

## ASSOCIATION HENRI CAPITANT : JOURNÉES ITALIENNES (22-26 mai 2017)

### Questionnaire relatif au thème n° 1 : Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif (Monsieur le Professeur ANTONIO GAMBARO)

**Rapport espagnol par**  
**JOSE MANUEL BUSTO LAGO** et  
**FERNANDO PEÑA LOPEZ**  
Professeurs à l'Université de La Corogne (Espagne)  
[jose.busto.lago@udc.es](mailto:jose.busto.lago@udc.es)  
[fernando.pena@udc.es](mailto:fernando.pena@udc.es)

#### Partie I

#### 1. Quel est le rôle des principes constitutionnels (liberté, égalité, solidarité, dignité humaine...) dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes?

- 1.1. Sont mentionnés les articles de la constitution en vigueur
- 1.2. Sont mentionnées les décisions des cours constitutionnelles
- 1.3. Sont mentionnées les décisions des valeurs constitutionnelles des cours européennes et en particulier de la cour européenne des droits de l'homme
- 1.4. Sont mentionnés les principes constitutionnels sans citations ponctuelles
- 1.5. Ne sont pas mentionnés ni les articles de la constitution, ni les décisions constitutionnelles, ni les principes, mais les références à eux sont implicites et peuvent être saisies en transparence.

Les arrêts dictés par les organes juridictionnels civils espagnols citent et argumentent au sujet des articles de la Constitution Espagnole de 1978 (dorénavant, CE) qui, fréquemment, constituent un élément essentiel de leur motivation. Cette importance des dispositions constitutionnelles et, notamment, des principes inscrits par la CE, trouve son origine dans la prise en considération de la dite Constitution comme un texte normatif (de caractère contraignant) et pas simplement programmatique. L'art. 9.1 de la CE établit le lien des pouvoirs publics et des citoyens à elle-même. En conformité avec cette considération, l'art. 5 de la *Loi Organique relative au pouvoir judiciaire* (LOPJ) établit que la CE est la norme suprême du système juridique et lie tous les juges et tribunaux, qui interpréteront et appliqueront les lois et les règlements selon les préceptes et principes constitutionnels.

En particulier, les droits fondamentaux que la CE reconnaît et, spécialement, ceux du Chapitre II de son Titre I, constituent des droits subjectifs susceptibles d'être invoqués aussi bien dans les relations de droit public que dans le droit privé. Sans préjudice de cette affirmation, il est vrai que dans les domaines de liberté et de protection que les droits fondamentaux attribuent aux citoyens face aux pouvoirs publics, obtiennent une reconnaissance jurisprudentielle plus claire que ce qui arrive lorsque se pose son efficacité dans les relations juridiques dans la sphère privée (aussi appelé effet horizontal des droits fondamentaux). Le propre Tribunal Constitutionnel (dorénavant, TC) dans son arrêt 171/1989, indiquait que les relations entre particuliers ne sont pas insensibles à l'efficacité des droits fondamentaux (dans ce cas, au droit fondamental à l'égalité et à l'interdiction de la discrimination –art. 14 CE-), même s'il précisait «avec certaines nuances», que l'arrêt n'expliquait pas.

Quant au droit fondamental à l'égalité, déjà cité, la jurisprudence du TS affirme son efficacité dans la sphère privée tout particulièrement dans le domaine des relations de travail, dans le cas du traitement discriminatoire d'une personne ou d'un groupe (*v.gr.*, STS, Civil, 283/2011, du 20 avril, qui a accordé la protection du droit fondamental à l'égalité à une femme médecin qui avait été

écartée professionnellement à cause de sa grossesse, pour embaucher un médecin homme), même si le législateur ordinaire prétend que l'interdiction de la discrimination dans tous les domaines contractuels. Cependant, cette prévision qui résulte de la -Loi 3/2007, *pour l'égalité des hommes et des femmes*, n'a pas obtenu la pleine reconnaissance et effets dans la juridiction civile. Ce droit fondamental est aussi efficace dans le cas d'une interdiction d'accès ou d'une appartenance en raison de son sexe à certaines associations ou corporations, comme il arrive dans le cas visé par la STS 93/2001, du 8 février, qui considère une norme coutumière discriminatoire en raison du sexe celle qui empêchait les femmes de s'incorporer à la communauté de pêcheurs de «El Palmar». Néanmoins, la jurisprudence civile du TS, dans les cas des associations et groupements strictement privés (associations, coopératives, etc.), à condition qu'ils ne soient pas en situation de monopole de fait ou de droit et qu'ils ne gèrent pas, dans cette condition, l'accès à un recours en substance, considère que le droit fondamental à l'égalité n'est pas susceptible d'être invoqué pour éviter l'application des critères d'entrée ou d'accès qui peuvent avoir un caractère discriminatoire (SSTS 846/2007, du 13 juillet et 607/2011, du 12 septembre). Ce que la CE garantit dans le cadre du régime interne des ces groupes associatifs privés, c'est le droit droit fondamental à la liberté d'expression (SSTS du 24 mars 1992 et 1237/2006, du 30 novembre); de la même façon que la limitation statutaire du droit de vote n'est pas contraire au droit fondamental d'association (STS 61/2013, du 5 février), mais si la sanction de l'expulsion par simple représaille face à un des membres (STS 169/1999, du 2 mars).

Le droit fondamental à la protection judiciaire effective (art. 24 de la CE), avec la prévision de l'art. 39 de la CE –aux termes duquel, la Loi rendra possible la pratique de tests biologiques pour déterminer la paternité- constituent les préceptes sur lesquels la jurisprudence de la Chambre Civile du TS se fonde aux termes de laquelle: 1º) La CE permet la réalisation de tests biologiques, qui ne portent pas atteinte à l'honneur ou à l'intimité personnelle des personnes qui s'y soumettent (*v.gr.*, STS du 1er octobre 2003). 2º) Le demandeur qui refuse de se soumettre à la pratique de ces tests enfreint l'obligation constitutionnelle face à l'acteur, le Juge ou le Tribunal pouvant dériver les conséquences pertinentes de ce refus, en empêchant la réalisation d'un test essentiel pour clarifier la réalité de la filiation biologique en question.

