

Autonomia părților contractuale ca drept fundamental în Uniunea Europeană

Aurelia Colombi Ciacchi

Profesor de Drept și Guvernare,
Director Academic la Centrul Groningen pentru Lege și Guvernare,
Universitatea din Groningen.

Această lucrare a fost pentru prima oară publicată în
European Review of contract law (6 ERCL 2010, 303).

Autorul dorește să mulțumească ERCL
pentru permisiunea de a republica lucrarea în această revistă.

I. LIBERTATEA CONTRACTUALĂ: O ÎNȚELEGERE DE FOND

Există un paralelism între libertate și egalitate. Astăzi, nimeni nu se îndoiește de faptul că atingerea egalității, în sensul non-discriminării, necesită ceva mai mult decât un tratament simplu, formal și egal. A lua principiul egalității în serios, înseamnă să îmbrățișezi o înțelegere de fond a egalității, care include necesitatea unei acțiuni pozitive, care să contrabalanseze dezechilibrele, de fapt și sociale, care îi fac pe oameni, într-un mod dramatic, inegali. De ce nu poate fi acest lucru aplicabil și în cazul libertății contractuale? Se poate argumenta că, a lua în serios libertatea contractuală, înseamnă a îmbrățișa o înțelegere de fond a acestei libertăți, care include necesitatea unei acțiuni pozitive, care să contrabalanseze constrângerile existente, sociale și de fapt, care determină ca o parte contractuală să fie, în mod dramatic, mai puțin liberă decât cealaltă.

Intr-adevăr unele curente contemporane, din literatură și cazurile legislative, înțeleg libertatea contractuală într-un sens de fond. În consecință, realizarea libertății contractuale implică prevenirea și eliminarea daunelor, cauzate de un contract de neconcepție unei părți, care a fost numai formal, dar nu și substanțial liberă să îl încheie. Același lucru este valabil și dacă o parte este doar formal, dar nu și substanțial liberă, pentru a termina un contract, ale cărui condiții au fost modificate, în mod unilateral, de cealaltă parte. Tocmai pentru că auto-determinarea și autonomia părților este crucială pentru dreptul privat, dreptul privat trebuie să prevadă remedii, pentru contractele care sunt produsul unei subjugări a părții mai slabe.

Evidențierea dimensiunii de fond a libertății contractuale, conduce la o schimbare în perspectivă, atunci când se ia în considerare relația dintre libertatea contractuală și protecția părții vulnerabile, în contractul legal. Libertatea contractuală și protecția părții mai slabe, au fost tradițional înțelese ca principii antagoniste, conflictuale. Normele și-au doctrinele legislative, care furnizează remedii împotriva contractelor de neconcepție, sunt în mare parte văzute ca excepții de la principiul libertății contractuale. Intelectualii, care văd libertatea de contract și protecția părții mai slabe, ca principii conflictuale, tind să conteste preponderența libertății contractuale, dacă împărtășesc o preocupare pentru justiția socială în dreptul contractual. De exemplu, Manifestul Social Juridic a criticat abordarea Comisiei Europene, potrivit căreia cadrul comun de referință, pentru un contract legal European, este o excepție de la libertatea de contract și poate fi admisă numai dacă se justifică prin motive corecte.

Această lucrare fiind scrisă de un co-autor al Manifestului Social Juridic, susține propunerea conform căreia, corectitudinea și solidaritatea ar trebui să fie principiile de bază în legea contractuală. Cu toate acestea, acest document nu consideră că corectitudinea și solidaritatea sunt în conflict cu libertatea contractuală. Se pornește de la premisa că acest antagonism provine de la o veche și formală înțelegere a libertății, care a fost abia compatibilă cu dreptul privat modern al secolului XX, așa cum îl știm noi, și cu siguranță nu mai este potrivit pentru acest scop în secolul XXI.

Unii intelectuali conceptualizează această diferență, pe care lucrarea o exprimă prin termenii “formă și substanță”, în termenii de libertate contractuală “negativă și pozitivă”. Acești intelectuali consideră libertatea de intervenție, din relația contractuală, ca partea negativă a acesteia, astfel că partea pozitivă a acestei libertăți este văzută în auto-determinarea și dezvoltarea liberă a personalității ambelor părți contractuale.

Înțelegerea de fond a autonomiei părților, nu mai este o construcție pur științifică. Astfel, a fost deja recunoscut, de către cele mai înalte instanțe ale unor sisteme juridice continentale, precum Germania sau Slovenia, dar și de către instanțele inferioare în alte sisteme juridice, cum ar fi Grecia. Aceste curente vor fi explorate în următorul capitol.

II. DREPTUL CONTRACTUAL DE FOND, CA DREPT FUNDAMENTAL ÎN GERMANIA, SLOVENIA, GRECIA ȘI OLANDA.

O trăsătură comună, care conectează evoluțiile privind principiul egalității de fond și principiul libertății contractuale de fond, este dimensiunea lor constituțională. Toate doctrinele continentale Europene, privind libertatea contractuală de fond, cunoscute de autorul acestei lucrări, au încorporat acest principiu în constituțiile naționale sau în Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

1. Germania

În 1957 Curtea Constituțională Federală Germană (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), a înțeles dreptul la dezvoltarea liberă a persoanei, în conformitate cu articolul 2 (1) a Constituției Federale, ca un drept fundamental la libertatea generală de mișcare, îmbrățișând manifestările de libertate, care nu sunt reglementate de alte drepturi fundamentale mai specifice. (O traducere în engleză a acestei decizii este disponibilă la www.iuscomp.org/gla/). În jurisprudența și literatura Germană, libertatea contractuală a fost, în general, considerată ca fiind protejată de Constituție, în cadrul articolului 2 (1) GG.

