut pas rouvrir facilement le débat juridique et factuel, il doit démontrer plutôt l'erreur judiciaire, renforcer ses arguments alléguant la violation des droits constitutionnels ou la violation d'une règle de droit ayant relation avec ces principes.

3) 3.1 à 3.3.

Il n'y a pas de rôle attribué au principe de proportionnalité en matière de cassation civile, les références sont occasionnelles et elles n'ont pas une ligne identifiable dans les rares décisions existantes. Dans un premier temps, après promulgation de la Constitution de 1991, la jurisprudence faisait mention à la proportionnalité en tant que principe général (par exemple, dans le cas de versement d'une indemnité à l'assuré à la lumière de l'art. 1091 du Code de commerce<sup>18</sup>). Plus tard, dans les années 2000, la Cour suprême a fait mention de la proportionnalité en tant que « critère » de décision. Dans la même décennie, la cassation continue à faire mention de la proportionnalité comme un « principe » sans lui confier un rôle spécifique<sup>19</sup> (par exemple concernant la marge de proportionnalité entre les obligations des parties<sup>20</sup>). Une référence plus spécifique à la proportionnalité s'observe en 2007 : comme critère « raisonnable » avec un caractère exceptionnel, « en vertu duquel le juge apprécie les intérêts en conflit »<sup>21</sup>, notant que ce

---

<sup>16</sup> Décision du 21 juillet 1922, León Villaveces contre la ville de Bogota.

<sup>17</sup> Cfr. CSJ cas. civil, Exp. No. 660 du 2014.

<sup>18</sup> Cfr. CSJ cas. civil, Exp. No. 23-09 du 1993.

<sup>19</sup> Par exemple CSJ cas. civil, Exp. No. S-014-2000 du 2000.

<sup>20</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. S-360-2005 du 2005.

<sup>21</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. S-076-2007 du 2007.

critère n'est pas exclusif du droit pénal ou du droit constitutionnel et qu'il influence d'autres domaines comme le droit privé. Ce critère du «raisonnable» a été réitéré dans des décisions récentes, mais sans développement et sans une ligne jurisprudentielle claire<sup>22</sup>.

4)

L'analyse des intérêts spécifiques se traduit par un jugement sommaire : on observe la mention de la protection effective des intérêts spécifiques comme règle générale<sup>23</sup>, mais, dans d'autres décisions, une analyse détaillée est présentée en fonction de la pertinence des arguments<sup>24</sup>. L'activité herméneutique de l'interprète doit être dynamique et non statique, la loi impose au juge l'obligation de trancher des litiges « à la recherche des résultats concrets voulus par les parties » (par exemple, la célébration du *négoce juridique*; avec la mission de protéger les intérêts spécifiques des parties dans l'exercice de leur liberté<sup>25</sup>).

5) 6) et 7)

Le système légal ne peut pas être parfait, sa complétude est une prémisse presque impossible et ses lacunes sont inévitables. La Cour a noté que l'ordre juridique « *se manifeste comme une totalité composée d'un ensemble de déclarations, organisées en ordre* », considéré comme un système<sup>26</sup>. Ainsi, le juge de cassation précise les conséquences de ses décisions, parfois il le dit explicitement, mais dans beaucoup d'autres cas, on le déduit implicitement de ses décisions<sup>27</sup>. La Cour constitutionnelle signale au législateur la nécessité d'une correction des règles inconstitutionnelles qui devraient être supprimées ou corrigées pour atteindre les objectifs de l'Etat de droit. La Cour de cassation insiste sur le fait qu'il est inévitable qu'il y ait des règles contraires à d'autres, et quand des contradictions surviennent, elles doivent être « *surmontées selon les règles prévues par la loi ou, à défaut, selon les principes généraux énoncés par la doctrine juridique* »<sup>28</sup>. Il y a une prise de conscience et un souci pour l'ordre dans le système mais aussi dans ses contradictions<sup>29</sup>. Par exemple, sur la responsabilité civile, la Cour a déclaré que « le schéma classique de la responsabilité fondée sur la faute subjective, typique d'une économie agricole ou artisanale, est devenu insuffisant pour le traitement des lésions propres du progrès industriel, soulevant les catégories de « risque », de « danger », de responsabilité stricte, « de choses dangereuses », d' « activités dangereuses » ou « à risque » actuellement désignés par « risques de développement ». Certains systèmes actuels de « responsabilité subjective » comportent de nombreuses exceptions en raison de la prolifération d'activités potentiellement