Ce même droit fondamental a servi pour fonder la légitimité active d'une association, telle que la Société Générale des Auteurs et Éditeurs en Espagne, dans une procédure civile dans laquelle le débat portait sur la validité de la redevance pour copie privée (STC 123/2010).

L'interdiction de l'atteinte aux droits de la défense, qui porte atteinte au droit fondamental à la protection judiciaire effective, est inscrite par la jurisprudence civile pour empêcher l'exécution de jugements face à des débiteurs solidaires qui n'ont pas été partie dans le procès civil (STC 53/2010; de même que dans les cas de notification défectueuse qui empêche la partie intéressée de se prononcer à temps –comme ça peut être le cas d'héritiers d'une partie à l'instance– (STC 54/2010).

La jurisprudence de la Chambre Civile du TS, basée sur le droit au libre développement de la personnalité (art. 10.1 de la CE) a reconnu le droit à toute personne de changer de sexe dans les cas où celui publié dans l'État Civil ne coïncide pas avec le sexe choisi par le sujet (*v.gr.*, SSTS du 28 février et du 18 juillet 2008). Après la Loi 3/2007, du 15 mars, sur la rectification inscrite de la mention relative au sexe des personnes, le changement de sexe est admis dans l'État Civil sans besoin d'aucune chirurgie de réattribution, accordant ainsi plus de poids aux facteurs psychosociaux.

Le droit fondamental à l'intégrité physique et à la santé revêtent une importance toute particulière dans la protection du patient grâce aux exigences exigés pour le consentement éclairé, tandis que la jurisprudence civile reconnaît qu'il faut donner la prévalence qui correspond dans sa pondération avec d'autres valeurs.

## **2. Est - il habituel de rappeler et souligner explicitement les principes/valeurs constitutionnels dans les arguments que les parties offrent devant les cours civiles suprêmes ?**

### **2.1.Si oui, comment?**

Le plaidoyer des parties à l'instance sur les principes et les valeurs constitutionnelles dans les procédures civiles ont un rôle prépondérant quand il n'existe pas de norme expresse qui protège un intérêt légitime spécifique (celui mis en avant par la partie), et non plus de jurisprudence civile ou doctrine constitutionnelle antérieure qui le protège.

C'est ce qui s'est passé, *v.gr.*, dans des domaines tels que l'inscription de la filiation de mineurs nés de la gestation pour autrui dans le cadre d'un Droit, comme l'espagnol, qui ne le prévoit pas. Ainsi, la STS 835/2013, du 6 février, maintient l'inscription de filiation accordée par la DGRN (Direction Générale des Inscriptions à l'État Civil et du Notariat) de mineurs nés de la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui pour des parents intentionnels, inscription à laquelle s'était opposée la Décision de la Direction Générale des Inscriptions à l'État Civil et du Notariat qui a fait l'objet de recours. Ladite Décision a adopté la non inscription à l'État civil espagnol de la filiation de mineurs nés après la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui pour des parents intentionnels, déterminée par les autorités de la Californie (USA) avec renvoi à la législation dudit état. La reconnaissance par le TS s'est appuyée sur la considération que la Décision judiciaire étrangère n'était pas contraire à l'ordre public national, compris comme le système des droits et des libertés individuels garantis dans la CE et dans les conventions internationales des droits de l'homme signés par l'Espagne, et les valeurs et principes qu'ils incarnent; de même que dans l'inexistence d'infraction de normes destinées à éviter que la dignité de la femme enceinte et de l'enfant ne soient bafoués, réduisant au statut de marchandises la gestation et la filiation, la femme enceinte et l'enfant à "un objet"; permettant à certains intermédiaires de faire des affaires avec eux; rendant possible l'exploitation de l'état de besoin dans lequel se trouvent des jeunes femmes en situation de pauvreté et créant une espèce de "citoyenneté censitaire" dans laquelle seulement ceux qui disposent de ressources économiques élevées peuvent établir des liens de filiation parentale interdits à la majorité de la population. Inexistence de traitement discriminatoire. La raison du refus de l'inscription de la filiation ne s'est pas basé sur le fait qu'elle était déterminée pour un mariage de deux hommes, mais qu'elle était déterminée par la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui. Le TS a également invoqué l'intérêt supérieur du mineur, qui doit se faire tout en prenant en compte des valeurs assumées comme propres par la société, des contenus aussi bien dans les règles légales que dans les principes qui inspirent la législation nationale et les conventions internationales, et non pas les points de vue personnels du juge; qui doit se pondérer avec les autres biens juridiques concurrents, tels que le respect de la dignité et de l'intégrité morale de la femme enceinte, éviter l'exploitation de l'état de besoin dans lequel peuvent se trouver les jeunes femmes en situation de pauvreté, ou empêcher le commerce de la gestation pour autrui et de la filiation. La protection de l'intérêt supérieur des mineurs dont l'inscription était envisagée, s'est argumentée sur l'existence actuelle d'un noyau familial formé par les mineurs y les parties requérantes, et la paternité biologique de certains d'entre eux vis à vis de ces mineurs.