În prima decizie BverfG, care s-a bazat pe o înțelegere de fond a libertății contractuale, ca drept fundamental, a fost hotărârea din cauza “agentul comercial” din 1990. Cazul a tratat un contract de agenție, care restricționa excesiv libertatea profesională a agentului, după încetarea relației contractuale. BverfG a declarat:

“Autonomia privată se bazează pe principiul auto-determinării și, astfel, necesită ca aceste condiții ale auto-determinării să fie prezente, în fapt, dacă puterea de negociere a uneia dintre părțile contractuale, este atât de puternic disproporționată, încât raportul contractual devine de fapt unilateral. În cazul în care există o lipsă de egalitate aproximativă de putere de negociere între părți, atunci o balansare echilibrată a propriilor interese, nu poate fi atinsă doar prin intermediul contractului legal. Chiar și atunci când legiuitorul se abține de la crearea contractului legal obligatoriu, pentru anumite aspecte din viață, acest lucru în niciun caz nu înseamnă abandonarea domeniului contractual, practic pentru jocul liber al

puterii. Mai degrabă, clauzele generale de drept privat, care au ca efect interzicerea puterii excesive, în primul rând acelea din §§ 138, 242, 315 BGB, (§ 138 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, Codul Civil German)* prevede nulitatea contractelor imorale sau al altor acte privind autonomia părților, § 242 BGB prevede ca debitorul să se comporte potrivit bunelor moravuri, § 315 BGB stabilește că dacă performanța contractuală urmează a fi stabilită în mod unilateral de o parte, această determinare trebuie să fie corectă și echitabilă.), trebuie să fie aplicate ca instrumente integratoare. În elaborarea și aplicarea acestor clauze generale, drepturile fundamentale trebuie respectate, în mod precis. Mandatul de protecție corespunzător din Constituție, este astfel trimis judecătorului, care trebuie să pună în aplicare deciziile de bază, obiective, ale drepturilor fundamentale, în cazurile de dezechilibru a părților contractuale, prin utilizarea mijloacelor de drept privat".

În cazul "Agentul comercial", sentința civilă atacată de plângerea constituțională a agentului, a fost declarată neconstituțională de BVerfG, pe motiv de încălcare a dreptului fundamental al agentului la libertatea profesională, în conformitate cu articolul 12 al Constituției Federale Germane (GG). În prezenta decizie, BVerfG a stabilit doctrina de fond a libertății contractuale, dar nu a elaborat în mod expres această libertate de fond, ca un drept constituțional. O definiție a libertății contractuale de fond, ca un drept constituțional, a fost furnizat de BVerfG trei ani mai târziu, cu faimosă sentință de "garanție" din 1993, (BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgerschaft*)). Cf. M. Habersack and R. Zimmermann, 'Legal Change in a Codified System: Recent Developments in German Suretyships Law', (1999) 3 *Edinburgh Law Review* 272; (1999); G. Brüggemeier; P. Rott, 'German Law on Family Suretyships: An Overrated System', in A. Colombi Ciacchi (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity (Baden-Baden: Nomos, 2007)* 51-69; C.U. Schmid, 'Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Private Law', *ibid.*, 31-40; O. Cherednychenko 232-248, 256-257, 281-289, 306-331; C. Mak 75-82, 169, 180, 242-246, 276):

"Cel puțin din motive de certitudine juridică, un contract nu poate fi contestat sau ajustat, de fiecare dată când egalitatea puterii de negociere este perturbată. Cu toate acestea, dacă este un scenariu tipic, care dezvăluie o inferioritate structurală a uneia din părțile contractante și consecințele contractuale, pentru partea inferioară, sunt neobișnuit de oneroase, atunci dreptul civil trebuie să reacționeze și să activeze măsuri corective. Acest lucru rezultă din garanția fundamentală a autonomiei private (articolul 2 alineatul (1) GG, care prevede: "Toată lumea are dreptul la libera dezvoltare a personalității sale, în măsura în care el nu încalcă drepturile altora sau aduce ofensă împotriva ordinii constituționale sau codului moral"), și principiul statului social (Arts. 20 (1), 28 (1) GG)... Pentru instanțele civile, rezultă că acestea au obligația de a interpreta și aplica clauzele generale, pentru a se asigura că contractele nu sivesc ca un mijloc hetero-determinator".

În prezenta decizie, BVerfG a tratat dimensiunea de fond a libertății contractuale, ca un aspect integrant din dreptul fundamental la libera dezvoltare a personalității și libertatea generală de acțiune, în conformitate cu Articolul 2 (1) GG. Tocmai din cauza încălcării garanției dreptului fundamental la autonomie privată și a libertății contractuale, în conformitate cu Articolul 2 (1) GG, BVerfG a permis plângerea constituțională de garanție și a declarat neconstituționalitatea hotărârii civile, care nu a contestat valabilitatea garanției.