---

<sup>22</sup> Cfr. CSJ cas. civil, Exp. No. AC4773-2014 du 2014 ; CSJ cas. civil, Exp. No. AC080-2016 du 2016.

<sup>23</sup> Cfr. Par exemple CSJ cas. civil, Exp. No. 10539 du 2005; CSJ cas. civil, Exp. No. S-318-2005 du 2005 ; CSJ cas. civil, Exp. No. S-060-2008 du 2008 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 182 du 2009 ; et récemment CSJ cas. civil, Exp. No. A- 29-05-2013 du 2013.

<sup>24</sup> Cfr. CSJ cas. civil, No. 5283531030012000-00005-01 du 2011 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 6915 du 2008

<sup>25</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 6915 du 2008 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 2000131030032007-00100-01 du 2011.

<sup>26</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. S-042-99 du 1999.

<sup>27</sup> Cfr., parmi d'autres, CSJ cas. civil, Exp. No. AC1172-2016 du 2016.

<sup>28</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. S-042-99 du 1999.

<sup>29</sup> Cfr. Aussi dans ce sens CSJ cas. civil, Exp. No. 1100131030402006-00537-01 du 2012.

dangereuses qui donnent lieu à des contradictions ou à des incohérences dans le système»<sup>30</sup>.

La Cour a noté des exemples : les conflits entre une norme postérieure et une inférieure ; entre une norme spéciale et une postérieure générale ; entre une norme supérieure générale et une inférieure spéciale. La Cour a observé que cette asymétrie dans certains cas, « *n'a pas de réponse uniforme ou homogène et les commentateurs se réfèrent aux circonstances particulières de chaque norme* »<sup>31</sup>. La question devient problématique, malgré sa clarté, « lorsque l'antinomie est résolue en faveur d'une norme selon un critère, et selon un autre critère en faveur d'une autre norme »<sup>32</sup>. Aussi, quant à l'interprétation téléologique ou la politique du droit (*policy*) la Cour a donné beaucoup d'importance à l'objectif de la règle lorsqu'elle est en conflit avec la formulation d'un texte juridique et dans les limites du texte lui-même<sup>33</sup>.

## II Partie

8)

Le *Cours élémentaire de droit civil* de COLIN et CAPITANT indique que « *la première fonction imposée à toute science est celle de définir sa propre terminologie* »<sup>34</sup>, à savoir, établir les concepts autour desquels ces idées sont définies, différenciées, groupées et systématisées pour former un ensemble cohérent et uniforme, afin de rationaliser les connaissances. Les concepts juridiques dans la doctrine traditionnelle colombienne, idées conçues formant notre compréhension de la matière, se sont construits à partir d'auteurs français: le *Traité sur les obligations* de POTHIER<sup>35</sup>; le *Traité pratique de Droit Civil* de PLANIOL et RIPERT<sup>36</sup>, le *Droit civil* de JOSSERAND<sup>37</sup>, et, bien sûr, le *Cours élémentaire de droit civil* de COLIN et CAPITANT.

---

<sup>30</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. 1054 du 2010.