Un autre domaine où les valeurs et les principes constitutionnels ont été utilisés de façon répétée, c'est celui de l'argumentation des demandes et des pourvois qui prétendaient, avant la modification législative dans la matière réalisée par la Loi 33/2006, du 30 octobre (sur l'égalité de l'homme et de la femme dans l'ordre de transmission des titres nobiliaires), l'égalité et la non discrimination entre la femme et l'homme dans la transmission des titres nobiliaires. Il est mis en évidence ainsi, *v.gr.*, dans le vote particulier aux SSTS 771/2014, du 12 janvier et 135/2016, du 8 mars, en rapport avec la transmission des titres nobiliaires et le principe de non discrimination pour des raisons de sexe. Cette décision part de la Loi 33/2006, qui reconnaît que les valeurs de l'ancien régime et que les titres nobiliaires qu'ils représentent sont incompatibles avec la société actuelle et contraires aux pactes internationaux souscrits par l'Espagne. Les Juges qui souscrivent ces voeux particuliers considèrent que la CE, interprétée à la lumière de pactes internationaux (*ex art. 10 de la CE*) reprend des valeurs et des principes essentiels pour la coexistence, qui doivent servir de guide dans l'interprétation des normes juridiques, quelle que soit l'institution qu'ils régulent, en précisant que ne peuvent être admis des espaces blindés face à la CE, aussi vieille que soit leur existence. Ils signalent, en particulier, qu'il est inacceptable que le droit qui régule les titres nobiliaires reste à

l'écart des valeurs constitutionnelles, de sorte que les normes de transmission des titres nobiliaires doivent s'interpréter conformément à la CE et aux Traités Internationaux.

Le recours à ces valeurs et principes constitutionnels est aussi utilisé pour pondérer le droit à la liberté d'information, sur le droit à l'honneur, comme le rappellent, *v.gr.*, les STS 441/2014, du 29 juillet et la STC 34/2010, du 19 juillet: au moment d'évaluer les possibles limites du droit fondamental à la liberté d'information garanti à l'art. 20.1.d) de la CE, il faut pondérer celles qui dérivent de son articulation nécessaire avec d'autres valeurs constitutionnelles, qui devront être prises en compte tout en prenant en considération les spécialités dérivées de l'aspect créatif de l'oeuvre audiovisuelle.

### **3. Quel est le rôle des critères de jugement comme le principe de proportionnalité dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ?**

#### **3.1. Occasionnellement présent**

#### **3.2. Rarement présent**

#### **3.3. Jamais explicitement présent**

Le principe de proportionnalité dérive de la clause de l'État de Droit et de la valeur de justice que proclame l'art. 1.1 de la CE, étant un principe général du Droit (*v.gr.*, SSTC 85/1992 et 111/1993). En substance, il représente l'interdiction de n'importe quel sacrifice inutile et repose sur l'essence même des droits fondamentaux, qui sont des droits de liberté, atteignant le rang constitutionnel. N'importe quelle restriction dans le domaine de la liberté qui se trouve protégée par les droits fondamentaux devra respecter le principe de proportionnalité. En tant qu'expression de la clause de l'État de Droit, sa validité ne se limite pas à certains domaines de l'Ordre juridique, mais constitue une règle qui touche à toute intervention de l'état, quelle qu'en soit la nature (norme ou d'application et d'interprétation du Droit) et, donc, aussi dans le propre domaine du Droit privé.

Dans certains domaines juridiques privés, l'application du principe de proportionnalité joue un rôle important dans les décisions des Tribunaux civils, car il permet que l'infraction de ce dernier soit remise en question devant la Chambre Civile du TS par l'introduction du recours en cassation. Parmi ces cas, on peut citer les décisions judiciaires dictées dans le processus de modification de la capacité d'oeuvrer, cas dans lesquels l'organe juridictionnel doit pondérer le principe de proportionnalité et le principe de l'autonomie privée dans le but de régler de façon adéquat la limitation de la capacité d'oeuvrer *ex art. 760 du Code de Procédure Civile*, ainsi que l'établissement d'un régime de garde proportionnel et adéquat de la personne handicapée (dans ce sens, *v.gr.*, STS 13 mai 2015).

Un autre domaine jurisprudentiel dans lequel le principe de proportionnalité a atteint une importance toute particulière, c'est dans le jugement de la pondération entre les droits fondamentaux à la liberté d'expression et d'information, d'un côté, et les droits fondamentaux à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à la propre image de l'autre. La jurisprudence de la Chambre Civile du TS considère que dans le conflit entre l'honneur et la liberté d'information, la prévalence de celle-ci dans l'abstrait peut se justifier seulement dans le cas concret au moyen d'une mise en balance ajustée aux circonstances du cas dans lequel il doit être à la concurrence des trois postulats suivants: intérêt public informatif, c'est à dire, lorsqu'il s'agit d'informations sur des sujets d'intérêt général, soit à cause du sujet auquel l'information fait référence, ou en raison des personnes touchées; la véracité de l'information, comprise comme la diligence dans la vérification des faits, et la proportionnalité, dans le sens où l'on ne fait pas usage d'insultes ou d'expressions ou phrases clairement injurieuses ou vexatoires dans la communication des informations, et donc, inutiles à ce propos; pour son appréciation on doit prendre en considération le contexte (parmi d'autres, STS 588/2016, du 4 octobre).

Dans ce domaine, en particulier, la jurisprudence de la Chambre Civile du TS souligne que la prévalence du droit à l'information sur le droit à l'image est prioritaire par rapport au droit à l'intimité, car, vis à vis de la vie privée des personnes, il faut prendre en compte le principe de

proportionnalité avec l'intérêt public dans les aspects de la diffusion de celle-ci et de la façon dont cette diffusion est réalisée (parmi d'autres, SSTS 19 mars 1990 et 816/2013, du 9 janvier).

Le principe de proportionnalité est aussi mis en avant par la jurisprudence civile comme un critère applicable dans le pouvoir de sanction au sein des associations et des groupes privés (STS du 26 octobre 1995).

Dans le domaine de la détermination des obligations parents-enfants, le principe de la proportionnalité est évoqué en vue de la précision du montant de celles-ci. En particulier, le CC espagnol prévoit des règles générales qui soulignent l'obligation d'alimenter les enfants (arts. 142, 154 et ss.), ainsi que des règles spécifiques sur cette obligation dans les cas de procédures matrimoniales (arts. 90 à 93 et 103 du CC), étant donc, une obligation de base pour les progéniteurs et un droit essentiel des enfants, et sa réalisation sera déterminée par la proportionnalité qui doit exister entre la prestation à satisfaire, le niveau économique et les circonstances de l'obligé de s'en acquitter (STS 63/2016, du 25 octobre).