În 2001, BVerfG a confirmat principiile din decizia "garanție", într-un caz privind un contract prenupțial. O femeie gravidă a vrut să se căsătorească cu tatăl copilului ei. Bărbatul a convenit să se căsătorească, doar cu condiția ca femeia să renunțe, prin contract, la dreptul său de întreținere, garantat de dreptul proprietății matrimoniale, în caz de divorț. Femeia a acceptat și a fost încheiat un acord prenupțial. BVerfG a recunoscut că auto-determinarea și libertatea contractuală a femeii, la momentul încheierii

acordului, au fost atât de puternic limitate, că acordul în sine nu a fost un act de autonomie, ci exact contrar auto-determinării, fapt pe care Curtea l-a exprimat, atât în hotărârea "Garanție" cât și în această hotărâre, folosind cuvântul *Fremdbestimmung* ("hetero-determinare") partea mai slabă.

Patru ani mai târziu, în două decizii din 2005 privind contractele de asigurare de viață, BVerfG pare să fi lărgit chiar mai mult înțelegerea sa, asupra principiului constituțional al autonomiei private ca libertate contractuală de fond. În primul caz, un asigurător a transferat un contract la o altă societate de asigurare, fără a fi obligat prin lege să obțină consimțământul persoanei asigurate. Această schimbare a înrăutățit poziția persoanei asigurate și a lăsat-o fără o cale de atac. În al doilea caz, Legea contractelor de asigurare nu a garantat că plățile premium, ale asiguratului, au fost corespunzător luate în considerare la calcularea prestațiilor de asigurare excedentare. În ambele cazuri, BVerfG a recunoscut o lipsă de fond a autonomiei private a persoanei asigurate și a constatat că legiuitorul a avut obligația să modifice Legea contractelor de asigurare de viață, astfel încât să asigure persoanei asigurate căi de atac eficiente. BVerfG deduce această datorie din protecția constituțională a autonomiei private (articolul 2 (1) GG) și a proprietății (articolul 14 (1) GG).

În deciziile referitoare la "Asigurarea de viață", persoanele asigurate nu au fost vulnerabile pe motive de vârstă, educație, lipsa de experiență sau sărăcie. Contractele nu au fost neobișnuit de dezavantajoase pentru ei. Lipsa libertății contractuale de fond, a constat în inegalitatea generală a puterii de negociere, între societățile de asigurare și consumatori, precum și în lipsa generală a libertății de alegere, a fiecărei persoane asigurate, după încheierea unei polițe de asigurare de viață. Prin urmare, se poate argumenta că în aceste hotărâri, BVerfG a extins domeniul de aplicare a înțelegerii libertății contractuale de fond. În consecință, de fiecare dată când o parte contractantă (înainte sau după încheierea contractului) nu-și mai poate exercita autodeterminarea de fond și, prin urmare, este dominată de cealaltă parte, statul are datoria să intervină și să prevadă o cale de atac.

2. Slovenia

Jurisprudența Curții Constituționale din Slovenia oferă un alt exemplu, subtil, de înțelegere de fond a libertății contractuale. O piatră de hotar în acest sens, este o hotărâre din 1994, privind un acord de credit cu o rată a dobânzii excesive. Astfel de cazuri sunt rezolvate, în mod normal, de dispozițiile contractuale cămătărești (*oderuška pogodba*), care sunt acum codificate în articolul 119 din Codul Sloven de Obligații (CO). În conformitate cu acest articol, un contract este cămătăresc în cazul în care există o disproporție mare între obligațiile celor două părți contractuale, ca o consecință a exploatării uneia dintre părți asupra celeilalte părți, necajite de probleme financiare grave, inexperiență, nechibzuință, sau dependența de o alta persoană. Partea exploatoare trebuie să fi acționat în scopul de a realiza beneficii, pentru el/ea însăși sau pentru o altă persoană. Dacă toate aceste cerințe sunt îndeplinite, contractului este nul și neavenit. Alternativ, partea vătămată poate pretinde o ajustare a contractului, în termen de cinci ani de la încheierea sa. Cu toate acestea, partea vătămată are sarcina de a proba cerințele articolului 119 și este inutil să mai spun că este foarte dificil, pentru ei/ele, să furnizeze astfel de dovezi. În cazul decis de către Curtea Constituțională Slovenă în 1994, cerințele camerei nu au fost respectate. Teoretic, contractul ar fi putut fi considerat imoral și astfel declarat nul și neavenit, (conform Articolului 86 (1) CO care prevede ca: "un contract care încalcă Constituția, reglementările obligatorii sau principiile morale, va fi nul și neavenit, dacă scopul regulilor încălcate nu este atribuit oricărei alte sancțiuni sau dacă legea nu prevede altceva pentru aceasta cauză". Cu toate acestea, instanțele civile Slovene au fost reticente în a evita un contract exclusiv, pe baza unor clauze de imoralitate. Ele au cerut aplicabilitatea celorlalte cauze

de acțiune, mult mai specifice, cum ar fi obiectul contractului inadmisibil, motive de inadmisibilitate, sau, într-adevăr, camăta. Această auto-restrângere a instanțelor civile, a fost contestată de Curtea Constituțională în 1994. Curtea Constituțională a constatat că autonomia părților contractuale a fost protejată de Constituția Slovenă din 1991, respectiv în articolul 35 referitor la protecția drepturilor personale, (care stabilește ca: "*inviolabilitatea integrității fizice și mintale a fiecărei persoane, dreptul la confidențialitate și personalitate trebuie garantat*" și articolul 74 privind libertatea în afaceri (care stabilește: (1) Inițiativa economică liberă trebuie garantată; (2) Condițiile de instituire a organizațiilor comerciale sunt stabilite prin lege. Activitățile comerciale nu pot fi urmărite în mod contrar interesului public și (3) Practicile concurențiale neloiale și practicile care restrâng concurența, într-un mod contrar legii, sunt interzise). Pe această bază, Curtea Constituțională a decis că valabilitatea contractelor care, în mod evident încălcă principiile de bază ale legii contractului, cum ar fi bună-credința și corectitudinea, performanța egală sau interzicerea abuzului drepturilor, trebuie să fie examinate de către instanțele civile, indiferent dacă acestea ar putea fi sau nu calificate drept camăta.