<sup>31</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. No. 4366 du 2011. Dans la même décision, avec plus de rigueur, la Cour suprême a déclaré que « la législation colombienne établit des lignes directrices claires pour résoudre les contradictions normatives. L'article 5 de la loi 57 de 1987, modifié par les articles 1 à 48 de la loi 153 du 1887, a établi la méthodologie que doit guider le juge et l'interprète pour sélectionner la norme applicable. Une fois constaté l'incompatibilité entre les normes, le premier critère herméneutique est le hiérarchique, *verbi gratia*, la Constitution « est la norme dérogatoire de la législation existante », toute loi ancienne manifestement contraire est considérée dérogée. En cas d'incompatibilité entre des lois, opposition d'une antérieure à une loi postérieure, prévaut la loi ultérieure. Une loi est considéré dérogée par « une déclaration expresse du législateur, ou par incompatibilité avec une norme ultérieure, ou par une nouvelle loi réglant le même sujet (articles 1°, 2°, 3° et 9° de la loi 153 du 1887) »,

<sup>32</sup> CSJ cas. civil, Exp. No. No. 4366 du 2011.

<sup>33</sup> Les références sont abondantes, mais il peut être observé une préoccupation pour la finalité de la norme sans un développement d'une *policy* du Droit. En ce sens cf. CSJ cas. civil, Exp. No. S-137-95 du 1995 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 7291 du 2004 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 2528631840012007-00152-01 du 2011 ; CSJ cas. civil, Exp. No. 1100102030002012-02564-00 du 2012 ; CSJ cas. civil, Exp. No. SC7726-2014 du 2014.

<sup>34</sup> A. COLIN Y H. CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil I*, trad. D. DE BUEN, Madrid, 1922, p. 5.

<sup>35</sup> R. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, trad. S.M.S, 3<sup>a</sup> Ed. Barcelona, s.d.

<sup>36</sup> M. PLANIOL Y G. RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. M. DÍAZ RUIZ, La Habana, 1936.

<sup>37</sup> L. JOSSERAND, *Derecho Civil*, trad. S. CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Buenos Aires, 1951.

Les concepts traditionnels du droit civil, concernant les personnes, les biens, les obligations, les contrats, la responsabilité, sont utilisés de manière diverse dans les œuvres des auteurs les plus importants de la doctrine colombienne : HINESTROSA<sup>38</sup>, VALENCIA ZEA<sup>39</sup>, OSPINA FERNANDEZ<sup>40</sup>. Ces notions sont traitées au regard des concepts juridiques traditionnels et, en même temps, en se référant aux besoins du XXIème siècle<sup>41</sup> dans les éditions et rééditions publiées au cours des cinq dernières années.

Autour de ces concepts, il n'est pas possible de proposer une doctrine qui adopte uniquement des enseignements classiques, pas plus qu'on ne peut dire qu'il y a un abandon de ces concepts au profit de l'émergence d'une dogmatique innovante dans son intégralité. On pourrait plutôt dire que les auteurs nationaux analysent les concepts juridiques traditionnels du droit civil pour les remplacer par des concepts plus appropriés uniquement dans la mesure où il existe un besoin très clair sur la question. À cet égard, les concepts traditionnels concernant la famille ont subi des changements structurels, tandis que les modes d'extinction des obligations ou des modes d'acquisition des droits de propriété, sont restés inchangés selon la dogmatique classique.

9)

L'application des valeurs et des principes constitutionnels aux institutions de droit civil - surtout, en matière de personnes, de famille, de propriété, de contrat et de responsabilité- a donné lieu à plusieurs domaines d'étude visant une bonne harmonisation entre les valeurs actuelles et les règles de la modernité juridique, codifiées au XIXe siècle.

À cet égard, il serait faux d'affirmer que la doctrine civile ne prête pas attention aux valeurs et aux principes constitutionnels, de même qu'il serait erroné de conclure qu'elle leur donne trop d'attention. Dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, et la mise en place de l'action de *tutela* comme moyen de protection des droits fondamentaux, on parle d'une constitutionnalisation du droit civil (relative à l'application directe et indirecte des valeurs et des principes constitutionnels). Cependant, en dépit de la tendance de la Cour constitutionnelle d'intégrer dans sa compétence certaines questions correspondant aux institutions classiques, la doctrine n'a pas cédé à la sur-constitutionnalisation du droit civil.