La proportionnalité est également requise par la jurisprudence civile dans le domaine de la responsabilité civile pour déterminer la relation entre le dommage effectif souffert et le montant de l'indemnisation pour le réparer (SSTS du 22 avril 2013 –au sujet d'un cas de responsabilité civile d'un avocat - et 6/2012, du 23 janvier -en ce qui concerne l'indemnisation déterminée à l'instance dans un cas de lésion du droit à l'intimité personnelle; ainsi que l'adéquation de la publication de la condamnation dans le même format et moyen dans lequel a l'information été publiée, qui a porté atteinte audit droit fondamental-); ainsi que dans le domaine de la détermination des conséquences de concurrences causales dans les cas de responsabilité civile extracontractuelle, comme le rappelle, *v.gr.*, la STS 297/2013, du 30 avril: Pour la recevabilité de la concurrence de fautes, la jurisprudence exige l'existence de conduites qui s'ajoutent à d'autres, c'est à dire, qui ont contribué de façon directe au dommage, de sorte qu'elles résultent propices et qu'elles contribuent résolument à la production du résultat, en définitive une culpabilité partagée. Dans ce même domaine, la STS du 7 octobre 1988 exige l'existence d'une coparticipation coupable à la causalité du dommage à un tel niveau que sans la participation de ces deux conduites le résultat dommageable n'aurait pas eu lieu, ce qui provoque que, conformément à une doctrine jurisprudentielle consolidée, le résultat dommageable exige d'adapter le montant de la responsabilité au degré et à la nature de la culpabilité, de manière qu'il faut distribuer de façon proportionnelle le "quantum". Dans des termes semblables, la STS du 23 février 1996 a déclaré que c'est une doctrine de la Chambre Civile du TS, reprises dans plusieurs de ses Arrêts, que lorsque dans la production d'un dommage surviennent plusieurs causes, il faut adapter le montant de la responsabilité au degré et à la nature de la culpabilité (STS du 7 octobre 1988), de sorte que s'il n'y a pas faute exclusive de la victime et qu'elle est partagée par le coupable, le "*quantum*" doit être distribué proportionnellement (*v.gr.* SSTS du 1er février, du 12 juillet et du 23 de septembre 1989), la modération de la responsabilité prévue à l'art 1103 du CC étant le pouvoir discrétionnaire du juge.

#### **4. Quel type d'analyse est consacré aux intérêts concrets en présence ?**

4.1.Détaillé

**4.2.Sommaire**

4.3.Nul

La pondération des intérêts concrets en présence, au sein d'une procédure civile, ne fait pas d'ordinaire l'objet d'une analyse détaillée, même si, fréquemment, ses traits généraux ou les plus importants sont précisés. Sans doute le cas le plus représentatif dans lequel la jurisprudence civile a opté pour la protection de l'un de ses intérêts en présence a été dans le cas où l'intérêt d'un mineur est mis en question, aussi bien dans le cas d'actions de filiation (*v.gr.* SSTS 27/2006, du 2 février et 441/2016, du 30 juin), dans la détermination du parent dépositaire de la garde (SSTS du 29 juin et

du 25 octobre 2012), comme dans l'attribution du droit d'usage du domicile familial (*v.gr.* SSTS du 21 juin 2011 et du 21 mai 2012).

La crise financière qui a débuté en septembre 2008 a entraîné le changement du modèle jurisprudentiel dans l'interprétation et l'application de certaines catégories juridiques: la STS du 17 janvier 2013, après avoir affirmée une chose aussi évidente que l'application de la règle «*rebus sic stantibus*» ne peut se baser uniquement sur le constat d'un fait objectif comme la situation de crise économique et les difficultés qui en résultent d'obtenir un financement externe, fait un énoncé des postulats qui doivent être remplis pour que soit d'application la règle citée dans ces cas. À son tour, dans le domaine de certains contrats bancaires, contestés par l'invocation d'erreur contractuelle par les parties contractantes –habituellement des consommateurs- dans les cas où, suite à ladite crise financière, leurs conséquences deviennent économiquement négatives, la jurisprudence de la Chambre Civile du TS a fait passer la présomption d'erreur invalidante –donc, grave et inexcusable- dans le cas du non respect de certains devoirs légaux d'information précontractuel –c'est ce qui arrive ainsi dans le cas de contrats swap de taux d'intérêts (*v.gr.*, SSTS 131/2017, du 27 février et 173/2017, du 13 mars)-.

Occasionnellement l'intérêt concret et sa pondération vis à vis de ceux qui étaient en jeu a été pondéré, comme cela arrive dans un cas de contestation d'accords sociétaires (STS du 24 septembre 1987).

## **5. Quelle considération les Juges civils suprêmes donnent aux conséquences futures de leurs décisions ?**

5.2. Les conséquences sont explicitement analysées

5.3. **Les conséquences ne sont pas explicitement mentionnées, mais il est évident que les juges en ont tenu compte**

5.4. Aucune considération même implicite n'est donnée aux conséquences

Habituellement la Chambre Civile du TS n'explique pas dans ses résolutions l'impact de celles-ci et leurs conséquences futures. C'est ce qui arrive, dans les cas où, *v.gr.*, la Chambre Civile du TS déclarait la validité des contrats de vente de logements ou de locaux commerciaux, quand les immeubles objets desdits contrats ne comptaient pas avec les permis administratifs adéquats qui permettaient leur usage résidentiel ou comme siège d'activités commerciales ou professionnelles, qui sont propres des deux types. Cette doctrine jurisprudentielle ne s'attachait pas ainsi au fait qu'un acheteur était condamné à payer un prix au vendeur pour un bien dont l'usage ne s'avère pas être celui pour lequel il avait été acquis. Cette jurisprudence civile n'a pas été franchie, ainsi qu'il ressort, *v.gr.*, des SSTS 198/2014, du 1er avril et 732/2015, du 30 décembre, de telle façon que les décisions de justice pour manquement imputable au vendeur se limitaient aux cas où le caractère essentiel de la remise en temps opportun du permis de première occupation a été clairement accordé (STS 640/2013, du 25 octobre).

Cela étant, il existe des exemples isolés de prise en considération de cette façon d'argumenter et il est vrai qu'il est assez malvenu. C'est celui de la limitation des effets de restitutions de la déclaration des clauses contractuelles déclarées nulles dans le cadre des contrats de consommation des conditions générales visées à la STS 241/2013, du 9 mai, faisant valoir cette limitation, pour la cas concret, sur les effets qui, pour les entités bancaires et financières, elle aurait l'obligation de restitution de l'ensemble des sommes perçues ou encaissées en application des clauses qui sont déclarées nulles. La jurisprudence qui abrite cette STS a été déclarée non conforme avec le Droit dérivé de l'UE (STJUE du 21 décembre 2016 [affaires jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15]).

## **6. Quelle importance est donnée de la part des juridictions suprêmes à la préservation de la cohérence systématique des règles civiles?**

### **6.1. Les juges sont prudents quant à la cohérence du système et ils évitent de créer antinomies**

6.2. Les juges tolèrent la présence d'antinomies et renvoient au législateur le devoir de les éliminer

Tous les critères systématiques sont présidés par l'idée de cohérence. Les énoncés des règles doivent être interprétés de façon cohérente avec le Système. C'est précisément le sens général du critère systématique; les autres constituent des critères herméneutiques énoncés par l'art. 3.1 du CC, des projections, des postulats ou des limitations de celui-ci. Ce critère présuppose l'idée de la cohérence du système et en découle l'impossibilité de la présence d'antinomies dans le Droit, de façon que son application exige le refus d'interprétations jugées incohérentes avec une autre règle du Système; elle exige également l'existence d'un sens à une règle pour qu'elle soit cohérente avec une autre règle (ainsi, SSTC 64/83 du 21 juillet et 206/92 du 27 novembre).

La STS 573/2010, du 30 septembre déclare que c'est un principe de cohérence qui régit dans notre système, non seulement obligatoire pour le législateur mais aussi pour l'interprète, auquel il impose de chercher, d'abord, la compatibilité logique entre la règle moderne et l'ancienne, pour dépasser, avec les moyens techniques à sa disposition, les antinomies et les contradictions possibles -principe de conservation-, de sorte que, uniquement en cas de défaut de cette possibilité, le TS peut admettre la dérogation tacite, un instrument nécessaire finalement pour sauver la cohésion de tout le système par l'affirmation, dans le cas, -détermination d'un certain privilège du crédit dans une procédure de faillite-, de la cessation de la validité d'une des lois en conflit. En ce qui concerne la garde et l'accueil des mineurs, la STS 582/2014, du 27 octobre, déclare que, parmi des lacunes et d'apparentes antinomies légales, il faut chercher la réponse en ayant recours à une interprétation inspirée sur le principe supérieur de l'intérêt du mineur en lien avec la figure de la garde de fait comme dans la situation où une personne assume des fonctions de protection vis à vis d'un mineur ou d'une personne en situation de handicap sans un devoir spécifique clair établi par l'Ordre juridique.

## **7. Quelle importance donnent les juridictions suprêmes aux finalités de la politique du droit (Policy) poursuivies par le législateur (interprétation téléologique)**

7.1. Aucune importance

7.2. Ils donnent une importance aux finalités de la norme seulement quand celle-ci se montre en conflit avec la formulation du texte.

**7.3. Les juges donnent une importance aux finalités de la norme entre les limites dans lesquelles la formulation du texte le permet.**

7.4. Les juges donnent une importance aux finalités de la norme même modifiant la formulation du texte.

Conformément avec la prévision de l'art. 3.1 du CC, la Chambre Civile du TS a déclaré que les normes seront interprétées en fonction, principalement, de leur esprit et finalité –critère téléologique ou «*ratio legis*»- (STS du 15 avril 1998). Aux fins de l'établissement de l'esprit et de la finalité de la norme, la jurisprudence civile fait appel très souvent aux prévisions des expositions des motifs ou des préambules des lois et aussi à l'intérêt objet de protection de celles-ci. Dans d'autre cas, ce sont les critères interprétatifs systématiques et historiques qui apportent la lumière sur la finalité poursuivie par le législateur avec la norme concrète objet d'interprétation et d'application.

Le critère téléologique a servi à la jurisprudence civile, *v.gr.*, pour évaluer la responsabilité civile de l'entrepreneur de l'ouvrage et celle du promoteur (SSTS du 14 novembre 1984 et du 11 février 1985), pour éviter des comportements frauduleux du propriétaire / bailleur en vue d'éviter l'application du droit d'acquisition préférentiel du bailleur de biens immobiliers (STS 833/2011, du

17 novembre) ou pour interpréter le régime de suppression des barrières architecturales et l'installation d'ascenseurs dans des immeubles en régime de copropriété horizontale (STS 732/2011, du 10 octobre).

## II Partie

### 8. Dans la doctrine publiée récente, quel est l'espace dédié à la formulation et à l'éclaircissement des concepts?

8.1. La construction des concepts est évitée

8.2. Se réfèrent aux concepts classiques sans les discuter

8.3. Les concepts classiques sont rappelés et discutés de façon critique, suggérant l'abandon

**8.4. Les concepts classiques sont rappelés et discutés de façon critique pour être remplacés par des concepts plus appropriés.**

S'il fallait résumer en une phrase l'attitude de la doctrine espagnole actuelle sur les concepts classiques, on pourrait dire qu'elle se caractérise pour être spécialement active dans sa révision et adaptation, mais depuis une position basique de respect et d'estime pour eux.

En général, à de rares exceptions près, les membres de la doctrine espagnole ont été traditionnellement assez conservateurs quant à la préservation de l'acquis des concepts et des principes traditionnels de la discipline. Au cours des dernières décennies, un bon travail doctrinal impliquait nécessairement l'étude des auteurs classiques, aussi bien espagnols qu'étrangers (presque uniquement les grands classiques des doctrines française, allemande et italienne) et la rigueur et la profondeur avec laquelle l'auteur avait su traiter l'objet de l'analyse depuis les concepts classiques proposés et développés par les dits auteurs était considéré comme un élément essentiel de sa valeur académique.

Cette attitude, en grande mesure, demeure encore aujourd'hui et inspire une bonne partie de la doctrine espagnole. C'est un bon témoignage du respect et de la transcendance qu'ont encore les concepts classiques pour la doctrine, le fait que les critiques à la jurisprudence (*v.gr.* au concept de nullité dépourvu de rétroactivité exprimé dans les STS 241/2013, du 9 mai -une doctrine aujourd'hui corrigée, après l'intervention du TJUE-), ou les analyses de projets législatifs et de nouvelles dispositions légales, se réalisent habituellement du point de vue de leur harmonie avec les concepts classiques du droit. Qualité et hauteur juridique se suivent, par conséquent, attribuant à ces interprétations ou instruments juridiques qui sont cohérents et respectueux avec les concepts classiques.

Cependant, il y a plusieurs facteurs à l'heure actuelle qui déterminent le besoin de revoir et d'actualiser grande partie de ces concepts, figures et principes juridiques. La rapidité à laquelle ont lieu les changements sociaux et politiques aujourd'hui, les conséquences dévastatrices de la crise économique de ces dernières années et l'accélération du processus d'internationalisation de la propre doctrine ou le poids actuel de nouvelles approches qui viennent de la *common law*, ont été des facteurs décisifs pour le phénomène de révision qui est en train d'arriver. Comme il a été indiqué plus haut, ces circonstances ne déterminent pas normalement l'abandon des concepts et des figures classiques, à qui on accorde beaucoup de crédit, mais leur révision et adaptation au nouveau moyen.

Donc, il est habituel en ce moment de trouver des études dans lesquelles l'objectif express et unique du travail est précisément la mise à jour et la révision des concepts classiques pour faire face à des problèmes réels de la pratique (*v.gr.*, PARRA LUCÁN, *Negociación y perfección de los contratos*, Ed. Aranzadi, 2014; LAUROBA et TARABAL, *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Ed. Marcial Pons, 2012; PEREÑA et DELGADO, *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Ed. Aranzadi, 2016; BOSCH, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Ed. Bosch, 2012, LLEDÓ, FERRER et TORRES, *El patrimonio sucesorio*.



*Reflexiones para un debate reformista*, Ed. Dykinson, 2014). Ces révisions sont habituellement faites dans le plus grand respect aux figures traditionnelles et jamais de façon iconoclaste. Les résultats sont des modulations, des nuances ou des modifications de nature différente qui permettent de sauver, l'appareil conceptuel classique, en adaptant tout ce qui est nécessaire, pour que sa fonction continue à être appliquée dans les nouvelles circonstances. En tout cas, l'attitude générale de respect pour les concepts et les figures traditionnels du droit n'implique pas que la doctrine puisse postuler l'élimination ou la suppression de certains d'entre eux, quand il est entendu suffisamment justifié. C'est arrivé, par exemple, au sein de l'Association de Professeurs de Droit Civil (APDC), dans la proposition de Code Civil on ne tient pas compte d'un concept juridique aussi traditionnel que la cause du contrat (proposition publiée aux Ed. Tirant lo Blanch, 2016).

## **9. Dans la doctrine publiée récente, quelle est l'attention consacrée aux valeurs constitutionnelles?**

9.1. Aucune

9.2. Occasionnellement les auteurs consacrent attention aux valeurs selon l'objet précis de leur enquête

### **9.3. Grande attention**

Dans la doctrine espagnole actuelle, la référence aux valeurs et principes constitutionnels s'impose dans l'étude ou l'analyse de n'importe quelle institution juridique. Depuis l'adoption de la CE, la doctrine a assumé comme une de ses missions essentielles celle d'adapter la totalité de l'ordre juridique au nouveau cadre de valeur introduit par la nouvelle loi fondamentale. Après presque quatre décennies, l'attitude «révisionniste» initiale de la doctrine pendant les années '80 et '90 du siècle dernier a débouché sur une situation dans laquelle la référence à la CE et à ses valeurs, conformément à la jurisprudence du TC, est considérée une bonne pratique dans la recherche, qui est transmise aux jeunes chercheurs au début de leurs études. La CE est considérée depuis plusieurs points de vue par la doctrine, à l'heure de développer n'importe quel travail de recherche juridique:

- En premier lieu, elle est prise en compte comme critère fondamental pour déterminer la validité des normes, des concepts, des figures ou des instructions juridiques qui s'analysent. Le premier aspect est, naturellement, particulièrement important lorsque l'objet d'analyse est un projet de loi ou une réforme légale ou une norme récemment adoptée, sans préjudice qu'il existe aussi des débats concernant la constitutionnalité de certaines normes qui se sont maintenues durant très longtemps. Donc, en ce qui concerne les réformes et les nouveautés réglementaires, il y a eu ces dix dernières années d'intenses débats et des querelles doctrinales sur la constitutionnalité des lois comme celle qui permet le mariage entre personnes du même sexe, l'adoption par des couples homosexuels, les normes qui régulent la saisie hypothécaire, la proposition de nouveau Code du Commerce, ou la proposition que défendait la dation en paiement obligatoire comme une forme de fin de l'emprunt. Mais, sans aucun doute, le débat sur la constitutionnalité par excellence dans le droit privé est celui qui a pour objet la distribution des compétences entre l'État et les Communautés Autonomes en matière de droit civil. Ce débat revient sur la table chaque fois qu'une Communauté Autonome règle une question qui était avant soumise aux règles du droit commun espagnol. C'est arrivé dernièrement avec une acuité particulière à l'occasion de l'adoption successive des livres qui constituent le Code Civil de la Catalogne.
- La prise en compte des valeurs constitutionnelles, cependant, va bien au-delà de la simple évaluation de la constitutionnalité des différentes propositions et des réformes qui sont mises en jeu à un moment donné. La doctrine espagnole prête une attention fondamentale aux valeurs constitutionnelles comme des éléments indispensables pour accorder aux normes une interprétation correcte. L'idée que les normes doivent être interprétées depuis et

avec les limites imposées par les droits et les valeurs constitutionnels n'est pas un simple aphorisme théorique, mais elle trouve un sol fertile dans les travaux de la doctrine actuelle. À ce propos, on pourrait souligner l'intensité de l'influence de ces valeurs et des principes dans les études sur le droit de la famille, la protection des mineurs, la protection des biens de la personnalité, la fonction sociale de la propriété, l'urbanisme, les règles de fonctionnement des administrations publiques et l'intervention de l'État dans l'économie.

- Un autre aspect dans lequel on peut voir avec une grande intensité l'utilisation des valeurs et des principes constitutionnels dans les travaux de recherche et d'analyse spécifiques de la doctrine, c'est le domaine de l'intégration du sens des normes, fondamentalement par l'attribution de contenu à ce qu'on appelle les standards juridiques ou concepts soupape de sûreté. Des concepts juridiques indéterminés comme l'intérêt public, l'ordre public, les bonnes mœurs ou la morale, à travers desquels le sens des normes et les institutions se met à jour en permanence, sont sans cesse remplis de sens par la doctrine depuis la perspective des valeurs constitutionnelles. À l'heure actuelle, dans la plupart des travaux doctrinaux tous ces concepts se définissent largement depuis la Constitution et ses valeurs.

On peut voir dans les différents numéros de la revue *Derecho privado y Constitución* un bon exemple de la grande importance de la Constitution espagnole et des valeurs constitutionnelles dans les travaux de la doctrine. Il s'agit d'une des revues juridiques les plus renommées dans le droit privé espagnol et son seul objet est la publication d'études de cette nature, dans lesquelles sont analysées les institutions juridico-privées depuis une perspective constitutionnelle.

## **10. Dans la doctrine publiée récente, quelle est l'attention dédiée aux effets économiques et sociaux des règles du droit civil?**

10.1. Aucune

**10.2. Occasionnellement en fonction du spécifique argument traité**

10.3 Beaucoup d'attention

L'analyse scientifique des effets sociaux et économiques des règles dans la doctrine juridique espagnole ne constitue pas encore une référence obligée dans les travaux de recherche. Le chercheur ou académicien espagnol s'occupe en général uniquement de réaliser une analyse exclusivement juridique de son objet d'étude. L'auteur/chercheur espagnol le plus courant considère que sa mission fondamentale est d'éclaircir le sens des règles à l'intérieur du système, pour faciliter leur application aux autres opérateurs juridiques. Dans la plupart des cas, cette tâche visant à éclaircir s'effectue essentiellement depuis des paramètres formels et systématiques, en intégrant les normes analysées d'après leur situation dans l'ordre juridique (leur donnant le contexte adéquat) et en soulignant leur limites vis à vis de leur sens et de leur efficacité. À cet effet, l'auteur/chercheur va utiliser la dogmatique juridique, l'interprétation systématique, les antécédents de la législation, les principes, les droits et les valeurs constitutionnels (et, le cas échéant, les principes et les valeurs du droit de l'UE) et sa perception personnelle de ce que signifie "la réalité du temps dans lequel il vit". En principe, il achève sa tâche avec ces éléments. Il n'a pas l'impression qu'un travail soit incomplet par le fait qu'il manque de données qui viennent d'analyses économiques ou sociologiques, qui lui donnent une base rigoureuse sur laquelle appuyer ses conclusions depuis le point de vue de ces sciences.

Il est vrai que dans la grande majorité des travaux de la doctrine sont pris en considération, à un moment donné, les effets économiques et sociaux des normes et il est même fréquent que des réflexions à leur sujet soient formulées. En effet, il n'est pas simple de trouver un travail dans lequel l'auteur ne fasse pas de référence ponctuelle à ce que pourraient être selon lui ces conséquences. Cependant, les réflexions auxquelles je me réfère sont normalement de simples opinions personnelles de l'auteur, sans appui sur des études ou des analyses rigoureuses à caractère scientifique, dans lesquelles se détermine quels pourraient être les conséquences économiques et

sociales futures qui dériveraient de l'adoption d'une décision politico-juridique déterminée. Ces opinions sont exposées par des auteurs à titre de réflexions individuelles et ceux-ci ne ressentent pas le besoin pour leur diffusion de faire référence à des études ou à des analyses à caractère scientifique pour les appuyer. C'est précisément pour cette raison, qu'une grande partie de ces opinions sont émises avec prudence, comme de simples hypothèses ou possibilités.

Néanmoins, dans la doctrine espagnole actuelle, des groupes de chercheurs qui pratiquent directement des disciplines comme l'analyse économique du droit en combinant les études doctrinales traditionnelles avec les données fournies par cette analyse ont réussi à percer avec force ces dernières années (des revues comme la publication ouverte en-ligne *Indret*, publient souvent des travaux qui viennent de ces groupes). De plus, dans le même sens il faut souligner l'influence que les différents appels à des projets de recherche, européens et espagnols, commencent à avoir dans la publication de travaux interdisciplinaires qui réunissent des études scientifiques effectuées depuis la sociologie, la psychologie, l'économie ou la statistique, avec celles qui sont propres à la doctrine juridique. Il s'agit, de toute façon, d'un processus encore en marche, qui change lentement l'attitude traditionnelle rapportée dans les paragraphes précédents.

### **11. Dans la doctrine publiée récente, quelle est le rôle assigné aux règles déontologiques comme la bonne foi?**

La doctrine a traditionnellement reconnu de façon généralisée l'importante valeur interprétative, intégratrice et de renouvellement juridique des principes généraux et des standards d'évaluation (ou des concepts juridiques indéterminés) comme la bonne foi. La détermination des principes juridiques pertinents en ce qui concerne chaque objet d'étude et son interprétation depuis ces principes, ainsi que l'exemple des concepts juridiques indéterminés pour mettre à jour le contenu des institutions, sont deux éléments basiques qui sont vus comme indispensables pour l'analyse de toute règle ou institution juridique depuis le point de vue doctrinale. Cette importance s'est maintenue et s'est même intensifiée au cours de ces dernières années.

En effet, dans la doctrine espagnole de ces dernières années les standards d'évaluation comme la bonne foi, l'abus de droit, l'intérêt public, le devoir de diligence ou le juste équilibre des contre prestations ont pris une importante dimension à cause du besoin d'adapter les institutions juridiques en vigueur aux problèmes causés par la crise économique. Dans une large mesure, il s'agit d'une dimension acquise non pas par décision de la propre doctrine mais comme conséquence de son objet habituel d'analyse. Dans les nouvelles règles créées par le législateur pour répondre aux problèmes posés par la crise économique et dans les décisions jurisprudentielles sur les controverses qu'elle a causées, les références abondent, ainsi que l'usage de ces standards et principes. Concrètement, la jurisprudence de la Cour Suprême a été spécialement encline à l'usage des concepts indéterminés pour constituer ce que l'on pourrait dénommer sa «*jurisprudence de crise*».

À titre d'exemple, dans la jurisprudence la bonne foi a eu un rôle décisif ces dernières années dans le cadre des décisions à propos des conditions générales et des clauses abusives, ou sur l'adaptation des normes sur la charge de la preuve dans des cas de déséquilibre entre la position des parties (bonne foi procédurale). En outre, le concept de bonne foi a été débattu dans la législation au sujet de la réforme de la loi sur les faillites pour introduire la «*deuxième chance*» des débiteurs personnes physiques (Loi 25/2015), ou pour réformer la législation sur la responsabilité des administrateurs des sociétés de capitaux (Loi 31/2014). Toutes ces nouvelles interprétations et réformes se sont vues accompagnées tout naturellement du débat doctrinal correspondant, où le concept de bonne foi est devenu l'un des concepts essentiels d'analyse et de discussion.

### **12. Dans la doctrine publiée récente, quelle est la place dédiée aux sources autres que nationales?**

12.1. Une certaine place est consacrée aux seules sources institutionnelles européennes

**12.2. La doctrine met l'accent sur les sources autres que nationales,**

12.3. Une importance est reconnue aux principes transnationaux sélectionnés comme le principe de proportionnalité, de subsidiarité, de justice (fairness)

La doctrine espagnole a toujours considéré que le droit comparé constitue un ingrédient indispensable dans toute recherche réalisée sérieusement. Bien qu'en Espagne en de rares occasions les étudiants reçoivent une formation spécifique sur le droit comparé durant les étapes de la licence ou de master, elle est essentielle pendant le doctorat pour que le chercheur se forme à l'usage de la méthodologie comparative. Cette situation n'a pas changé ces dernières années, c'est pourquoi tout projet de recherche ou travail monographique doté d'une certaine profondeur incorpore l'analyse comparée correspondante.

Cependant, certains changements sont visibles ces dernières années, quant aux systèmes communément employés pour réaliser ce travail de comparaison qui d'ordinaire est inclus dans les travaux doctrinaux. Jusqu'à la dernière décennie du XXI<sup>ème</sup> siècle, la référence au droit comparé considérée souhaitable à l'heure de développer un travail, était constituée basiquement par l'analyse des systèmes de caractère continental, appartenant à des pays culturellement et géographiquement proches de l'Espagne (essentiellement la France et l'Italie) et, dans les contraintes d'accès dues au petit nombre de personnes qui maîtrisent la langue, par le système allemand. L'usage d'autres droits comme ceux propres aux pays ibéro-américains, le portugais ou les pays de la *common law* était moins fréquent. À l'heure actuelle, au contraire, le droit des États-Unis (et en grande partie aussi celui de l'Angleterre et du Pays de Galles) sont devenus un référent obligé dans les études doctrinales en profondeur, au détriment des acteurs traditionnels dans ces analyses, qui ont perdu une partie de leur influence.

Le Droit de l'Union Européenne occupe actuellement une place analogue à celui du droit national. L'utilisation des sources du droit communautaire est jugé aussi obligatoire que l'usage des sources qui appartiennent au droit national. Qui plus est, la réalité impose que la référence fondamentale soit précisément les sources européennes dans de nombreux secteurs du droit privé, les nationales étant considérées d'une transcendance secondaire (comme il arrive, par exemple dans le droit de la libre concurrence, avec celui de la concurrence déloyale, ou de la propriété industrielle ou bien du droit de la consommation). Ces derniers temps, à l'usage habituel des sources européennes de *hard law* (les traités et le droit dérivé), s'est uni l'emploi fréquent des sources européennes de *soft law* d'origine académique. Depuis leur publication, les PECL, les PETL ou le DCFR sont devenus un objet d'étude et d'analyse constante pour la doctrine espagnole, aussi bien considérés en eux-mêmes qu'en tant qu'élément à prendre en considération dans les analyses comparées auxquelles j'ai fait référence auparavant.

Cependant, il est beaucoup moins fréquent que les principes transnationaux auxquels se réfère la question soient pris en compte dans les études doctrinales, sauf dans celles consacrées spécialement aux questions internationales. La doctrine internationaliste est la seule à avoir recours habituellement à ces principes, exception faite des règles de la Convention de Vienne dans le domaine de l'achat et de la vente (qui sont en effet largement analysées et prises en compte par la doctrine) et de références ponctuelles aux principes UNIDROIT ou les INCOTERMS dans le cas fondamental de la doctrine mercantile.