Intellectualii Sloveni au salutat această hotărâre, care "a introdus o examinare de fond, mai degrabă, decât formală a contractelor neloiale". În 1998, Curtea Constituțională Slovenă a confirmat principiile din Decizia sa din 1994. În cele din urmă, în 2005 Curtea Supremă de Justiție Slovenă a abandonat jurisprudența sa restrictivă, pe clauza de imoralitate. În mod explicit, referindu-se la hotărârea Curții Constituționale din 1994, Curtea Supremă de Justiție a decis că articolul 86 CO, reprezintă o bază juridică directă pentru nulitatea unui contract, care, în mod evident, a încălcat principiile morale de bază, cum ar fi principiul de bună-credință și principiul libertății contractuale, care sunt supuse unor limitări. S-a constatat că instanțele civile au fost obligate să declare un contract nul, atunci când este evident că acesta încălcă principiile morale de bază, indiferent dacă contractul îndeplinește cerințele altor dispoziții, mai specifice, cum ar fi interzicerea cametei. În special, Curtea Supremă de Justiție a sugerat că, o violare majoră a principiului de performanță egală, ar putea fi sancționată de către articolul 86 CO independent de camăta din contract.

Sensul dublu al libertății contractuale (oficiale și de fond), este bine reflectat în diferența dintre raționamentul Curții Constituționale Slovene și a Curții Supreme de Justiție Slovenă. Ca și Curtea Constituțională Federală Germană, în cazul "Garanția", Curtea Constituțională Slovenă în cazul acordului de credit din 1994 a stabilit, în mod similar, o înțelegere de fond a autonomiei personale și a libertății contractuale. Dimpotrivă, Curtea Supremă de Justiție Slovenă în 2005, menționând că "principiul libertății contractuale este sub rezerva limitelor", a arătat că principiile de bună-credință, corectitudinea și performanță egală, intra în conflict cu principiul libertății contractuale: acest lucru corespunde înțelegerii oficiale tradiționale a acestui principiu.

3. Grecia

În Grecia nu există Curte Constituțională. În aceste condiții, instanțele civile grecești au început să trateze libertatea contractuală de fond, ca un drept constituțional, exact ca instanțele constituționale Germane și Slovene. În 1999, Curtea de primă instanță a Atenei a soluționat un caz de garanție familială, similar cu Decizia "Garanția" a BVerfG, în mod explicit referindu-se la această judecată a instanței Germane. În ambele cazuri faptele au fost foarte asemănătoare: tineri cu venituri foarte scăzute și educație puțină au intrat în contract de garanție, fără să fie conștienți de riscuri.

Curtea de primă instanță a Atenei a constatat că libertatea contractuală a fost un principiu fundamental, care a reglementat atât încheierea cât și conținutul contractelor, și a derivat din principiul autodeterminării, consacrat în articolul 5 (1) Constituția Greacă, (care este în vigoare din 1975, iar prin

Art. 5 (1) stabileste că: "toate persoanele au dreptul de a-si dezvolta liber personalitatea lor și de a participa la viața socială, economică și politică a țării, în măsura în care ele nu încalcă drepturile altora sau nu încalcă Constituția și aplicarea corectă a acesteia". Deoarece fiecare persoană care participă la operațiuni de drept privat, se încadrează în domeniul de aplicare a protecției, acordată prin articolul 5 (1) și fiecare persoană poate, la fel, invoca principiul recunoscut constituțional de auto-determinare, dreptul celui mai puternic nu poate prevala. Libertatea contractuală poate îndeplini misiunea, numai în cazul în care părțile contractuale participă în mod egal și în contextul echilibrării intereselor lor opuse. Dacă una dintre părțile contractante, este într-o poziție superioară și în practică dictează, unilateral, celelalte părți, conținutul contractului, această superioritate rezultă într-o situație, prin care cealaltă parte nu este în măsură să-și exercite autonomia sa privată. Desigur, ordinea juridică nu poate avea grijă de toate cazurile în care este perturbată puterea de negociere între cele două părți. Cu toate acestea, în cazul în care există un scenariu tipic, care dezvăluie o inferioritate structurală a uneia din părțile contractante, atunci ordinea juridică trebuie să reacționeze și să permită ajustările necesare. În cazul în care, obligațiile contractuale sunt evident disproporționate și neobișnuit de oneroase, pentru o parte, și dispozițiile contractuale sunt rezultatul unei inegalități structurale a puterii de negociere, instanțele civile au obligația de a furniza căi de atac, prin aplicarea principiilor generale de drept privat, cum ar fi buna morală (articolul 179 din Codul Civil Grecesc, AK) sau buna-credință (articolul 178 și 288 AK). În special, atunci când tineri cu un nivel scăzut de educație și fără experiență în afaceri, intră într-o garanție pentru un împrumut de afaceri, fără a fi informat de Bancă, despre riscurile garanției și fără a avea un interes personal financiar în garanție, iar cuantumul garantat este disproporționat pentru capacitatea lor financiară, contractul încalcă bine stabilitele principii de bune moravuri.