Il est vrai que certains auteurs ont traité les institutions du droit civil au regard des valeurs et des principes constitutionnels (par exemple en matière de contrats<sup>42</sup>, de

---

<sup>38</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones I y II*, Bogotá, 2015.

<sup>39</sup> A. VALENCIA ZEA, y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil, Tomo III, De las Obligaciones*, 10e éd., Bogota, 2015

<sup>40</sup> G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, 8e éd., Bogota, 2016; G. OSPINA FERNÁNDEZ et E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7e éd, Bogota, 2016.

<sup>41</sup> Les ouvrages sont actualisés *post mortem* en fonction de l'évolution des concepts.

<sup>42</sup> J. CALDERÓN VILLEGAS, "La constitucionalización de las controversias contractuales", in *Los Contratos en el Derecho Privado*, Bogota, 2007, pp. 751 ss; D. FRANCO VICTORIA, "Obligaciones civiles

biens<sup>43</sup> et de sociétés<sup>44</sup>, mais il est vrai aussi que les origines dogmatiques ne sont pas négligées.

Dans cet ordre d'idées, on pourrait conclure que la doctrine civile accorde une attention aux valeurs et aux principes constitutionnels, en fonction de la portée exacte de l'institution.

10)

La question qui se pose est de savoir si le Droit est une discipline autonome, ou si, au contraire il est soumis à des influences sociales et économiques qui génèrent des effets sur l'approche des concepts juridiques et les conséquences de son application. La doctrine civile colombienne accorde une attention aux effets sociaux et économiques des règles du droit civil en fonction de l'argument spécifique à l'étude.

Ainsi, comme le fait par rapport aux effets sociaux des règles civiles, le système juridique colombien traite depuis 1936, conformément aux principes de DUGUIT: « La propriété a une fonction sociale qui implique des obligations ». Ensuite, la doctrine a attiré l'attention sur la contradiction entre les postulats, notant que : « A côté d'une constitution socialiste, au moins dans cet article, nous avons l'un des Codes les plus individualistes du monde »<sup>45</sup>.

Au cours des décennies récentes, avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, l'examen des effets sociaux des règles du droit civil, dont a été accompagné par le positionnement de l'Etat de droit, et la façon dont il a été interprétée la fonction sociale par rapport aux concepts classiques de la propriété<sup>46</sup>, du contrat, des obligations<sup>47</sup> et de la responsabilité extracontractuelle. Aussi, l'on peut conclure les mêmes effets des facteurs économiques que des effets sociaux car ils sont indissolublement liés.

Toutefois, étant donné qu'il y a un mouvement appelé « analyse économique du droit », conduit principalement par la doctrine anglo-américaine, (avec POSNER, CALABRESI KATZ) avec des répercussions en France, (avec BROUSSEAU et GLACHANT), et dans d'autres pays d'inspiration romaniste ; la question doit être posée si les effets économiques exposés par ce mouvement ont été étudiés dans la doctrine civile colombienne comme un élément de prise en compte des concepts et des institutions de droit civil. À cet égard, malgré l'existence de certains travaux sur le sujet<sup>48</sup>, la réponse

---

y fuente constitucional”, in *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad. Memoria del Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogota, 2011, pp. 213 ss.

<sup>43</sup> I. ARÉVALO GUERRERO, *Bienes, Constitucionalización del Derecho Civil*, Bogota, 2012.

<sup>44</sup> O. CÁRDENAS, *Derecho Societario Constitucional*, Pasto, 2015.

<sup>45</sup> G. CANAL RAMÍREZ, *Función Social de la propiedad*, Bogota, 1953. En ce sens: J. VANÍN TELLO, *Derecho Agrario. Teoría General*, Bogota, 1985

<sup>46</sup> L. VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, Bogota, 2014; R. OCHOA, *Bienes*, Bogota, 2014.