4. Olanda

Ca și în Grecia, nici în Olanda nu există Curte Constituțională. Însă, în mod similar, hotărârea Germană "Garanția" a fost o sursă de inspirație, în special pentru oamenii de știință. Recent, Snijders a îmbrățișat o înțelegere de fond a libertății contractuale, care este destul de similară cu cea a BVerfG. El a demonstrat că articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului (CEDO), nu doar protejează confidențialitatea, ca drept de a fi lăsat în pace, dar, de asemenea, protejează dreptul la autonomie personală și auto-determinare, care la rândul său cuprinde libertatea contractuală. În consecință, o instanță civilă analizând un contract, încheiat sub presiune, ar putea considera că acesta violează articolul 8 CEDO. Acest lucru se aplică, de exemplu, unei familii cu garanții bancare, în cazul în care un membru al familiei și un angajat al băncii, au exercitat presiune pe o garanție privată.

Deja la sfârșitul anilor 1960, intelectualii olandezi au considerat libertatea contractuală ca un drept fundamental nescris. Dependența juriștilor de CEDO, în loc de Constituția olandeză (Grondwet, Gw), ca sursă a dreptului fundamental la libertatea contractuală de fond, nu este întâmplătoare. În Olanda, se poate spune că CEDO are un rang mai mare decât Constituția internă. În conformitate cu articolul 120 Gw, instanțelor olandeze nu le este permis să testeze actele Parlamentului, împotriva Constituției naționale. Cu toate acestea, ei nu sunt împiedicați să testeze conformitatea statutului intern cu tratatele internaționale. De fapt, destul de des, CEDO este aplicat atunci când sunt judecate cazuri de drept privat. În plus, anumite dispoziții CEDO pot fi invocate direct în fața instanțelor olandeze, pe baza articolelor 93 și 94 Gw.

III. LIBERTATEA CONTRACTUALĂ DE FOND ȘI EFECTUL ORIZONTAL AL DREPTURILOR FUNDAMENTALE

Jurisprudența și doctrinele academice definite în secțiunea anterioară, pot fi explicate în termenii constituționalismului pe "verticală" sau pe "orizontală" al dreptului contractual. Cazurile privind „Asigurările de viață”, decise de BVerfG în 2005, sunt exemple de constituționalitate pe verticală. Acest lucru înseamnă că dispozițiile legislative sunt invalidate, pe motiv de neconstituționalitate a acestora, și legiuitorul este obligat să reformeze un anumit subiect. Dimpotrivă, hotărârile "Agentul comercial" și "Garanția" ale BVerfG, precum și hotărârile Slovene și Grecești, sunt exemple de constituționalitate pe orizontală. Aceasta înseamnă că dispozițiile legislative sunt declarate neconstituționale, dar Constituția ajută, astfel, pentru a stabili drepturile și obligațiile părților, a unei relații orizontale, de drept privat.

Hotărârile "Agentul comercial" și "Garanția" ale BVerfG și hotărârile Slovene și Grecești, referitoare la libertatea contractuală de fond, sunt exemple de efecte indirecte, pe orizontală. În schimb, construcția lui Snijders este un exemplu de efect direct orizontal. Propunerea juriștilor, implică faptul că instanțele civile să ia Convenția Europeană a Drepturilor Omului, ca parametru direct de valabilitate al creanțelor contractuale. În consecință, un contract de neconceput, care nu ține cont de auto-determinarea de fond a uneia din partile contractuale, este considerat că violează articolul 8 CEDO.

Cu toate acestea, din punct de vedere al rezultatului, nu există nici o diferență semnificativă între abordarea directă și indirectă a efectelor, pe orizontală. Ambele abordări conduc la protecția de fond a libertății contractuale, printr-o declarație de invaliditate a acordului imoral sau o ajustare judiciară a conținutului său.

IV. DIMENSIUNEA CONSTITUȚIONALĂ A AUTONOMIEI PĂRȚILOR CONTRACTUALE ÎN ITALIA, FRANȚA ȘI POLONIA

1. Italia

Constituția Italiană este la fel de veche ca cea Germană și Curtea Constituțională Italiană joacă un rol, la fel de important, în regimul de drept privat ca și BVerfG în Germania. Nu este surprinzător, confirmarea dimensiunii constituționale a autonomiei private din Italia, este aproape la fel de veche ca în Germania. Încă din anii 1960, Curtea Constituțională din Italia a stabilit că libertatea contractuală, deși nu are o valoare constituțională, indirect a fost protejată de Constituție, deoarece ea a fost funcțional legată de libera inițiativă economică, consacrată în articolul 41 Cost., (care stabilește: (1) întreprinderea economică privată este gratuită; (2) aceasta nu poate fi folosită împotriva bunului comun sau într-un mod care poate afecta siguranța publică, libertatea, sau demnitatea umană; (3) legea stabilește planificările și controalele corespunzătoare, astfel încât activitățile economice, publice și private, pot fi organizate și coordonate spre finalitatea socială. Curtea Constituțională a recunoscut că, libertatea inițiativei economice și autonomia privată nu au fost nelimitate și ar putea fi contrabalansate de altele, clasate mai sus din punct de vedere al valorilor socio-economice, care sunt constituțional relevante.