<sup>47</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones I y II*, Bogota, 2015; A. VALENCIA ZEA, y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil, Tomo III, De las Obligaciones*, 10e éd., Bogota, 2015; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, 8e éd., Bogota, 2016; G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7e éd., Bogota, 2016.

<sup>48</sup> M. ANZOLA, “Análisis Económico del Contrato”, in *Los Contratos en el Derecho Privado*, Bogota, 2007, pp. 809 ss.; J. GUTIERREZ, “Análisis Económico del Derecho. Revisión al caso colombiano”, in *Con-texto. Revista de Derecho y Economía. N° 24*, Bogota, 2008, pp. 11 ss; J. TRUJILLO, *Análisis*

est négative car ces études ne se sont pas occupées de déterminer l'influence économique sur les concepts et les institutions du droit civil.

11)

La bonne foi et l'équité, les principes fondateurs de notre système juridique ont été pondérés par la doctrine civile depuis longtemps. Le rôle de ces règles d'éthique dans le contrat est réalisé par étapes correspondant à la négociation, la conclusion et la mise en œuvre ; sur les droits de propriété est présent dans l'exercice des actes de possession, mais aussi dans un spectre plus large des relations entre les êtres humains avec les choses.

La doctrine affirme que ces règles d'éthique ont une application particulière dans les questions étudiées par le droit civil, soit par l'interprétation des textes et des situations spécifiques, soit par l'intégration comblant les lacunes laissées par le législateur ou par les parties<sup>49</sup>. La loyauté comme principe, la modification des comportements afin de sauvegarder l'intérêt de la contrepartie, sont des applications du principe de la bonne foi. Ces règles éthiques se trouvent également dans les normes comme l'interdiction de l'abus du droit<sup>50</sup>, l'enrichissement sans juste cause<sup>51</sup> et la révision du contrat<sup>52</sup>.

À cet égard, la doctrine civile nationale reconnaît les règles éthiques de la bonne foi et de l'équité, en lui octroyant pertinence et importance dans les sources juridiques.

12)

Aucune obligation légale ne découle de ces sources juridiques provenant des institutions européennes. Cependant, la doctrine colombienne prend telles sources en considération à titre de référence pour le développement du droit civil, ; en particulier, deux sources européennes sont consultées, les *Principes du droit européen des contrats*, bâtis entre 1982 et 1996 (qui se réfèrent aux contrats civils, commerciaux et de la consommation) et le *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, publié en 2009 (sur les contrats et les dommages matériels, ainsi que certains contrats spécifiques, entre autres, la vente, la location, l'agence et la franchise<sup>53</sup>).

---

*Económico del Derecho Colombiano*, Bogota, 2009., M. BERNAL-FANDIÑO "La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato", 130 *Universitas*, 21-52 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.cpdn>.

<sup>49</sup> M. NEME VILLAREAL, *La buena fe en el derecho romano*, Bogota, 2010; N. PAJARO, "El contrato y sus principios orientadores", in *Derecho de Obligaciones Tomo I*, Bogota, 2015; J. CÁRDENAS, "Justicia y abuso contractual", in *Los Contratos en el Derecho Privado*, Bogota, 2007.

<sup>50</sup> E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogota, 2002.

<sup>51</sup> Y. PRADA, "Enriquecimiento sin causa", en *Derecho de las Obligaciones Tomo II*, Bogota, 2016.

<sup>52</sup> J. CHAMIE, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogota, 2013; S. MUÑOZ, "Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación", in *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogota, 2014.

<sup>53</sup> M. RODRÍGUEZ, "Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional" in *Revista e – Mercatoria* Vol. 11, n. 2 (juillet – décembre 2012); J. RODRÍGUEZ, "La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales", in *Revista de Derecho Privado Externado* 17.



Du point de vue supranational, d'une part, se trouve en vigueur, la « Convention de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de Vienne de 1980 », transposée dans le droit national par la loi 518 de 1999<sup>54</sup>. D'autre part existent comme *softlaw* sans aucune force contraignante les « *Principes d'UNIDROIT des contrats commerciaux internationaux* », dont l'acceptation dans le milieu universitaire est considérable<sup>55</sup>.