De fapt, constituția Italiană nu reglementează libera inițiativă economică în capitolul dedicat drepturilor și îndatoririlor cetățenilor, ci în capitolul care reglementează relațiile economice. Prin urmare, libera inițiativă economică este protejată mai puțin bine, decât libertățile personale. Textul din articolul 41 (2) Cost., menționează utilitatea socială, libertatea, demnitatea și siguranța ființei umane, ca limitări ale inițiativei private economice. Potrivit Curții Constituționale din Italia, nevoia de a atinge utilitatea socială

justifică, atât stabilirea condițiilor restrictive pentru operativitatea libertății contractului, cât și modificarea sau eliminarea termenilor contractului, care intră în conflict cu utilitatea socială. Opinia predominantă, din literatura academică, urmărește abordarea Curții Constituționale și consideră articolul 41 Cost., ca o bază legală constituțională indirectă a libertății contractuale. În schimb, unii intelectuali italieni se concentrează, asemenea savanților și instanțelor Germane, pe aspectul de auto-determinare a autonomiei private, ca o manifestare a libertății de a lua decizii, referitoare la sfera proprie și patrimoniul juridic. Acești savanți, preferă să se bazeze pe clauzele drepturilor omului, din articolul 2 (1) Cost., (care stabilesc că: "Republica recunoaște și garantează drepturile inviolabile ale omului, atât ca persoană, cât și ca membru al grupurilor sociale, în care personalitatea fiecăruia își găsește expresia și necesită îndeplinirea atribuțiilor imperitive politice, economice și sociale"), clauze care, de asemenea, au servit ca bază juridică pentru dezvoltarea drepturilor personale, în legislația italiană. În același timp, această abordare a libertății contractuale este criticată, atât de cei care refuză caracterul de normă deschisă a articolului 2 Cost., cât și de cei care nu văd libertatea contractuală ca o libertate individuală. În plus, Curtea Constituțională a negat, în mod explicit, posibilitatea de a considera autonomia contractuală ca un drept al omului, protejat prin articolul 2 (1) Cost.

În Italia, o înțelegere de fond a libertății contractuale, nu a fost încă în mod explicit recunoscută. Cu toate acestea, s-a afirmat că această înțelegere și dimensiunea sa constituțională, este pe deplin compatibilă cu cultura juridică Italiană. Două exemple vor fi făcute, în continuare:

În primul rând, restricțiile contractuale ale libertății economice a părții slabe, ca și în cazul *Handelsvertreter* din Germania, ar putea fi rezolvate oferindu-se un efect orizontal la libera inițiativă economică, în conformitate cu articolul 41 Cost. Lucrările pregătitoare la Constituția Italiană, demonstrează că articolul 41 a fost menit să protejeze această libertate, nu numai aceea vis-à-vis de puterea publică, dar, și aceea vis-à-vis de puterile economice private. Rezultă că articolului 41 Cost., i se poate acorda un efect orizontal direct, în relațiile contractuale.

În al doilea rând, o înțelegere de fond a tuturor libertăților constituționale protejate, este implicită în articolul 3 (2) Cost, conform căruia, este de datoria Republicii să îndepărteze toate obstacolele economice și sociale care, limitând libertatea și egalitatea cetățenilor, împiedică dezvoltarea deplină individuală și participarea tuturor lucrătorilor, în organizația politică, economică și socială a țării". Din moment ce titlul articolului 3 Cost. este "Egalitatea", a fost general recunoscut faptul că articolul 3 (2) consacră principiul egalității de fond. Cu toate acestea, această dispoziție nu menționează doar obstacolele economice și sociale, care limitează egalitatea cetățenilor, ci menționează și obstacolele economice și sociale, care limitează libertatea cetățenilor. De fapt, libertatea contractuală de fond și egalitatea de fond, sunt strâns interconectate. Dacă un contract este încheiat de o parte, care este în mod substanțial liberă să determine conținutul său, și o altă parte, care nu dispune de această libertate de fond, există o inegalitate de fond între părțile contractante.

2. Franța

În Franța, concepția Illuministic tradițională a libertății contractuale, ca o libertate natural umană, și-a pierdut popularitatea în sec XX, în timp ce intervenția statului și protecția celor mai slabi a crescut, fapte care sunt în general văzute drept contradictorii cu libertatea (oficială) contractuală. Cum era de așteptat, prin urmare, înainte de 1997 Consiliul Constituțional (*Conseil constitutionnel*), a negat natura constituțională a principiului libertății contractuale. Cu toate acestea, începând cu 1997, Consiliul Constituțional a început, treptat, să accepte dimensiunea constituțională a acestui principiu.

În 1997, Consiliul a stabilit că libertatea contractuală nu a fost o valoare constituțională, dar încălcarea sa ar putea periclita garantarea constituțională a drepturilor și libertăților. În 1998, acesta a afirmat că intruziunile severe în contractele legal încheiate, de exemplu încălcări ale principiului economiei contractelor (*économie des conventions et contrats*), ar putea fi considerate o încălcare a drepturilor și libertăților, consacrate la articolul 4 din Declarația Drepturilor Omului din 1789 (*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*), care stabilește că: „Libertatea constă în posibilitatea de a face ceva care nu rănește pe alții: astfel, exercitarea drepturilor naturale, ale fiecărui om, nu are nici o altă limită, decât aceea care asigură ca ceilalți membri ai societății, să se bucure de aceleași drepturi. Aceste limite pot fi determinate numai prin lege”. Această constatare a fost apoi confirmată în două decizii din 1999 și 2000, resp: Cons. const. 23 Iunie 1999, n. 99-416 DC, (1999) *Actualité juridique, droit administratif* 700 și comentariile lui J.-E. Schoettl; Cons. const. 7 Decembrie 2000, n. 2000-436 DC, (2001) *Actualité juridique, droit administratif* 18 și comentariile lui J.-E. Schoettl.

În cele din urmă, în decembrie 2000, Consiliul Constituțional în mod explicit a recunoscut valoarea constituțională a libertății contractuale. Ase vedea: Cons. const. 19 Decembrie 2000, n. 2000-437 DC, (2001) *Revue trimestrielle de droit civil* 229 și comentariile lui N. Molfessis; (2001) *Revue du droit public et de la science politique* 267 și comentariile lui J.-E. Spitz. În următorii doi ani, Consiliul părea că și-a retras această confirmare și și-a reluat jurisprudența sa anterioară, mai restrictivă. A se vedea, în acest sens: Cons. const. 27 Noiembrie 2001, n. 2001-451 DC; Cons. const. 12 ianuarie 2002, n. 2001-455 DC; Cons. const. 27 decembrie 2002, n. 2002-464 DC. Cf. F. Moderne, „La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?”, (2006) *Revue française de droit administratif* 2, 9. În 2003, cu toate acestea, Consiliul Constituțional și-a reafirmat, cu un raționament mai cuprinzător, rangul constituțional al libertății contractuale, bazându-se atât pe articolul 4, cât și pe articolul 16, din Declarația Drepturilor Omului, care prevede că: „Orice societate, în care nu sunt prevăzute dispoziții pentru garantarea drepturilor sau pentru separarea puterilor, nu are o constituție”. Această judecată a fost salutăată de intelectualii francezi, ca o "reevaluare a libertății contractuale în ordinea juridică". A se vedea, pentru mai multe referințe, C. Herrmann and C. Perfumi, 'France', in G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi and G. Comandé (eds), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview* (Cambridge University Press, 2010), 190, 207 et seq.

Noua abordare a Consiliului Constituțional Francez pare să fie convergentă, cu abordările Curții Constituționale Germane, în măsura în care libertatea contractuală este văzută, ca o manifestare a principiului constituțional al libertății generale de mișcare. Timpul este cel care va spune dacă *Conseil constitutionnel* va dezvolta, de asemenea, propria jurisprudență pentru înțelegerea de fond a libertății contractuale. Se poate argumenta că, această înțelegere ar putea fi bazată pe articolul 4, *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, conform căruia exercitarea dreptului la libertate a fiecărei persoane „nu are limite, altele decât cele care asigură celorlalți membri ai societății, că se pot bucura de exact aceleași drepturi”. Cu alte cuvinte: libertatea unei părți contractante, pentru a determina conținutul contractului, trebuie să fie limitată, dacă cealaltă parte contractantă nu este în măsură să se bucure de același libertate.

3. Polonia

Curtea Constituțională Poloneză, într-o decizie din 2003, privind un contract de închiriere, a afirmat că libertatea contractuală, deși nu este în mod explicit prevăzută de Constituție, a avut o dimensiune constituțională, deoarece a fost conectată cu principiul constituțional al protecției libertății personale și cu obligația de a respecta libertățile altora. Curtea a continuat și a spus că, libertatea

contractuală poate fi considerată, de asemenea, inerentă principiilor economiei de piață socială, a protecției proprietății, a dreptului muncii și a protecției vieții private și de familie, precum și a dreptului de a decide cu privire la viața personală. Libertatea contractuală fiind considerată un corolar al protecției libertății generale a persoanei, în articolul 31 din Constituția poloneză, în vigoare din 1997, se poate citi: (1) libertatea persoanei va beneficia de protecția juridică; (2) Toată lumea trebuie să respecte libertățile și drepturile altora. (3) ... Rezultă din acest articol, că în opinia Curții Constituționale, nimeni nu poate fi forțat, dar nici interzis, să încheie un acord și nimeni nu poate fi obligat să aleagă o anumite parte contractantă sau acord, pe baza unor anumite clauze contractuale, dacă legea nu prevede acest lucru. În acest sens, a se vedea: *Trybunał konstytucyjny*, 29 Aprilie 2003. Cf. A. Jańczuk and J. Krzemińska, 'Poland', in G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi and G. Comandé (eds), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview* (Cambridge University Press, 2010) 485, 518 et seq.

Spre deosebire de Curtea Constituțională Italiană, Curtea Constituțională Poloneză nu a derivat libertatea contractuală din libertatea activității economice. Curtea, în mod explicit, neagă această derivare, subliniind diferențele domenii de aplicare a libertății contractuale și libertatea activității economice. A se vedea *Trybunał konstytucyjny*, 29 Aprilie 2003. Acestea se bazează în schimb, ca și Curtea Constituțională Germană și Consiliul constituțional Francez, pe principiul libertății generale a persoanei. S-a afirmat, că din acest punct de plecare, pasul spre o acceptare a dimensiunii de fond a autonomiei părților, poate fi ușor realizat.

V. AUTONOMIA PĂRȚILOR CONTRACTUALE: UN DREPT FUNDAMENTAL COMUN EUROPEAN?

Poate fi argumentat că, jurisprudența Germană, Slovenă și Greacă, dar și părerea lui Snijders, sunt mărturiile ale începutului de dezvoltare, la nivel European, a înțelegerii de fond a libertății contractuale, ca autonomie a părților. Un singur pas separă aprecierile italiene, franceze și poloneze, referitoare la dimensiunile constituționale ale libertății contractuale, de doctrinele germană, slovenă, greacă și olandeză, referitoare la libertatea contractuală de fond, ca un drept constituțional sau uman.

De fapt, dimensiunea constituțională a libertății contractuale și autonomia părților, ar putea fi recunoscute în toate țările, în care principiile de auto-determinare, libera dezvoltare a personalității sau/și libertatea generală a persoanei, sunt consfințite în Constituție. Acesta este, de exemplu, cazul Irlandei, unde prin Articolul 40 (3) nr. 1 din Constituția irlandeză din anul 1937, se stabilește că: „statul garantează în dreptul său, să respecte, și, pe cât posibil, să apere și să răzbune drepturile personale ale cetățenilor”, precum și cazul Spaniei, unde prin Articolul 10 (1) din Constituția spaniolă, din anul 1978, specifică: „demnitatea persoanei, drepturile inviolabile inerente, libera dezvoltare a personalității, respectarea legii și drepturile altora, sunt fundamentul ordinii politice și sociale de pace”.

Cu toate acestea, nici o constituție scrisă și nici o cultură juridică, de aplicare a normelor constituționale, în regim de drept privat, nu sunt condiții necesare pentru dezvoltarea înțelegerii autonomiei părților (de fond), ca un drept fundamental. Snijders a demonstrat că aceasta se poate înțelege, de asemenea, pe baza articolului 8 CEDO. Aceasta poate oferi o potențială bază juridică, pentru principiul de fond al libertății contractuale, atât în sistemele juridice fără o Constituție scrisă ca în cazul Marii Britanii, cât și în sistemele juridice, cum ar fi cele din Olanda și Suedia, în care există o constituție scrisă, dar atunci când instanțele civile judecă anumite cazuri, care implică drepturi fundamentale, preferă să se bazeze pe CEDO.

Cel puțin un efect indirect orizontal, al normelor constituționale sau al drepturilor omului, a fost recunoscut de sistemul judiciar într-un număr mare de state membre ale UE, inclusiv Marea Britanie, a se vedea, în acest sens: G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi și G. Comandé (eds), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview* (Cambridge University Press, 2010). Autonomia părților ca auto-determinare de fond, poate fi invocată în cazul contractelor, fie pe baza normelor constituționale, fie pe baza articolului 8 CEDO. Drepturile consacrate în convenții și în tradiția constituțională comună a statelor membre, conform articolului 6 din Tratatul UE și a jurisprudenței stabilite la CEJ, sunt drepturi fundamentale comune și principii ale Uniunii Europene. Prin urmare, înțelegerea de fond a libertății contractuale, ca autonomie a părților, are potențialul de a deveni un principiu fundamental European, comun cu adevărat.

Referințe bibliografice

- Alpa, G. 'Libertà contrattuale e tutela costituzionale', (1995) *Rivista critica di diritto privato* 35, 49-50.
- BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).
- Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'', (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* 273;
- Colombi Ciacchi, A. (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity* (Baden-Baden: Nomos, 2007).
- Colombi Ciacchi, A., 'The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice', (2006) 2 *European Review of Contract Law* 167.
- Colombi Ciacchi, A., 'Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice', in K. Ziegler (ed.), *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy* (Oxford: Hart, 2007) 53; C. Mak (n. above) 158 et seq.
- Cherednychenko, O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Munich: Sellier, 2007) 10-11 and passim.
- CfBVerfG 7 February 1990, BVerfGE 81, 242; BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214. See below, II. a. and n.,.
- Guarino, G. *L'organizzazione pubblica*, vol. I (Milan: Giuffrè, 1977) 134; id., 'Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie', (1992) *Quaderni costituzionali* 39.
- Grundmann, S., 'European Contract Law(s) of What Colour?', (2005) 1 *European Review of Contract Law* 184;
- Habersack M. and Zimmermann R., 'Legal Change in a Codified System: Recent Developments in German Suretyships Law', (1999) 3 *Edinburgh Law Review* 272; (1999);
- Hesselink, M.W., 'The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission', in *Principles of European Contract Law* (preliminary reports Vereniging voor Burgerlijk Recht) (Deventer: Kluwer, 2001) 7, 49;
- Lurger, B., 'The "Social" Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness', in A.S. Hartkamp, M. Veldman et al. (eds), *Towards a European Civil Code*, 3rd edn (Nijmegen, The Hague: Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, 2004) 273 et seq.;

Mak, C., *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008) 26, 28.

Rescigno, P., 'L'autonomia dei privati', (1967) *Iustitia* 3; A. Pace, 'Libertà "del"mercato e "nel"mercato', (1993) *Politica del diritto* 327, 329; G. Alpa (n. above).

Rouhette, G., 'Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France', in *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Jerusalem: Hamaccabi Press, 1994) 23.

Study Group on Social Justice in European Private Law, 'Social Justice in European Contract Law: a Manifesto', (2004) 10 *European Law Journal* 653 at 663-664.

Snijders, H.J., 'Privacy of Contract', in K. Ziegler (ed.), *Human Rights and Private Law Privacy as Autonomy* (Oxford: Hart, 2007). Wilhelmsson, T., 'Varieties of Welfarism in European Contract Law', (2004) 10 *European Law Journal* 712 et seq.