Quant à l'utilisation de différentes sources juridiques non nationales, en tenant compte de l'adhésion de la Colombie à la Communauté andine des nations, la doctrine étudie l'application concrète des règles découlant des organes législatifs de cette organisation supranationale<sup>56</sup>. Ces règles sont appelées « Décisions »<sup>57</sup>, qui sont des sources juridiques contraignantes pour chacun des membres (la Colombie, l'Equateur, le Pérou et la Bolivie<sup>58</sup>). Certaines Décisions ont un impact sur les contrats et les questions de propriété (v. gr. la décision 608 « Règles pour la protection et la promotion de la libre concurrence dans la Communauté andine »; la Décision 486 portant le « Régime de propriété intellectuelle commun »; la Décision 351 sur le « Régime commun du droit d'auteur et des droits connexes »; la Décision 462 portant les « Règles régissant l'intégration et la libéralisation du commerce des services de télécommunications dans la Communauté andine »; la Décision 460 sur la « protection et la récupération du patrimoine culturel, archéologique, historique, ethnologique, paléontologique et artistique de la Communauté andine »; la Décision 487 portant les « Garanties maritimes et saisie conservatoire des navires »). La doctrine étudie ces sujets<sup>59</sup>, mais on ne peut pas dire qu'il y ait un traitement généralisé en ce qui concerne l'influence de ce règlement sur l'ensemble de la doctrine classique colombienne.

Enfin, quant à l'influence des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit civil, il convient de noter que cette préoccupation est soulevée dans les termes dans lesquels la Constitution européenne, (l'article I-11) définit la subsidiarité et la proportionnalité : l'Union européenne n'interviendra que lorsque les États membres ne peuvent pas réaliser de manière suffisante l'action proposée, et, de ce fait, l'action de l'Union européenne ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs<sup>60</sup>. À

---

<sup>54</sup> J. JARAMILLO ET AL, «Ámbito de aplicación y disposiciones generales de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Aplicación en el derecho colombiano» in *Revista e – Mercatoria* Vol. 1, n. 2. (2002).

<sup>55</sup> J. OVIEDO, «Los principios Unidroit para los contratos internacionales» in *Revista Dikaion*, Lo Justo, n°11.

<sup>56</sup> La Décision 472 a codifié le Traité créant la Cour de justice de la Communauté andine; elle dispose que: « Le système juridique de la Communauté andine comprend: a) L'Accord de Carthagène, ses Protocoles et les instruments additionnels; b) Le Traité et ses protocoles d'amendement; c) Les décisions du Conseil andin des ministres des affaires étrangères et la Commission de la Communauté andine; d) les Résolutions du Secrétariat général de la Communauté andine; et e) les Accords de complémentarité industriels adoptés par les membres dans le processus d'intégration sous régionale andine » (article 1).

<sup>57</sup> Habituellement, ils se réfèrent aux politiques douanières et tarifaires, les normes techniques agricoles, les questions fiscales, le transport et nomenclature communes.

<sup>58</sup> La Décision 472, faisant référence à la nature contraignante des décisions prises par le Conseil andin des ministres des affaires étrangères ou par la Commission de la Communauté andine fixe son application à partir de la date d'approbation (article 2).

<sup>59</sup> A.A. V.V., E. RENGIFO (Director), *Derecho de patentes*, Bogota, 2016; A.A. V.V., M. GUERRERO (Editor) *El nuevo derecho de marcas*, Bogota, 2016

<sup>60</sup> Article I-11. Les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité. 3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient

cet égard, la Communauté andine des nations ne consacre pas ces principes par rapport aux États membres, car il n'y a pas de critère régissant la répartition et l'exercice des pouvoirs.

---

seulement si les objectifs envisagés par membres ne peuvent pas être atteints de manière suffisante, au niveau central régional ou local. 4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme d'action de l'Union ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution.