

Parte I

Acerca de la autonomía de la voluntad



Summary

Section I: *Party Autonomy in International Contract Law.* 1. *Worldwide recognition of party autonomy.* 2. *Exclusion of party autonomy in Latin America.* A) *Brazil.* B) *Uruguay.* 3. *Exclusion of party autonomy in the Middle East.* 4. *Limitations on the Power to Choose the Applicable Law.* A) *Choice of non-state law – lex mercatoria.* B) *Relation between the contract and the law selected.* C) *Restrictions for specific contracts.* D) *Conclusion and outlook.*

Section II: *A Priori and Derivative Conceptions of Party Autonomy.*

Section III. *Theoretical Objections to Party Autonomy.* 1. *Sovereignty.* A) *Choice of Law as an Impairment of Sovereignty.* B) *Objective Conception of the Law.* C) *Criticisms and countervailing contractual theories of state and law.* D) *Conclusions.* 2. *Ordre public.* A) *Specifications of the ordre public.* B) *Domestic Contacts.* C) *Conclusions for choice of law.* 3. *No binding effect of contracts outside a legal order.* A) *The conclusion of a contract as a result of the applicable law.* B. *The core and corona of the agreement.* 4. *Protection of weaker parties.* A) *Freedom of choice and power.* B) *Neutralisation through competition.* C) *Imbalances in motivation.* D) *Macro-economic and individual disequilibrium.* 5. *Conclusion.*

Section IV. *Theoretical Basis for Freedom of Choice.* 1. *Efficiency.* 2. *Freedom and natural will.* 3. *Binding effect.* 4. *Choice of law agreements as self-fulfilling (dispositional) contracts.* 5. *Freedom of choice as a pre-governmental right.* A) *Enlightenment philosophy and human rights.* B) *Clarification of freedom of choice as derived from human rights.*

Section V. *Conclusion.* 1. *Interaction of choice of law and objective law.* 2. *The scope of freedom of choice in private law*.*

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

Jürgen Basedow**

1. In 1910 Joseph Beale who later became the reporter of the American Restatement First on the conflict of laws raised what he called a “fundamental objection” to the parties’ choice of the applicable law; as he said it “involves permission to the parties to do a legislative act”.¹ On a similar note the famous French conflicts professor Jean-Paul Niboyet taught in his Hague lecture of 1929 dedicated to the theory of party autonomy the “first truth that the parties’ intention is never superior and not even parallel to the law; it is always confined to the circle admitted by the competent legislature”.² About a century later party autonomy is universally accepted as a bedrock principle of the international law of contractual obligations despite the fact that its theoretical foundations continue to remain elusive. This shortcoming has, nonetheless, done little to hinder its triumphant march forward. Consequently, some authors have characterised it as a “stopgap solution” which, notwithstanding its

scholarly gaps, is preferable in light of its practical benefits.³ In the meantime, party autonomy continues its advance into new legal fields with little reflection dedicated to its actual justification. In general one has been content with brief references to the Western conception of individual liberty and the principle “*in dubio pro libertate*”. Conversely, one can consistently observe a much greater degree of interest in the specific limitations and manifestations of choice of law.⁴

2. As important as it is to understand this phenomenon in its particulars, it can hardly be comforting to observe the entire field of conflicts of law increasingly fall sway to a principle which is theoretically unresolved. This is particularly true when one notices that freedom of choice has failed to universally prevail in its very place of origin, i.e. the international law of contractual obligations. The following chapter is, therefore, essentially dedicated to exploring the theoretical

foundations of party autonomy. It will begin with an appraisal of its role in international contract law with particular focus on those jurisdiction which exclude party autonomy or restrict its bearing on contract law (Section I) before offering a clarification of concepts (Section II); it will then turn towards the objections posited against choice of law in legal theory (Section III) and finally examine its theoretical underpinnings. (Section IV).

Section I: Party Autonomy in International Contract Law

1. Worldwide recognition of party autonomy

3. According to Article 3 para. 1 of the Rome I Regulation, a contract shall be governed “by the law chosen by the parties”,⁵ and according to the recitals “[t]he parties’ freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations”.⁶ Thereby, the regulation merely restates what was already firmly established for EEC Member States in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.⁷ The principle would, at first glance, not seem to present anything of particular surprise, and, indeed, in

1990 Axel Flessner stated with an air of finality: “[p]arty autonomy in the conflict of laws is globally recognised for the law of obligations: the parties themselves may choose the applicable law and this choice includes in principle the mandatory law of the chosen legal system and excludes that of the ‘deselected’ legal system”.⁸

4. In fact the parties’ freedom to choose the applicable law is hardly so self-evident. The principle applies in Europe as well as many of the world’s industrialised nations,⁹ such as the USA,¹⁰ Australia¹¹ and Japan.¹² Also in China party autonomy is recognised in various sources of law.¹³ The world map, however, is not without nations which reject the principle of free choice of law, at least insofar as described by Flessner. Statutory examples in this regard can, above all, be found in Latin America and in the Middle East.

2. Exclusion of party autonomy in Latin America¹⁴

A) Brazil

5. A particularly noteworthy example is offered in Brazilian law. Article 9 of the introductory act to the Civil Code of 1942 provides that “to characterize and regulate obligations, the law of the country in which they are constituted

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

shall be applied".¹⁵ In contrast to the corresponding provision of article 13 of the antecedent Civil Code of 1916, Article 9 does not contain any reference to a deviating agreement of the parties. Accordingly, this rule is construed as prohibiting the parties from selecting the law to be applicable to a contractual obligation. Whereas in arbitral proceedings a choice of law is expressly provided for by Law 9307/1996,¹⁶ the sole and decisive connecting factor before state courts is the place of contracting.¹⁷

6. Nevertheless, to the extent that it relates to dispositive provisions of law, the selection of a foreign law will likely be recognised. It is, however, not entirely clear whether this should be understood as incorporation at the level of substantive law; where a choice of law is limited exclusively to dispositive provisions, the practical effects are identical.¹⁸ Furthermore, a contractual election of the applicable law has also been considered in those instances when the contract has been concluded in a foreign country that, for its part, recognises the principle of choice of law;¹⁹ yet this exception is better explained as a recognition of *renvoi* rather than an express endorsement of a choice of law.

B) Uruguay

7. The matter is treated similarly in the concluding title of the Uruguayan Civil Code. Pursuant to Article 2399 legal transactions are subject to the law of the place of contractual performance; the law makes a specific reference to Articles 34-38 of the 1889 Treaty on International Private Law of Montevideo.²⁰ These provisions lay down objective criteria for ascertaining the law applicable for various types of contract; an election of the place of contractual performance is ruled out.²¹ Under Article 2304 of the Civil Code the provisions on legislative and judicial competence are excluded from the reach of the parties. The inclusion of legislative competence has the effect of depriving the parties of a choice of law. It is only when Uruguayan international private law prescribes a national law which permits a choice of law that Uruguay will—in a fashion of *renvoi*—also respect such a choice.²² While the notion of allowing the parties a right of election has in recent years won more and more converts and in the meantime even found expression in the Uruguayan foreign ministry's proposal for a general conflict of laws regulation,²³ under the current state of international private law a choice of law nonetheless remains without effect.

3. Exclusion of party autonomy in the Middle East

8. The concept of choice of law also meets with a degree of rejection in the Middle East. Thus, Article 968 of the Iranian Civil Code of 1935 states:²⁴ “Obligations arising out of contracts are subject to the laws of the place where the contract was concluded, except where the contracting parties are foreign nationals and have expressly or impliedly subjected the contract to another law”. A choice of law is consequently only relevant in those rare instances where an Iranian court is presented with a contractual dispute stemming from a contract which was executed exclusively between two foreign citizens. In contrast with earlier drafts wherein a choice of law was more broadly embraced, the subsequent legislative proceedings resulted in the more constrictive configuration presently observed.²⁵

9. As concerns the connecting factor in relation to contractual agreements, the conflict of laws provisions of several Arab nations share a basic configuration which was likely first laid down in the Egyptian Civil Code of 1948. Pursuant to its Article 19, the applicable law is (1) the law of the domicile

when such domicile is common to the contracting parties or, otherwise, (2) the law of the place where the contract was concluded. (3) Contracts related to immovable property are governed by the law of the place in which the property is situated. Rules (1) and (2) can be waived by a choice of law.²⁶ While some Arab countries and in particular Saudi-Arabia do not appear to honour choice of law agreements at all,²⁷ the Egyptian triad of rules can be found, for example, in Yemen,²⁸ Jordan²⁹ and Iraq³⁰. It is unclear, however, if the choice of law exception in these successor legal systems applies to all contracts other than realty contracts or only to contracts between parties who have their domicile in different countries.³¹ If the choice of law is only permitted for parties not sharing the same domicile, the most significant cases would concededly be captured but the limitation would be nonetheless noticeable. Contracts concluded between parties domiciled in the same country can also have a very pronounced international character; suppose for example that the agreement envisions performance in a foreign location or the contract is embedded within an international contractual network.

4. Limitations on the Power to Choose the Applicable Law

10. Thus, there are undeniably countries which continue to refuse the parties a choice of law in respect of contractual obligations and many others in which the breadth of such choice is by all accounts uncertain. Furthermore, alongside the complete exclusion of the option to select a law one also finds firmly established limitations based upon the internationality of the contract such that party autonomy is in all events excluded for contracts having a purely domestic nature in the eyes of the respective *lex fori*. For the purposes of this discussion it is also worth briefly mentioning some additional choice of law restrictions related to either the selected law or the subject matter of the contract.

A) Choice of non-state law – *lex mercatoria*

11. A widespread limitation relates to the selection of non-state law. When the parties agree on the application of the “*lex mercatoria*”, of “general principles of international commerce” or –more specifically– on the “UNIDROIT Principles for international commercial contracts”³² to govern their transaction, what would be the significance of such a clause? For the

time being, legislatures are not inclined to honour such a term as an agreement on the applicable law as far as litigation in state courts is concerned. In the legislative proceedings leading to the adoption of the Rome I Regulation, the European Commission had in fact suggested to admit the parties’ agreement on “the principles and the rules of the substantive law of contract recognised internationally or in the Community” as an agreement on the applicable law.³³ The proposal met strong opposition in the European Council and was finally deleted; recital 13 of the definite Regulation now only refers to the possible incorporation of a non-state body of law into the contract within the framework of the applicable law, i.e. not at the level of private international law. Put in other words the parties are confined to the selection of one of the 200 or 250 state contract laws that exist in the jurisdictions of the world.

12. In the absence of such express rejection by the legislature, the Federal Court of Switzerland has likewise refused to recognise the contractual reference to the rules of an international sports association as an agreement on the applicable law. According to the court such rules can only be incorporated into the contract within the

limits drawn by mandatory provisions of the applicable national law.³⁴ However, additional weight can be given to non-state rules of law in countries such as France, where a court, if so authorized by the parties, may decide a case as *amiable compositeur*, i.e. under principles of fairness and equity, and where the parties would consequently be permitted to bind the judge by a procedural agreement relating to a body of rules that might serve as guidance, see Art. 12 para. 3 of the Code of Civil Procedure.³⁵

13. Wider is the recognition afforded to the agreement on non-state bodies of law in arbitration? What matters in the present context, is not so much the application of non-state rules by the arbitral tribunal itself,³⁶ but the effect given to that application by state law and by municipal courts, in particular in annulment or enforcement proceedings. Art. 28 of the UNCITRAL model arbitration law which has been adapted in numerous countries across the globe permits the parties to designate the “rules of law” governing the decision of their dispute, and the Explanatory Note makes clear that by using this term instead of referring to the choice of a “law”, the range of options for the parties is meant to be broadened; they may agree on rules of

law that have been elaborated by an “international forum” but have not yet been incorporated into any national legal system.³⁷ On this basis specific statutes in some countries such as Brazil³⁸ and the prevailing view in many other states consider the choice of the UNIDROIT Principles or other non-state bodies of law as valid agreements on the applicable law.³⁹

B) Relation between the contract and the law selected

14. Further limitations relating to the law that may be chosen by the parties concern the relation between the contract under scrutiny in the pending case and the designated law. Such limitations are frequent in areas of the law such as family law or inheritance law where party autonomy is disputed or a newcomer. In contract law they are rare, however. An example could formerly be found in Spanish private international law: under Article 10 para. 5 of the Spanish Civil code the law chosen by the parties governed a contract “provided that it has[d] some connection with the contract in question”.⁴⁰ More recent publications point to the admissibility of the selection of a neutral and unrelated law under Article 3 Rome I in contrast to the previous state of the law under Article 10 para. 5.⁴¹ A further example can still be

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

studied in the USA. Pursuant to § 187 para. 2 of the Restatement Second, Conflict of Laws, a transaction must have a “substantial relationship” to the country of the law selected, and § 1-105 UCC used to require a “reasonable relationship”; in the new – and so far unsuccessful⁴² – version of the UCC, § 1-301 (c) (2) and (e) (1) still maintain that requirement, although limited to consumer transactions. Yet in practice the courts have continually lowered this threshold such that a perceptible limitation on the range of laws to choose from would no longer seem to exist.⁴³

C) Restrictions for specific contracts

15. Restrictions on the choice of law for specific types of contract are numerous and are particularly common as concerns legal areas in which the freedom of contract itself is subject to material restrictions; in the Rome I Regulation this occurs above all in employment contracts, consumer contracts, insurance contracts and to a lesser extent in contracts of carriage.⁴⁴ While there are no categorical exceptions of this kind in US conflict of laws, American courts may often achieve similar results on the basis of a more case-related assessment of public policy.⁴⁵ The sector-specific

treatment not only fashions a bridge to the substantive law, it also advances the trend in which party autonomy is granted an ever-increasing role in areas outside of contractual obligations such as family law and succession law.⁴⁶

D) Conclusion and outlook

16. While subject to intensive academic debate, these differentiations need not be further addressed here. Worthy of emphasis, however, is the underlying general assumption that private individuals are generally conceded the power of choosing the law applicable to their legal relations. That this choice is granted by a majority of today’s nations may indeed suggest a trend, but is in itself hardly a convincing argument addressing the merits of the debate being waged between proponents and opponents of such choice. The following considerations are dedicated to the theoretical foundations of party autonomy and adopt as their starting point the contentions of its challengers.

Section II: A Priori and Derivative Conceptions of Party Autonomy

17. The principle of party autonomy serving as foundation of conflicts jurisprudence, can be understood in

two ways. First, one can view party autonomy as reflecting the natural capacity of individuals to determine the applicable law for themselves irrespective of the confines of any legal system. Alternatively, a second understanding sees in party autonomy the capability of individuals to create commitments for themselves and/or others according to the parameters laid down in a given system of conflict of laws. Where this legal order allows individuals to subject themselves to a different legal system through a choice of law, one speaks of party autonomy. The former a priori concept was characterised by Frankenstein as a primary connection, the latter as a secondary connection.⁴⁷

18. The fundamental difference between the two approaches is that the second –derivative– understanding of party autonomy presupposes the existence of a positive law regime which is separately ascertained and, consequently, cannot simply reflect the individual’s subjective intentions. Just how this legal system is to be determined remains open. The reference to the private international law of a particular country is of no avail since its rules determining the applicable law are only relevant for the courts and agencies of that country. Insofar as the

claimant can choose between courts in different jurisdictions which may be available to him in various countries, the individual’s subjective desires will in fact, albeit by a circuitous route, ultimately determine whether a conflict of laws regime recognising party autonomy has application.

19. The derivative conception of party autonomy would only be internally consistent if there were objective rules, binding upon every court of the world, which prescribed whose conflict of laws regime was applicable. Such a meta-regime would thus assign one and only one conflict of laws regime to each legal relationship; to the extent this regime recognised party autonomy, it would – independent of the appealed upon court – be predetermined whether an election of law by the parties was to be given effect. It was such a meta conflicts of law regime that Frankenstein had in mind with his conception of a “primary connection”; in his view the “nationality for individuals” and “the physical location for property” were the “two individual connecting factors which were independent of legislative caprice and flowed from the essence of law insofar as one can, in general, make an a priori declaration as regards the relationship of men and

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

property to the legal order”. These “primary (original, a priori) connecting factors refer to a legal order which can exhaustively arrange the legal relationships; they can “however also limit themselves to indirect control and on the basis of expedience or other legal considerations through an act, which we will label a secondary (derivative) connection, subject the person or property for its part to yet another legal order..., that then for its part asserts direct control”.⁴⁸

20. Such a meta-regime of primary connections does not, however, exist. Although it is true that the world’s conflict of laws regimes are in virtual consensus as to the applicability of *lex situs* in regards to rights in immovable property, the notion that nationality should serve as a connecting factor for all other legal matters was by no means generally accepted in Frankenstein’s era and is today an idea in retreat. Accordingly, party autonomy in its derivative conception is susceptible to the pointed objection that – through the back door of jurisdictional competence - the subjective desires of the claimant are indeed bestowed considerable influence in the determination of the applicable law in international disputes. The notion is, thus, hardly free from contradictions.

21. The a priori conception of party autonomy is not vulnerable to the criticism of inconsistency. Rather, its authority derives from meta-legal considerations of natural liberty, see below section 4, which are characteristic of a general principle on which both legislators and courts ought to orient themselves. The theoretical questions which consequently arise are: (1) What is the origin of such a liberty principle? (2) What position should this principle be accorded in respect of conflict of laws regimes in which party autonomy finds either little or no recognition? See below section IV.

Section III: Theoretical Objections to Party Autonomy

22. The most extensive and detailed treatment of the arguments for and against party autonomy is likely the work of Cecilia Fresnedo de Aguirre from Uruguay.⁴⁹ In a comprehensive comparative and legal-historical survey she elaborates eight rationales posited by the proponents of party autonomy and subjects each to a critical appraisal.⁵⁰ In part, the examination focuses upon justifications having a distinctly practical dimension, in particular the general reverence for international commercial practice or the quest for greater legal

certainty to be achieved by party autonomy. But her investigation also identifies the basic theoretical objections which at their core call into question the legitimacy of conferring a choice of law option on the parties; the following discussion is limited to those considerations.

1. Sovereignty

A. Choice of Law as an Impairment of Sovereignty

23. The contractual deselection of a law otherwise applicable by virtue of an objective connecting factor can be understood as conceding private actors the power to curtail the right of policy-makers to prescribe the *lex causae* through reliance on objective connecting factors. This concern is of particular prominence when –pursuant to the forum state’s conflict of laws regime– the connecting factor of the contract indicates the substantive rules of the *lex fori* as applicable. In this situation the selection of a foreign law may be regarded as limiting the scope of application of the forum state’s own law and, since this law is an expression of the forum state’s legislative competence, also the scope of its own sovereignty.

24. This apprehension was unmistakably present in the thoughts of the Uruguayan legislator; in the materials

accompanying Article 2403 of the Civil Code,⁵¹ the draftsman of the law comments on “the [legislative and adjudicatory] international competences which are foundations of the public order since they affect, in their legislative or judicial specification, the sovereignty of a country where a legal relation is localised, and which are therefore placed above the individual will”. The rules on jurisdiction and the applicable law “are determined by reasons which are superior to the will of the parties involved in a legal relation”.⁵² This concern is echoed as well by European scholars; for example, Henri Batiffol writes: “It is certainly shocking to think that the judicial solution of the choice of the applicable law by the parties, as generally understood, would mean that the empire of each law would depend on the parties’ will: Such a view appears to be incompatible with the notion that the law exercises binding authority accompanied by coercive sanctions”.⁵³ The “fundamental objection” raised by Joseph Beale against party autonomy has already been referred to above.⁵⁴

B. Objective Conception of the Law

25. From a legal theory perspective, this position is based upon a purely objective understanding of the law. As conceptualized here, law is superior to, and independent from, the individual

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

will. This understanding goes back to the one posited by Georg Friedrich Wilhelm Hegel identifying law with legislation, i.e. positive law.⁵⁵ Accordingly, the individual can only be conceded rights – subjective rights – to the extent that the objective system confers them upon him or her. In his Pure Theory of Law (*Reine Rechtslehre*), Hans Kelsen goes even further: “From the standpoint of the objective system or that of the community constituted by it, there is no independent individual at all. (...). In dissolving the so-called subjective right in all its forms as an entity different from the objective law and understanding it simply as a particular manifestation of the objective law, the Pure Theory renders ineffectual that subjective attitude toward the law, the attitude served by the concept of subjective right. It is the advocate’s view, which considers the law only from the standpoint of the individual’s interest, only in terms of what the law means for the individual, to what extent it is of use to him by serving his interests (...).”⁵⁶

26. The exclusive focus on sovereignty and the objective system of the state as the source of law raises the further question of where, for their parts, that objective system and sovereignty are derived from. Hegel characterises the

state as “the actuality of the ethical idea (...), it is the rational in and for itself, (...) the actuality of concrete freedom”.⁵⁷ Thus, the development and absoluteness of the state according to Hegel is not based on prior human action; in particular he rejects the emergence of contractual relations as the state’s *raison d’être*.⁵⁸ The origin and development of the state entity hinge on the cognition of one idea alone: morality or the ethical idea.

C. Criticisms and countervailing contractual theories of state and law

27. However, cognition as such need not necessarily lead to a corresponding action. Just why affected individuals should translate this cognition into the cooperative effort of declaring and developing both state and legal order remains unidentified and unanswered by Hegel. In addition to the cognition of the ethical idea, such an endeavour demands action buttressed by will, that is finally the endorsement of the citizenry concerned.

28. In fact – regardless of Hegel’s opposition – the path is not far-removed to the philosophers who see in the will and action of individual citizens the basis for a legally constituted body politic, i.e. a state and corresponding legal

order. This subjective approach to law can be traced back to John Locke, who already at the close of the 17th century wrote: “The only way whereby anyone divests himself of his Natural Liberty, and puts on the bonds of Civil Society is by agreeing with other Men to join and unite into a Community, for their comfortable, safe and peaceable living one amongst another in a secure Enjoyment of their Properties, and a greater Security (...). When any number of Men have so consented to make one Community or Government, they are thereby presently incorporated, and make one Body Politick wherein the Majority have a Right to act and conclude the rest”.⁵⁹ Several decades later Jean-Jacques Rousseau propounded a similar approach. The roots of the body politic is according to his theory the social contract whose binding character stems from the free will of the citizens: “For civil association is the most completely voluntary of acts ; each man having been born free and master of himself, no one, under any pretext at all, may enslave him without his consent”.⁶⁰

29. The contract-based philosophical theories of state do not purport to give a realistic description of the historical cycles which have led to the establishment of the state and its legal orders.

Rather they are intended to explicate why the modern state entity, no longer premised upon interpersonal feudal ties, concentrates all state power inclusive of legislative competence in an anonymous corporation that is in this respect characterised as sovereign. Thus, they are ultimately using the will of the individual to substantiate the sovereignty of the state and, thereby, the existence of objective law. If this is so, the will of the individual must then also be accorded a binding character independent from, and before the emergence of, statehood.

D. Conclusions

30. The first set of conclusions for party autonomy in private international law can be drawn from this discussion. If state sovereignty for its part can be attributed to the will of the individual, the exercise of this will as regards the applicable law in a conflict of laws scenario cannot be attacked as an infringement on the sovereignty of the state. At least from a theoretical standpoint, it cannot be ruled out that an individual may retract the expression of will establishing the state or that subsequent to its exercise, a portion of this will is nevertheless retained and can under certain conditions be asserted in order to –effectively– steer clear of the sovereignty of the state

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

and legal order which the individual has himself established.

31. However, broader conclusions are not in order as the contractual theorists of political science focus upon the origins of the state's monopoly on power in itself, i.e. of an individual state and not on the inter-relationships between various states and legal regimes. Thus, the sources discussed only make reference to the individual's deliberate move towards the state and not, in contrast, to the *actus contrarius*, i.e. the intentional deselection of its law or – going even further – to a dissolution contract or to the unilateral denunciation of membership.

2. Ordre Public

32. A variant of the sovereignty argument contends that a choice of law option allows the parties to set aside the *ordre public*, i.e. the very foundations of the legal order governing the contract were choice not permitted.⁶¹ Battifol, in any event, indirectly emphasises this choice of law effect for purely domestic contracts: “Any mandatory legislation becomes futile if those who feel disturbed by its provisions may simply declare their contract, although relating to a purely domestic transaction, to be subject to a different law”.⁶²

A. Specifications of the ordre public

33. Since the time of these assertions, the doctrine of *ordre public* has evolved in a manner that undercuts the premise of these objections. Not only must one distinguish between domestic and international *ordre public*, as some of the above-mentioned authors indeed have done, one also needs to recognise the territorial limitations which have increasingly often been accepted as being imposed on the international *ordre public* in many cross-border transactions. Concerning the first point, it is universally acknowledged that the domestic *ordre public* –understood as the entirety of all the mandatory laws of a legal system– is in the first instance controlling for all domestic cases; accordingly, its implementation demands the application of domestic law. If, in cases with foreign elements, this law has no application, one only implements those mandatory rules and principles necessarily having validity regardless of the otherwise applicable law. The other mandatory provisions which may be designated as “simple” mandatory rules of the law that would be applicable in the absence of a contractual choice of law, share the destiny of the abrogated law.⁶³

34. For its part, the international *ordre public* can be subdivided as well. On one side of the ledger are the rules and principles which - *tels quells* - unconditionally demand implementation inclusive of those cases having foreign contacts. This is the positive international *ordre public*. On the other side are the mandatory principles of a legal system that, while opposing the application of wholly irreconcilable foreign rules, can nonetheless tolerate substantive deviations within certain limited margins, i.e. rules and principles which do not unconditionally demand implementation. This is the negative international *ordre public*.

B. Domestic Contacts

35. The invocation of both the negative and the positive *ordre public* requires that the matter in dispute manifests a sufficient domestic connection.⁶⁴ How close the connection must be and on which elements of the dispute they must be linked depends on the specific provisions and legal principles which are being implemented. Additionally, one finds a number of express overriding mandatory provisions which establish so-called *lois de police*, *lois d'application immédiate*, *Eingriffsnormen* or *leggi di applicazione necessaria*, i.e. rules that lay down the contacts required for their own application and that have to be

applied irrespective of the law governing the contract otherwise. Thus § 130 of the German Act Against Restraints on Competition (GWB) prescribes the so-called effects doctrine (*Auswirkungsprinzip*) for German competition law,⁶⁵ and various consumer law Directives of the European Union stipulate that protective rules remain applicable notwithstanding the choice of the law of a non-Member country if the contract has a close connection with the territory of the Member States.⁶⁶

36. Where such specific conflict rules are lacking, it is the role of the court to determine whether the aim and rationale of mandatory rules or principles do - or do not - envelope a given legal dispute.⁶⁷ It is not only for applications of the positive *ordre public* that such an analysis must be undertaken; where foreign law is to be fended off with the negative *ordre public*, the judge must similarly ascertain whether the domestic contacts of the case are close enough such that the own legal principles of the forum should in view of their purpose and rationale be brought to bear against the application of foreign law.

C) Conclusions for choice of law

37. The doctrine of *ordre public* has over the course of the decades witnessed a

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

noteworthy process of differentiation. The permission of a free choice of law must, accordingly, be contemplated in this light. Rejecting choice of law on its merits as a threat to *ordre public* would fail to recognise this evolution and falls short of the mark. A better analysis may be accomplished by inverting the inquiry: Does a –sanctioned– choice of law in a specific instance result in the evasion of rules and principles which can be attributed to *ordre public*? This result is theoretically ruled out where an overriding mandatory provision exists which specifies its own scope of application.

38. Where the scope of application is not defined by statute, it is incumbent on the court to determine whether the case has so close a domestic relation and whether the significance of a mandatory provision is so great that it must be implemented in a legal dispute having foreign elements. This differentiating ex-post review of the ordinary choice of law process that is also applicable to choice of law by the parties' agreement is reflected in various rules of the Rome I Regulation.⁶⁸ Thus, the contractual deselection of *lex fori* rules –otherwise applicable by virtue of objective connecting factors– cannot ultimately interfere with the implementation of these rules as regards their

internationally mandatory core. Consequently, the protection of the forum's public policy is no valid argument that would militate against the admission of choice of law agreements.

3. No binding effect of contracts outside a legal order

A) The conclusion of a contract as a result of the applicable law

39. A further argument against the free choice of law derives from the notion that agreements can only achieve a binding effect within the framework of a legal order. Petitioning a court for the enforcement of a private agreement necessarily introduces the role of state compulsion, an act which is only possible in the context of the applicable law. It is argued that when pursuant to the French *Code Civil* –and the other legal orders which follow suit– “Agreements lawfully entered take the place of the law for those who made them (“*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”?, Article 1134) –this private accord can only be given legal effect within the framework of the applicable law. While this law must not necessarily be the forum state's own substantive law, it should however be the law designated by the objective factors laid down in the forum state's private international law.⁶⁹

40. This reasoning has logical appeal. In order for any contractual agreement—choice of law agreements included—to be given legal effect, it must be ascertained that the contract was lawfully concluded; whether or not this is the case depends on the rules of a legal system. A specification of the applicable law consequently has logical priority over any contractual choice of law. Therefore, an expression of “natural” human will disconnected from any legal system whatsoever may generate consequences in the social sphere, but cannot be given a binding effect in law.

B) The core and corona of the agreement

41. In reality, however, the logic underlying this syllogism is by no means immune from attack. It certainly is the case that, in respect of the formation of contracts, national legal systems exhibit differences which would seem to require an assessment of the applicable legal regime without which one could not definitively ascertain the binding effect of the contract. The differences in positive law, however, only impact the peripheral aspects of contract formation, e.g. the details of offer and acceptance or pathological situations of consent such as mistake or duress.⁷⁰ Yet these are marginal

matters which emerge as the law is being applied more and more often and which result in a progressive differentiation of the legal rules. These differences cannot however conceal the commonly shared principles of law.

42. That the agreement as such produces a binding effect is nowhere disputed and flows from the universal legal principle of *pacta sunt servanda*,⁷¹ recognised as a doctrinal cornerstone for the binding effect of agreements long before its codification in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.⁷² While it is clear that the principle does neither regulate the legal framework of contracts nor the scope of a contractual bond in all its details, it does embody a ground rule giving expression to the legally binding effect of contracts and requires therefore no further positive expression. Accordingly, one is not merely dealing with an extra-legal principle of societal coexistence which obliges adherence to agreements not otherwise premised on a legal obligation, as for example in an agreement to go to the cinema or share a *rendezvous*.

43. In accordance with this principle, the agreement of two parties to subject their contractual relationship to

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

Brazilian or German law produces, at its core, a legally binding effect even if establishing the actual details –which effectively form the bond’s corona– ultimately requires reference to a specific legal order. Against this background, a determination of the law to be applied in assessing contractual formation will also give deference to the intent of the parties instead of considering appropriate objective factors. The Rome I Regulation allows for this by specifying that the law selected by the parties will provide the basis for assessing the existence and validity of the contract including the choice of law clause.⁷³ It thereby acknowledges the binding force of the individual intent irrespective of the determination of a law applicable by virtue of objective connecting factors.

4. Protection of weaker parties

A) Freedom of choice and power

44. Every form of contractual freedom, including choice of law, ultimately relinquishes to the parties themselves the determination of what is applicable between them, thereby deferring not only to their respective preferences but also to the balance of power existing between them. Where the position of a stronger party is not regulated by

competitive market forces, it can be expected that imbalances in power will be exploited through raised prices or the unilateral determination of favourable contractual terms.⁷⁴

45. This finding is put forward quite convincingly as an argument against freedom of choice by Uruguay’s author Fresnedo de Aguirre. She makes reference to the monopolistic liner shipping conferences known to maritime navigation that deny all options to shippers from countries such as Uruguay which do not have their own commercial fleet. In respect of the standardised bills of lading containing choice of law and jurisdictional agreements which routinely specify the courts and laws of industrialised nations having strong maritime interests, the ban on such clauses found in Article 2403 of its Civil Code affords Uruguay a means of protecting its own interests.⁷⁵ With international trade being ever more frequently dominated by boilerplate contracts which refer to the laws and courts of northern hemispheres, an authorisation of party autonomy would from a Uruguayan perspective effectively amount to forbearing on the application of its own law in its own courts, even when the contract is performed in Uruguay.⁷⁶

B) Neutralisation through competition

46. This course of arguments is questionable to the extent that it is premised on the specific example of liner shipping conferences and generalizes the findings made in that field. It is true that liner conferences have ever since the emergence of liner shipping and until recent years, indeed exercised monopolistic power in many international shipping markets.⁷⁷ Nonetheless, where competition functions effectively, as is now the case in many domestic and international markets for goods and services, customers in developing nations as well can realise their contractual preferences and, when important, insist on the deletion of choice of law provisions from the form contracts of suppliers established in industrialised countries. The more intensive the competition, the greater their chances for success. The disparity of power between an individual strong supplier and an individual weak customer can be balanced where competition between several strong suppliers unfolds its effects. Curbing economic power is one of the main purposes of competition.

C) Imbalances in motivation

47. In reality, however, customers have few if any interests which are as comparably strong as the interest of the

suppliers in incorporating their choice of forum and choice of law clauses. This can be attributed to the fact that a supplier who concludes contracts with customers in many countries will consistently have a significantly greater incentive to standardise conditions of sale than an individual customer will have to standardise conditions of purchase.⁷⁸ The customer's total purchase volume is as a rule smaller than the total sales of the supplier. The number of national sales markets for suppliers will in most cases exceed the number of purchase markets of the individual customer. Although one will observe instances of purchasing power in prominent customers, particularly in the large trading firms which also standardise their purchase conditions, this is not characteristic of the market as a whole. Thus, the suppliers will on balance engage in a greater number of transactions with customers throughout the world than will, conversely, customers with suppliers from different countries. The standardisation of jurisdictional and choice of law clauses consequently represents a significantly greater advantage for suppliers, i.e. increased total efficiency and cost savings, than would be realised by a customer implementing a corresponding standardisation of purchase conditions.

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

48. These circumstances explain why many more firms impose standard terms and conditions of sale in regards to contractual relations where they act as suppliers as opposed to standard terms and conditions of purchase in respect of contracts they enter as buyers. Individualised negotiations over these terms are, furthermore, virtually never undertaken since the majority of these standard terms and conditions only take on significance in the unusual event of contractual non-performance. Negotiating over these terms in advance of concluding the contract would furthermore be unadvisable since it could poison the business climate. Thus, the bias of choice of forum and choice of law clauses observed by Fresnedo de Aguirre often conceals pragmatic, business-minded calculations made by both sides.

D) Macro-economic and individual disequilibrium

49. Furthermore, the reference to the north-south imbalance is debatable in this context since developing and emerging nations as well often are – to a certain extent – home to large firms which procure the services of small suppliers located in foreign countries. Here the imbalanced conditions

should presumably lead to the developing country also respecting a choice of law clause found in the standard terms and conditions of the smaller foreign supplier. Thus, the general proscription is clearly exaggerated.

50. Macro-economic imbalances existing between national economies do not necessarily imply a corresponding imbalance in power between private parties from those countries. Such a conclusion is even less warranted when national economies are in a state of transition and national interests, to the extent they may be taken into account in private law at all, are evolving over the course of time. Countries such as the People's Republic of China, which hardly commanded its own vessel tonnage three decades ago, now has shipping fleets that number among the largest of the world.⁷⁹ A prohibition of choice of law clauses that might have been motivated by the fear of commercial inferiority 30 years ago would thus be detrimental to the country's own interests at present. The exploitation of power imbalances between contractual parties cannot be combated with sweeping prohibitions relating to macroeconomic findings; it demands, instead, more finely calibrated measures.

5. Conclusion

51. All considered, the categorical rejection of freedom of choice rests on shaky ground. The various objections, regardless whether premised on legal theory, logic, public policy, motivations of individual justice or macroeconomic policy considerations, do not prove themselves airtight. But this is by no means an appeal for unrestricted freedom of choice. The aims and interests of national legal regimes indeed deserve a considerable degree of deference, yet they must be effectuated with differentiated adjustment rather than a blanket prohibition.

Section IV: Theoretical Basis for Freedom of Choice

52. Nevertheless, having answered the objections to freedom of choice does not inevitably allow the inference that such agreements should carry a binding effect. The preceding analysis only supports the conclusion that a choice of law must not necessarily yield to sovereignty, *ordre public* and objective law and one can further conclude that redistributive policy arguments running counter to the freedom of choice are ultimately not persuasive. Just why the will of two contracting parties as manifested in a choice of law ought to

be given a binding effect independent of any particular legal regime remains to be clarified however.

1. Efficiency

53. In modern conflicts theory inspired by the economic analysis of law, party autonomy in private international law is sometimes explained by the efficiencies it ensures. Thus, Erin O'Hara and Larry Ribstein put it very clearly saying that "an efficient choice-of-law system should start with a presumption in favour of choice-of-law clauses in contracts".⁸⁰ In fact, if the public good is the aggregate of individual satisfaction of the members of society and the making of a contract indicates that the satisfaction of both parties will increase and at least not diminish, the agreement on a choice-of-law clause gives evidence of an efficient solution of the choice-of-law issue; other authors are agreed on this point.⁸¹ The efficiencies in question may relate to a number of issues: the reduction of legal uncertainty that might prevail in the absence of choice⁸² the suitability of the law chosen for the specific type of contract,⁸³ or its adequacy for the specific dispute settlement body selected in another clause of the contract.⁸⁴ These and other reasons come down to a reduction of transaction costs

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

understood in a broad sense such as to include all costs incurred in the relation between the parties for the implementation of the transaction until the settlement of eventual disputes.

54. In some situations, the invalidation of choice-of-law clauses may even deter an undertaking from engaging in business in the respective country.⁸⁵ Where that happens, both sides forego the benefit flowing from cross-border trade. This is for example the case in consumer insurance within the European Union: Since the insurance contract laws of the European nations provide for a –divergent– minimum protection of the policyholder through numerous mandatory rules, private international law designates the policyholder’s law as applicable and does not allow for party autonomy.⁸⁶ Consequently insurers offering cover to foreign applicants would have to adjust their business to a number of foreign laws; most of them consider this as too costly and do not contract cross-border consumer business.⁸⁷

55. The efficiency argument reflects the superior knowledge of private actors, as compared with states, of the future whereabouts and transactions of individuals and companies.⁸⁸ Since that private knowledge is superior

private decisions taken on the basis of party autonomy are likely to promote efficiency more than decisions taken by state legislatures. However, the significance of efficiency as the basis and sole or predominant yardstick for party autonomy in private international law is nevertheless questionable. Doubts arise from both within the economic model and from without. The economic reasoning would require, for measuring efficiency gains, to precisely indicate the frame of reference: are efficiencies assessed as between the two contracting parties? Or should the effects of an agreement on third parties be taken into account? It has been argued indeed, that for the framing of choice-of-law rules it is “consistent with the economic approach (...) to take as (...) objective the maximization of global welfare”.⁸⁹ The target “should be to identify and implement rules that will permit transactions to take place when the total impact on welfare is positive, and prevent transactions from taking place when the total impact on welfare is negative”.⁹⁰ It is submitted that the assessment of global welfare including the welfare impact on all persons affected by a choice-of-law agreement or any other choice-of-law rule is in most cases beyond the ability of a court and that legislatures, instead of conducting the analysis required, will rather decide on the basis of a political

assessment. Similar difficulties arise from the time horizon that needs to be fixed for assessments of efficiencies. Are only short-term effects of a given conflict rule to be included, or should we equally consider long-term effects that a conflict rule may produce on a location or a whole industry? Would the loss of business for the legal services market at London be a valid efficiency argument when it comes to the restriction of party autonomy? Without going into further detail it appears that the explanatory capability of the efficiency analysis does not allow for sufficient normative conclusions at the present stage.

56. But even if that analysis can be further developed as it certainly will in future years it should not be forgotten that efficiency or welfare is only one value that determines the content of legal rules alongside and sometimes in conflict with others. Efficiency arguments may serve for the affirmation or the critique of legal rules and principles, but they are not apt to set aside the law. The pure utilitarian approach does not take rights and their stabilizing function for the expectations of individuals seriously although the maximization of welfare is built on the assumption that property rights are respected and contracts are performed

irrespective of the outcome of an efficiency analysis in the single case.⁹¹ Nor can efficiency arguments provide an explanation for the view that party autonomy is more than just the result of the positive law of a given state. When we try to explain that view we have to discuss the relation of the individual with the state, or rather, with the various states.

2. Freedom and natural will

57. The starting point for a justification of the binding effect of contracts in legal theory can only be the natural will of the individual along with the corollary right to craft such will by virtue of the individual's innate freedom. The philosophers of the Enlightenment saw man as being born in natural state of freedom. As framed by Locke: "We must consider what State all Men are naturally in, and that is, a State of perfect Freedom to order their Actions, and dispose of their Possessions, (...) within the bounds of the Law of Nature, without asking leave, or depending upon the Will of any other men. A State also of equality (...)"⁹² For Rousseau as well, our birth into a state of freedom is the core and origin of political philosophy: "Man is born free (...)"⁹³ and shortly thereafter as concerns children: "they are born

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

men, and free; their freedom belongs to them, and nobody except them has a right to dispose of it”.⁹⁴

58. In Germany, Immanuel Kant merged freedom and equality into one right. “There is only one innate right. Freedom (independence from being constrained by another’s choice), insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with a universal law, is the only original right belonging to every man by virtue of his humanity. This principle of innate freedom already involves the following authorizations, which are not really distinct from it (as if they were members of the division of some higher concept of a right): innate equality, that is, independence from being bound by others to more than one can in turn bind them; (...) his being authorised to do to others anything that does not in itself diminish what is theirs, so long as they as they do not want to accept it”.⁹⁵ Thereby a subjective conception of law and right finds expression: natural freedom is at the outset the subjective right of the individual. Before this backdrop, Kant defines objective law as the “sum of the conditions under which the choice of one can be united with the choice of another in accordance with a universal law of freedom”.⁹⁶

3. Binding effect

59. The textual passages from the Enlightenment authors make clear the relationship between freedom and will.⁹⁷ It is also the ability to bind oneself according to one’s own wills that transpires. Yet why should this freedom not also include the power to withdraw the obligation at one’s discretion? Were this is the case, no obligation could ever develop. That is to say, binding contracts would be logically excluded with the result that human interaction could only be coordinated through the (legally) non-binding agreements which otherwise preside over life’s routine and trivial matters. Such agreements may witness informal enforcement within the confines of social groups, but they are obviously unsuited for the coordination of behaviour and determination of future action in respect of relationships extending beyond one’s own social circle or encompassing a long-term horizon. For such matters a legally binding effect is indispensable.

60. One might argue that the binding effect of a promise can be explained just by the innate individual freedom itself. Would the individual, by virtue of his freedom, not also be empowered to forswear any renunciation of

his promise? That sounds plausible at first sight. But is the waiver of this potential act of renunciation reconcilable with natural freedom? Would it not be equivalent to accepting an unnatural state of man? This question leads directly to a debate engaged in by Enlightenment philosophers in regard to justifications offered for slavery. Responding to the contentions of Grotius, Rousseau wrote, “to renounce our freedom is to renounce our character as men, the rights, and even the duties of humanity”.⁹⁸ Locke for his part rejected the confiscation of property by the state on the grounds that “then all free and voluntary Contracts cease, and are void, in the World; (...) can there be any thing more ridiculous than to say, I give you and yours this forever; and that in the surest and most solemn way of conveyance can be devised: and yet, it is to be understood that I have Right, if I please, to take it away from you again to Morrow?”.⁹⁹

61. Thus, it is ultimately reference to the obvious which is drawn upon as an argument for the binding effect of agreements, exactly in the manner that the binding nature of treaties in international law is also at present occasionally derived from the “nature of contracts”.¹⁰⁰ Phrased alternatively, the natural freedom of the individual

offers no further logical justification for a binding effect. Instead, the legally binding character denotes what Rousseau characterised as “passage from the state of nature to the civil state”.¹⁰¹ It has its roots in the individual’s natural freedom and will, but its effect only becomes manifest within man-made systems of law.

4. Choice of law agreements as self-fulfilling (dispositional) contracts

62. As discussed in more detail in Section III above, this conclusion has sometimes led to choice of law clauses only being granted recognition within the framework of a given positive conflict of laws system. In getting to that result, however, inadequate attention has been paid to just what the binding effect of choice of law agreements—as opposed to other contracts—signifies; the result has been an inappropriate commingling of the different types of contracts.

63. One who commits himself vis-à-vis another party to a course of action, forbearance or tolerance fixes his future conduct or, at a minimum, rules out specified future behaviour. It is on this basis that a contractual partner, for his part, makes certain promises

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

in return. The legally binding nature of a promise is thus prerequisite and consequence for the counter-promise; this mutual dependence finds expression in the exception *non adimpleti contractus*, the exception of an unfulfilled contract: where one party fails to meet its obligations, the other party's non-performance is excused as well. Both obligations, initially independent from each other, are intrinsically connected to one another by the contract.

64. The agreement over a choice of law is of a wholly different nature. Neither of the two parties promises a certain future behaviour that is necessary for the mutual performance of the contract. One might infer from a choice of law agreement the parties' undertaking not to invoke a different law when a dispute occurs. But such a construction is not imposed by the nature of the contractual choice of law. If the parties make a valid agreement on Law A, a subsequent appeal by one of them for the application of Law B need not disconcert the other party; Law A will remain applicable absent a new agreement on the applicability of Law B. Put in other words, the choice of law agreement is not binding through some sense of corresponding obligation. That is to say, an exception based upon an unfulfilled contract

would not lie. Rather, the effect of the agreement was realised at the moment it was jointly adopted by the parties. It is a self-fulfilling contract and embodies what might best be described as a dispositional character: it disposes of the assignment of the contract to one of the several hundred legal orders to be found across the world.

65. As a dispositional contract, it arises in a context where an applicable legal order is, a priori, lacking and necessarily only stands to be determined with reference to the conflict of laws rules of the court that will later be seized of the case.¹⁰² That the parties can conclude such a dispositional agreement is the result of their natural freedom and the practical necessity that one of the many legal orders must ultimately referee their legal relationship. The parties can determine the assignment to a national legal system by virtue of their natural will since the alternative, namely assignment according to a national conflict of laws regime, varies from country to country and thus cannot guarantee the parties that their legal relationship will be subject to one and the same legal order across all fora across the globe that may eventually be seized of the case. The principle of equivalent natural freedom, emphasized by Kant, includes however,

as a starting point, the safeguard of a uniform legal framework for the legally binding treatment of the individual. The judge must therefore recognise this principle in a first step also in those instances where he can, in conformity with his conflict of laws regime, impose specific and non-uniform limitations in a secondary step.

5. Freedom of choice as a pre-governmental right

A) Enlightenment philosophy and human rights

66. The above described derivation of objective law from the individual's subjective, innately endowed rights finds an echo in the development of human rights occurring since the end of the 18th century. At the start, we find the French revolutionary *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of 26 August 1789. Its first article drew nearly verbatim from the formulations of Rousseau and Kant: "Men are born and remain free and equal in rights (...)"¹⁰³ 150 years later on 10 December 1948, the General Assembly of the United Nations proclaimed with similar pathos in Art. 1 of the Universal Declaration of Human Rights: "All human beings are born free and equal in dignity and rights".¹⁰⁴

67. This human rights dimension may perhaps seem exaggerated as an element of the free choice of law. One might question whether the ability of contracting parties to agree upon the applicable law holds more than token value in comparison to fundamental rights in respect of life and bodily integrity, due process and freedom of opinion. Can the contractual parties' desire for transactional certainty –as served by private international law– truly be classified on the same level as the fundamental interest in not being subject to torture or slavery?

68. While such a comparison would concededly be disproportionate, the question fails to perceive the theoretical objectives of this present inquiry. It does not relate to the quantification of restrictions and impairments imposed upon individuals, but rather to individuals' entitlement to subjective rights both inside and outside of the confines of every legal order, rights *vis-à-vis* their own and foreign countries which may be declaratorily recognised by the positive law but whose existence is not dependent on such recognition. The existing catalogue of human rights by no means is limited to rights which ensure mankind's biological existence; numerous rights are related specifically to the relationship between

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

the individual and the state, its laws and its institutions. One need only have in mind the right to be heard in judicial proceedings, the right of legal remedy, the principle of *nulla poena sine lege*, etc.

69. Reconciling the innate dignity of the individual with the power of the state can indeed be found at the origin of human rights as contemplated in the political thought of the Enlightenment. Therein, these rights are accordingly identified as protecting the individual in his relationship with his own state: or even more precisely, with “the” State. Without its ever being made explicit, the individual is consistently seen as a static entity wanting to assert itself vis-à-vis one single state, i.e. “the” state and, specifically, its respective authority. Even human rights which are tailored to dynamic interactions such as the right of migration or the right to seek asylum ultimately address the conflict between the individual and a single state, be it the country of origin or the host country.

70. The catalogue of human rights only marginally recognises that the individual, confronted with the dynamics of globalisation, increasingly comes into conflict with several states simultaneously. Thus, for instance,

pursuant to Article 28 of the Universal Declaration of Human Rights “Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized”.¹⁰⁵ Reading this provision in association with other individual rights such as the right to own property expressed by Article 17, one could nonetheless venture the conclusion that the international order, which is also contributed to by each individual state via its private international law, must be configured such that the individual is afforded legal certainty in respect of his property rights.

71. Contracts in which property rights are established or altered must, therefore, have predictable effects. This is not the case when the effects of the contract will depend upon the court which is called upon and its respective conflict of laws regime which identifies one of several different national legal orders potentially involved. One must then infer from the conceptualisation of human rights, i.e. a conception fundamentally embracing the existence of subjective rights within every legal order, that the efforts of individual contracting partners to create legal certainty by means of a choice of law selection are to be recognised

and respected on their merits. This represents, as it were, a human right in a globalised world that is typically directed against not only one, but several affected states, specifically those states whose courts share the judicial competence to resolve a dispute arising from a contractual relationship. These courts are obliged to recognise the choice of law as an instrument which, in a multi-jurisdictional world, charts a course of legal certainty.

B) Clarification of freedom of choice as derived from human rights

72. The basis for a human rights justification for freedom of choice can also be found in the conflict of laws literature. It emerges from the comprehensive and thorough inquiry of Yuko Nishitani that one of the founders of European private international law, Pasquale Stanislao Mancini, was strongly influenced by the Kantian conception of freedom.¹⁰⁶ Mancini sees the legal order as guarantor of “the reconciliation of private and individual liberty with the exercise of social power, i.e. of the relations between state law and the rights of the individual, between the political order and the civil order of domestic and private relations. The action of the social power stops where it encounters the

inoffensive and therefore legitimate liberty of private individuals. Consequently, the social authority cannot, without acting with unjust excess, invade the inaccessible and inviolable sphere which is reserved to the extension and exercise of that inoffensive liberty”.¹⁰⁷ And as to the question of why individuals should be allowed in their contracts to subject themselves to foreign law, Mancini answers: “because we have to respect their liberty to the extent that it is inoffensive, and that the State has no interest in preventing its exercise”.¹⁰⁸

73. These thoughts were again seized upon at the end of the 20th century by the Institut de Droit International and its rapporteur Erik Jayme.¹⁰⁹ The resolution of the Institut points out in its preamble “that party autonomy is one of the basic principles of private international law”; furthermore, it acknowledges “the freedom of the individual as recognized by the conventions and resolutions of the United Nations”.¹¹⁰ The Universal Declaration of Human Rights is referenced in connection with the resolution. Accordingly, Jayme’s report remarks that the provisions of positive law of the various legal systems “are inspired and supplemented by principles flowing from sources of international origin

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

such as the conventions on human rights and the conventions and resolutions of the UN concerning civil and political rights. The legitimacy of party autonomy lies in the freedom of individuals in respect of their personal and commercial affairs recognized by the states (...).¹¹¹ It has to be noted that the report does not bestow a constitutive effect on the conferral, by the states, on individuals of freedom in respect of their affairs, but that it points to the recognition of such freedom by the states. It follows that the report considers that freedom as pre-existing and the recognition by the states, as a declaratory act.

Section V: Conclusion

1. Interaction of choice of law and objective law

74. In sum, the conclusion is warranted that party autonomy as seen in international contract law rightfully claims a theoretical foundation. It is rooted in the pre-governmental right of individuals to subject themselves to a particular positive legal order through acts of private volition. This right is justifiable for cross-border matters which, as a consequence of their nature, have some connection to more than one legal regime. In such

cases, the positive law of individual legal systems does not yield the performance which is understandably sought, namely the creation of legal certainty. The claim to legal certainty can in fact be interpreted as flowing from a number of human rights. In a multi-jurisdictional context, this objective can only be attained through a threshold stipulation –a self-fulfilling or dispositional agreement– entered into by the parties. To this extent party autonomy mirrors the pre-governmental character of individual freedom.

75. This understanding, conversely, cannot justify freedom of choice for purely domestic matters; here the national law of the affected state is capable of providing individuals with a homogeneous framework under which they may order their relations under conditions of legal certainty. This is in accord with the non-derogable nature of mandatory law as provided by Article 3 par 3 and Article 3 par. 4 of the Rome I Regulation for, respectively, purely domestic matters and intra-Community matters.¹¹² While these provisions do allow for a choice of law as concerns purely domestic/internal matters as well, such choice is only available in respect of optional or default rules of law, i.e. non-mandatory

provisions. In this context choice of law serves merely as a kind of proxy for the incorporation of substantive foreign law; it would be possible in theory that the contract contains a whole body of foreign dispositive law copied rule by rule. A choice of law clause abbreviates such lengthy and cumbersome procedures. The parties' right to stipulate the application of foreign law to a purely domestic transaction with regard to dispositive rules makes practical sense in some cases and has therefore been acknowledged by the European legislature. It is anchored in positive law but cannot be said to flow from a human rights approach.

76. In other regards, the foundation of party autonomy as an individual right, ascribable to natural law and –more recently– to human rights, can only explain the very core of choice of law as such, but not the myriad limitations, modalities and its specific scope. Just as advocates of a wholly positivistic, derivative understanding of party autonomy must recognise that significance ultimately inheres to the will of the individual,¹¹³ a priori, natural law or human rights conceptions of party autonomy do not satisfactorily explain its scope unless the political will of the respective legislatures –as given expression by the positive law of the

individual legal systems– is simultaneously taken into account. A complete and reliable picture only unfolds when pre-governmental party autonomy is understood in co-existence with the varied limitations placed upon it by the objective law of individual nations.

77. These private international law conclusions broadly coincide with observations that we have made regarding the co-existence of private and state “law-making” in respect of substantive private law.¹¹⁴ Private rule making is an imperative in the modern economic world since market dynamics result in the private sector having a head start over its public counterpart in terms of emerging knowledge. The need for regulation registers first in the private sphere. The state legislature necessarily lags behind, reacting when market processes reveal that private regulation has been detrimental to weaker market participants or third parties or that the public interest in the functioning of the market or in other aspects of the public good is being harmed. Just as state law makers must intervene in those situations with carefully tailored legislation, in private international law as well they have the analogous task of crafting and imposing focused restrictions on the freedom of choice. An additional

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

task is of course incumbent upon state law where the private parties do not make use of their liberty to designate the law governing their legal relations.

2. The scope of freedom of choice in private law

78. The division of labour described here between party autonomy and the positive law of individual legal systems which mark its boundaries is not, in principle, limited to contractual obligations. Rather, the underlying legal theory has general application to all those areas in which private individuals are capable of creating legal relationships and consequences without the constitutive participation of public authorities. This holds particularly true for many areas of international family law such as conflict of law rules for the personal and property effects of marriage, and for divorce, but also in the fields of succession law, tort law, property law and company law.

79. A theory of private international law which deliberately furthers legal development as opposed to one which simply offers ex post explanation for changes already observed should embrace the fundamental legitimacy and superiority of freedom of choice such that its specific restrictions in individual legal areas can then, in a secondary step, be examined. It must also turn to the question of which considerations should dictate the applicable law when private parties have not exercised their choice of law option. These are important, but subordinate questions. For the conception of individual liberty prevailing since the European enlightenment and now finding expression in the Universal Declaration of Human Rights, the recognition of free choice of law as the primary method of ordering international legal relationships within individual legal systems remains the paramount consideration.

* This paper is a slightly amended extract from J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, Brill / Nijhoff, 2015. Another shorter version was part of the General Course on Private International Law taught at the Hague Academy of International Law in 2012, *Recueil des Cours*, vol. 360, 2013.

** Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.); Director, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law and Professor of Law, University of Hamburg; Membre associé of the Institut de Droit International.

¹ J. Beale, “What law governs the validity of a contract?”, *Harvard Law Review*, vol. 23, 1910, p. 260.

² J-P. Niboyet, “La théorie de l'autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours*, vol. 16, 1927, pp. 1-116, at p. 51.

³ See the early comment of Kegel in his textbook, see G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3^o ed. Munich, 1971, p. 255: “*Verlegenheitslösung*”.

⁴ An exemplary reference here would be the comprehensive review by S. Leible, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, in: VV.AA. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, Munich, 2004, pp. 485-503.

⁵ Regulation (EC) n° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17/06/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. 2008 L 177/6; see further O. Lando / P.R. Arnt Nielsen, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, pp. 1687-1698 ff. on party autonomy.

⁶ See preceding fn., recital 11.

⁷ See Article 3 para. 1 of the Rome Convention of 19/06/1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, consolidated version in O.J. 2005 C 334/1.

⁸ “*Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist für das Schuldrecht weltweit anerkannt: Die Parteien können das anwendbare Recht selbst wählen, und diese Rechtswahl schließt prinzipiell das zwingende Recht der gewählten Rechtsordnung ein und das der anderen, “abgewählten Rechtsordnungen aus”*. A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990, p. 97; English translation in text provided by author; similarly S. Leible, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, *Festschrift für Erik Jayme* (note 4), pp. 485-503 at p. 486 with further references.

⁹ Even if occasionally outdated by the 30 years which have passed since its completion, the comprehensive comparative study by O. Lando remains a seminal work: “Contracts”, *IECL*, vol. III, ch. 24, Tübingen, 1976, pp. 14-32.

¹⁰ See § 1–105 of the Uniform Commercial Code; see also G. Rühl, “Party autonomy in the private international law of contracts – transatlantic convergence and economic efficiency”, in: E. Gottschalk / R. Michaels / G. Rühl / J. von Hein (eds.), *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge, UK, 2007, pp. 153, 157 ff.

¹¹ P. Nygh, n° 19.6, p. 389.

¹² Y. Nishitani, “Party autonomy and its restrictions by mandatory rules in Japanese private international law: Contractual conflicts rules”, in: J. Basedow / H. Baum / Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European private international law in comparative perspective*, Tübingen, 2008, pp. 77, 80 ff.; see also Article 7 of the Act on General Rules for Application of Laws, n° 78 of 2006, *ibid.*,

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

pp. 405-407; the law is also found in *YBPIL*, VIII, 2006, pp. 427 ss.; on this topic Y. Okuda, “Reform of Japan’s private international law: Act on the general rules of the application of laws”, *YBPIL*, VIII, 2006, pp. 145, 148 ss.

¹³ B. Wang, “Neue Entwicklung im IPR der VR China”, *IPRax*, 2007, pp. 363-367 ss.; see also § 3 of the “Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung”, *IPRax*, 2008, p. 67 and on this point L.-C. Wolff, “Neue IPR-Regeln für Verträge”, *IPRax*, 2008, pp. 55-56 ss.; see now Art. 41 of the Law of the People’s Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations of 28/10/2010, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, vol. 47, 2011, pp. 256-263.

¹⁴ The subject has recently been treated in a comprehensive way by N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010.

¹⁵ English translation of text in P. Garland, *Bilateral Studies. American-Brazilian Private International Law*, New York 1959, pp. 111 ss.; see J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America*, New York, Dobbs Ferry, 2005, pp. 322 ss.

¹⁶ Ley n° 9.307, de 23/09/1996 – dispõe sobre a arbitragem, Coleção das leis da República Federativa do Brasil, vol. 188, 1996, p. 4271; see art. 2 §1.

¹⁷ L.O. PIMENTEL / P. DE OLIVEIRA AREAS / M. COPETTI, “Brazil”; in: C. Esplugues Mota / D. Hargain / G. Palao Moreno (eds.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid / Buenos Aires / Montevideo, 2008, pp. 135-137; reaching a similar conclusion in a thorough analysis of the academic literature and jurisprudence: N. de Araujo, *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul y convenções internacionais*, 2° ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 109; see also J. Samtleben, “Das Internationale Privatrecht des MERCOSUR, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*”, *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 1-59.

¹⁸ See W. de Souza Campos Batalha, *Direito internacional privado*, vol. II, 2° ed., São Paulo, 1977, p. 248; J. Grandino Rodas, “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, in: J. Grandino Roda / C. Salomão Filho, *Contratos internacionais*, 3° ed., São Paulo, 2002, pp. 19-32.

¹⁹ I. Strenger, *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo, 1967, pp. 205 ff. based upon O. Tenório, *Ley de introdução ao código civil brasileiro*, 1943, see also the 2° ed., Rio de Janeiro, 1955, para. 610.

²⁰ Tratado de derecho civil internacional, Montevideo, 12/02/1889, see e.g. <http://normas.dipargentina.com/2007/06/tratado-de-derecho-civil-internacional.html>; a German translation of the conflict of laws provisions of the Uruguayan Civil Code can be found in J. Kropholler / H. Krüger / W. Riering / J. Samtleben / K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg and Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 1999, pp. 908 ss.

²¹ D. Hargain / G. Mihali, “Uruguay”, in: C. Esplugues Mota / D. Hargain / G. Palao Moreno (eds.) (note 17), pp. 765-766 with reference to case law.

²² See further D. Hargain / G. Mihali (note 21), p. 773; offering a comprehensive look at the case law, also C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo 1991, pp. 70 ss.

²³ Ministerio de Relaciones Exteriores, Ley general de derecho internacional privado, presently in legislative proceedings (the proposal is on file with the author), see article 48. In support of party autonomy, see e.g. D. Hargain / G. Mihali (note 21), pp. 773 ss.; for a comprehensive discussion, see also J. Talice, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el derecho internacional privado uruguayo”, *Liber amicorum Didier Opertti Badán*, Montevideo 2005, pp. 527 ss.

²⁴ Translation from Taleghany, *The Civil Code of Iran*, Littleton, 1995, p. 136.

²⁵ See N. Yassari, “Das Internationale Vertragsrecht des Irans”, *IPRax*, 2009, pp. 451- 456.

²⁶ Translation from Perrot / Sims, *The Egyptian Civil Code*, Alexandria, 1952, p. 8. For a thorough treatment see H. Jung, *Ägyptisches internationales Vertragsrecht*, Tübingen, 1999, in particular p. 7-20.

²⁷ See H. Krüger, “Der Grundsatz der Parteiautonomie in den Kollisionsrechten der arabischen Staaten”, in: K-H. Böckstiegel (ed.), *Vertragspraxis und Streiterledigung im Wirtschaftsverkehr mit arabischen Staaten*, Köln, 1981, pp. 95-100, especially at p. 100; for a comprehensive comparative survey covering the law of a large number of oriental states, see *id.*, “Zur Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht im orientalischen Umfeld der Türkei”, in: *Prof. Dr. Gülören Tekinalpe Armağan – Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, pp. 539-564, at p. 552-553 concerning Saudi Arabia.

²⁸ H. Krüger, *Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen, Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 28 with a German translation of the pertinent article 30 of the Civil Code on p. 31.

²⁹ H. Hashem, *The Jordan Civil Code of Moslem Jurisprudence*, including the translation of the pertinent Article 20 of the Civil Code, p. 4.

³⁰ S.H. Amin, *Legal System of Iraq*, Glasgow, 1989, with a discussion of the pertinent Article 25 on p. 163.

³¹ Translations of the Yemeni, Jordanian and Iraqi provisions (note 28-30) are not formulated identically to the corresponding Egyptian provision. However, it is quite clear from the Egyptian government’s official French translation of the code that the parties may always – with the exception of realty contracts – select the applicable law. The grammatical formulation encountered in the other three translations suggests a limitation to cases where the parties do not share the same domicile. However, H. Krüger (note 27), p. 30, comments that Art. 30 of the Yemeni Civil Code embodies the principle of party autonomy within the international law of contractual obligations.

³² UNIDROIT, *Unidroit principles for international commercial contracts*, Rome, 2004; see M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 3^o ed., New York, Ardsley, 2005; S. Vogennauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009.

³³ See Art. 3 para. 2 of the Commission Proposal, COM, 2005, p. 650 final of 15/12/2005, also printed in Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RebelsZ*, vol. 71, 2007, pp. 225–344 at pp. 241 ss., with a basic support of the Commission Proposal.

³⁴ See BG 20 December 2005, BGE 132 III 285 concerning the reference to the pertinent FIFA Rules in a contract between the agent of a professional soccer player and a Greek soccer club. The judgement has been reported and approved *de lege lata* by I. Schwander, “Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrecht”, *SZIER*, vol. 16, 2006, pp. 335–353 at pp. 346–350; cf. also the critical comments by G. Lohri, “Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke nach Art. 116 Abs. 1”, *IPRG*, Zürich, 2010, n° 244 ss.

³⁵ See B. Fauvarque-Cosson, “Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: les Principe d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *RDIDC*, 1998, pp. 463–489 at p. 477–478; R. Michaels, “Preamble I”, n° 35, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.) (note 32).

³⁶ On this issue see M. Scherer, Preamble II, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.) (note 32), A. K. Schnyder / P. Grolimund, “Opting in oder opting out? Anwendung der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in schiedsgerichtlichen Verfahren”, in: I. Schwenzer / G. Hager (eds.), *Festschrift für Peter Schlechtriem*, Tübingen 2003, pp. 395–411, with references to ICC arbitration awards.

³⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna 2008, p. 33, n° 39.

³⁸ See Ley 9307/1996 (note 16), art. 2 § 2; Pimentel / de Oliveira Areas / Copetti (note 17), p. 143; W. Barral Oliveira / A.S. Maillart, “Brasil”, in: A. Zapata de Arbeláez / S. Barona Vilar / C. Esplugues Mota, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, Bogotá, 2010, pp. 183–210, especially at p. 200.

³⁹ See e.g. C. Esplugues Mota, “Lineas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso latinoamericano”, in: A. Zapata / S. Barona / C. Esplugues (note 38), pp. 37–57 at 55 with particular reference to Spain; for Venezuela see E. Hernández Bretón / I. Esis Villaroel, “Venezuela”, in: A. Zapata / S. Barona / C. Esplugues (note 38), p. 719–748 especially at p. 735; for some other Latin American countries see J. Kleinheisterkamp, pp. 326 SS.; for Germany see P. Schlosser in: F. Stein / M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 9, 22° ed. Tübingen, 2002, § 1051, n° 6.

⁴⁰ “(...) siempre que tenga alguna connexion con el negocio de que se trate”. On the interpretation of that rule see J. Gonzalez Campos y otros., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5° ed. Madrid, 1993, pp. 212–213.

⁴¹ See in particular J.C. Fernández Rozas / R. Arenas García / P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2° ed., Madrid 2009, p. 319; see also J. Carrascosa González, in: A. Calvo Caravaca / L. Fernández de la Gándara (eds.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 82.

⁴² In 2008, the Virgin Islands were the only US jurisdiction that had adopted the new § 1-301, see P. Borchers, “Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law”, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1645–1661 at pp. 1656–1657.

⁴³ See G. Rühl (note 10), pp. 161–163: “It seems that American courts consider almost any relationship to the foreign law as a substantial relationship (...)”; P. Hay / P. Borchers / S. Symeonides, *Conflict of Laws*, 5° ed., Minn., St. Paul, 2010, p. 1093: “(...) cases that have actually struck down a choice-of-law clause on this ground are few and far between”.

⁴⁴ See Article 5-8 of the Rome I Regulation, above at note 5.

⁴⁵ See P. Borchers, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1658-1659, pointing, however, to the basic aversion of American courts to regulatory interference with party autonomy.

⁴⁶ See S. Leible (note 19), pp. 493-501; J. Basedow, “The recent development of the conflict of laws – Some comparative observations”, in: J. Basedow / H. Baum / Y. Nishitani (note 12), p. 3, p. 15 f.; E. Jayme, “Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie”, in: B. Jud / W.H. Rechberger / G. Reichelt (eds.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, Vienna, 2008, pp. 63-65 ss., with numerous references; see below chapter 3 for a more detailed treatment.

⁴⁷ See E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, vol. 2, Berlin, 1929, pp. 159-162; on Frankenstein’s conception of primary and secondary bases see *Internationales Privatrecht*, vol. 1, Berlin, 1926, pp. 49-50. The same division of the concept of party autonomy into an a priori understanding and a derivative understanding has in fact been contemplated by many authors, see e.g. for Uruguay Q. Alfonsín, “La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos”, in: *Escritos jurídicos*, vol. II/2, Montevideo, 1977, p. 351; see also H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, réédition de l’ouvrage paru initialement en 1956*, Paris, 2002, pp. 65 ss., p. 70.

⁴⁸ He considered “für den Menschen die Staatsangehörigkeit, für die Sache ihre räumliche Lage [für die] beiden einzigen Anknüpfungen, welche aus dem Wesen des Rechts unabhängig von jeder gesetzgeberischen Willkür sich ergeben, das einzige, was man überhaupt a priori über Beziehungen von Menschen und Sachen zur Rechtsordnung auszusagen vermag. [Diese] primäre[n] (originäre[n], aprioristische[n]) Anknüpfungen verweisen auf eine Rechtsordnung, welche die Rechtsverhältnisse erschöpfend ordnen könne; [sie könne] sich aber auch auf eine mittelbare Beherrschung beschränken und aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder anderen Erwägungen durch einen Akt, den wir sekundäre (derivative) Anknüpfung nennen, die Person oder Sache ihrerseits wieder einer anderen Rechtsordnung unterwerfen (...), die dann erst ihrerseits die Herrschaft unmittelbar ausübt“. See Frankenstein (note 47), vol. 1, pp. 49-50; English translation in text provided by author.

⁴⁹ See above note 22.

⁵⁰ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), pp. 115 ss.

⁵¹ See text above in para. 7.

⁵² See A. Vargas Guillemette, *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Montevideo 1943, p. 22: “(...) las competencias internacionales [legislativa y judicial] que son fundamentalmente de orden público porque afectan en su faz legislativa o judicial la soberanía del país en que se localiza la relación jurídica y están por lo tanto por encima de sus individuales voluntades. [The rules on jurisdiction and the applicable law] se determina[n] por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica” (emphasis added); the author gratefully acknowledges the help of Prof. G. Lorenzo Idiarte, Montevideo, for the reference to this source. The English translation in the text has been provided by the author.

⁵³ “Il est certes choquant de penser que la solution jurisprudentielle dans le sens généralement reçu du choix par les parties de la loi applicable signifierait que l’empire de chaque loi dépendrait de la volonté des parties: Une pareille vue semble peu conciliable avec la notion que la loi exerce une autorité assortie de sanctions coercitives”, see H. Batiffol (note 47), pp. 83-84. On a similar note, see already J-P. Niboyet (note 2).

⁵⁴ See above note 1.

⁵⁵ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hrsg. von Helmut Reichelt, Frankfurt / Main 1972, S. 186 (§ 211), English translation by A. Wood / H.B. Nisbet, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge, 1991, 2008.

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

⁵⁶ “Vom Standpunkt der objektiven Ordnung oder der durch sie konstituierten Gemeinschaft gibt es überhaupt kein selbständiges Individuum. (...) Indem die reine Rechtslehre das so genannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen (...) als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung (...) des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht; jene advokatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet, inwiefern es ihm nützt (...).” H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage, 1934, pp. 59 and 60, quoted here from the new edition by M. Jestaedt, Tübingen, 2008, pp. 70-71 (author’s translation); for a similar, but not identical English translation see B. Paulson / S. Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, 1992, pp. 52-53.

⁵⁷ *Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, (...) das an und für sich Vernünftige, (...) die Wirklichkeit der konkreten Freiheit*. G.W.F. Hegel (note 55), pp. 214 ss. and p. 221 (§§ 257, 258 und 260). English translation from A. Wood / H.B. Nisbet (note 55), pp. 275, 280.

⁵⁸ G.W.F. Hegel (note 55), p. 80 (§ 75).

⁵⁹ J. Locke, *Two treatises of government*, London, 1698, quoted here from the new edition by P. Laslett, 17^o printing, Cambridge, 2005, pp. 330-331 (§§ 95 of the Second Treatise).

⁶⁰ “L’association civile est l’acte du monde le plus volontaire; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l’assujétir sans son aveu”. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, quoted here from the edition by B. Bernardi, Paris, 2001, Livre IV, chapitre 2, p. 146; English translation here from Ch. Betts, J.-J. Rousseau, *Discourse on Political Economy and the Social Contract*, Oxford, 1994, 2008, p. 137.

⁶¹ See Q. Alfonsín (note 47), pp. 355 ss. and the quote from Vargas Guillemette, found above in the text preceding fn. 48; see also C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 70.

⁶² “Toute législation impérative devient inutile s’il suffit à ceux que ces dispositions dérangent de déclarer leur contrat soumis à une autre loi, ce contrat serait-il purement interne”. H. Batiffol (note 47), p. 69; English translation here provided by the author.

⁶³ See the citation from A. Flessner (above in para. 3). Within the European Union, the result follows from Art. 3 para. 3 of the Rome I Regulation which invalidates the abrogation of “simple” mandatory provisions only where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, see R. Plender / M. Wilderspin, n^o 5-25 – 5-27, pp. 105-107. In Switzerland, Art. 13 of the Federal Law on Private International Law of 18/12/1987, BBl, 1988 I 5, AS 1988, 1776, English translation in *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, p. 193, explicitly provides that all pertinent provisions of the law designated by the Swiss conflict rule will apply; under Art. 18 only the overriding mandatory provisions – and not all mandatory provisions – of Swiss law claim application, see M. Mächler-Erne, in: H. Honsell / N. Peter Vogt / A.K. Schnyder (eds.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht*, Basel, 1996, Art. 18, n^o 10; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002, p. 236 advocates an interpretation of Swiss conflicts law in accordance with Art. 3 para. 3 Rome I-Regulation. In the US, § 187 Restatement, Second, Conflict of Laws extends a choice of law to mandatory provisions, if the parties could resolve the relevant issue by agreement, see P. Hay / P. Borchers / S. Symeonides (note 43), pp. 1088 ss; see also p. 1099 et seq. for a application of the public policy limitation geared on the public

policy, not of the law of the forum, but of the law that would have been applicable in the absence of a contractual choice of law.

⁶⁴ First postulated by F. Kahn, *Die Lehre vom ordre public (Prohibitinggesetz)*, new printing in *id.*, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Munich, 1928, pp. 161, 171; on the international acceptance of this view see further P. Lagarde, “Public Policy”, *IECL*, vol. III, ch. 11, Tübingen, 1994, pp. 22-38.

⁶⁵ Article 130(2) of the act provides: “This Act shall apply to all restraints of competition having an effect within the scope of application of this Act, even if they were caused outside the scope of application of this Act”. See for the English translation the website www.gesetze-im-internet.de.

⁶⁶ See Article 6 par. 2 of Council Directive 93/13/EEC of 05/04/1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ, 1993, L95/29; for an identical example see Article 7 par. 2 of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25/05/1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ, 1999, L171/12.

⁶⁷ Illustrative in this regard is the (concededly disputed) decision of the ECJ of 09/11/2000, Case C-381/98 (“*Ingmar/Eaton Leonard Technologies*”), E.C.R. 2000, I-9305, where, pursuant to its purpose and rationale, the European Court of Justice extended the provisions of the European Commercial Agent Directive 86/653/EEC to a contract between a British commercial agent and a U.S. company which was subject to California law. Advocate General Léger referred to the concept of *lois de police* in the French version of his opinion, see para. 89.

⁶⁸ See Articles 3 paras. 3 and 4, 6 para. 2, 8 paras. 1 and 9 of the Rome I Regulation; on the preceding legal policy discussion see the comments in Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RabelsZ*, vol. 68, 2004, p. 1, pp. 53-59.

⁶⁹ H. Batiffol (note 47), pp. 75-76; similarly as to Article 1291 para. 1 of the Código Civil in Uruguay: Q. Alfonsín (note 47), p. 357.

⁷⁰ H. Batiffol (note 47), p. 76, relying on differences in the law regarding an absence of contractual intent in order to justify the necessity of objectively determining the issue of contractual formation.

⁷¹ See e.g. Art. 1.3 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2004.

⁷² In respect of international law, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^o ed., Oxford, 2003, pp. 591 ss., makes reference to a “general principle of international law”. Even in the absence of its specification in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, the principle results from the nature of contracts, see D. Carreau, *Droit international*, 7^o ed., Paris, 2001, p. 151, n^o 355; similarly A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, p. 144; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^o ed., Manchester, 1984, p. 83: “Article 26 of the Convention reproduces, in lapidary language, the basic principle *pacta sunt servanda*”; also A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 2^o ed., Berlin, 1981, pp. 293 ss. observing in the principle the normative basis of the law of interna-

tional contracts, unseparably linked with the principle of bona fides; K. Doehring, *Völkerrecht*, Heidelberg, 1999, n° 7-12 and 741 identifies the principle as being empirically ascertainable, but not justifiable.

⁷³ See Article 3 par. 5 and Article 10 of the Rome I Regulation. This solution has been defended by O. Lando against criticisms of faulty logic, *IECL*, vol. III, ch. 24, p. 44, sec. 83.

⁷⁴ H. Batiffol (note 47), p. 73, ignoring the corrective effect of competition when he writes: “the freedom of contract as between persons who are economically unequal amounts to the suppression of the weak by the strong” (translation provided by the author).

⁷⁵ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 100.

⁷⁶ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 129.

⁷⁷ On liner shipping conferences see J. Basedow, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, Heidelberg, 1989, p. 24 f.; on the repeal of their exemption from Art. 81 EC’s prohibition of cartels see J. Basedow, in: U. Immenga / E.-J. Mestmäcker (eds.), *Wettbewerbsrecht – EG/Teil 2*, 4° ed., Munich, 2007, Verkehr, nos. 5 and 12 ff.

⁷⁸ On the following discussion see J. Basedow, “*Lex mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, in: J. Basedow / T. Kono (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, 2006, pp. 57, 68 ss.; also *Unif. L. Rev.*, 2007, pp. 697-709 ss.

⁷⁹ On the development of the Chinese merchant fleet see H. Liu, *Liner Conferences in Competition Law – A Comparative Analysis of European and Chinese Law*, Heidelberg, 2010, pp. 26 ss., pp. 38 ss.

⁸⁰ E. O’Hara / L. Ribstein, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, pp. 1151-1232 at pp. 1152-1153 and p. 1186.

⁸¹ K. Siehr, “Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts”, in: D. Henrich / B. von Hoffmann, (eds.), *Festschrift für Karl Firsching*, München, 1985, pp. 269-294 at p. 280; E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt*, Tübingen 2002, pp. 14 and 277; F. Parisi / L. Ribstein, “Choice of Law”, in: P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, London, 1998, pp. 236-241 at p. 240; J. Basedow, “*Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, in: J. Basedow / T. Kono (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, 2006, pp. 57-71 at p. 63; G. Rühl, *Statut und Effizienz – Ökonomische Überlegungen zum Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2011, pp. 57-71 at 63 with thorough explanations of the economic theories underlying her conclusion.

⁸² E. O’Hara / L. Ribstein, *The Law Market*, New York, 2009, p. 8.

⁸³ G. Rühl (note 81), p. 438; E. O’Hara / L. Ribstein (note 82), p. 14 point to the parties’ ability “to choose the law that suits each aspect of their economic and social lives – that is, Delaware for corporations, New York for commercial contracts, Massachusetts for mutual funds, South Dakota for credit cards – and still live in sunny California, which may have inferior laws in all these areas but better golf courses and ski slopes”.

⁸⁴ Where the parties choose the courts of London for an eventual dispute, it is obviously reasonable to permit the choice of English law for the substance of the dispute; likewise, an agreement on arbitration to be conducted at Zurich or Geneva would suggest the possibility to choose Swiss law.

- ⁸⁵ E. O'Hara / L.Ribstein (note 82), pp. 6-7.
- ⁸⁶ See now Article 7 para. 3 of the Rome I Regulation for so-called small and medium risks.
- ⁸⁷ For a more comprehensive study of the problem see J. Basedow, "The Case for a European Insurance Contract Code", *The Journal of Business Law*, 2001, pp. 569-586; J. Basedow, "Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2003, pp. 498-507.
- ⁸⁸ See J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, 2015, para. 91 ss.
- ⁸⁹ A.T. Guzman, "Choice of Law: New Foundations", *Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2002, pp. 883- 940 at p. 894.
- ⁹⁰ A.T. Guzman (note 89), p. 896 and p. 905.
- ⁹¹ For a thorough analysis of the political philosophy underlying the utilitarian approach see E.J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, Tübingen, 2007, in particular pp. 26-42; in German see also *id.*, *Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek – Über die Zivilisierung de Egoismus durch Recht und Wettbewerb*, *ORDO*, 60, 2009, pp. 87-100.
- ⁹² See J. Locke (note 59), p. 269 (§4 of the Second Treatise, Emphasis in original).
- ⁹³ "L'homme est né libre (...)" J.-J. Rousseau (note 60), Livre I, chapitre 1, p. 46; the English by Betts (note 60), at p. 45 employs the past tense: "Men was born free (...)" to indicate a past state of nature.
- ⁹⁴ "Ils naissent hommes et libres; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux", J.J. Rousseau (note 60), p. 58, Livre I, chapitre 4, p. 51; English translation here from Betts (note 60), p. 50.
- ⁹⁵ "Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit (unabhängig von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht – die angeborene Gleichheit, d.i., die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann;... die Befugnis, das gegen Andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen... - alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit und sind wirklich von ihr nicht... unterschieden". I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797/1798, quoted here from the edition by H. Ebeling, Stuttgart, 1990, p. 76 (pp. 237-238 of the original edition). English translation from M. Gregor / R. Sullivan, I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, 2009, p. 30.
- ⁹⁶ "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann". I. Kant (note 95), p. 66 (p. 230 of the original edition); English text from M. Gregor / R. Sullivan (note 95), p. 24.
- ⁹⁷ See also the J.-J. Rousseau (quote above at note 60) and J. Locke (note 59), p. 309 (§63 of the Second Treatise): "The Freedom then of Men and Liberty of acting according to his own Will is grounded on his having Reason (...)".
- ⁹⁸ "Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, au droit de l'humanité, même à ses devoirs". J.-J. Rousseau (note 60), livre I, chapitre 4, p. 51; English translation from Betts (note 60), p. 50.
- ⁹⁹ J. Locke (note 59), p. 395 (§194 of the Second Treatise, Emphasis in original).
- ¹⁰⁰ See note 72.

Jürgen Basedow

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

¹⁰¹ “(...) *passage de l'état de nature à l'état civil* (...)”. J-J. Rousseau (note 60), livre I, ch. 8, p. 60, english from Betts (note 60), p. 59.

¹⁰² See above Section II.

¹⁰³ “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. Unofficial English translation available at Eurodoc: Online Sources for European History: <http://www.hrcc.org/docs/frenchdec.html>.

¹⁰⁴ UN General Assembly, *Official Records*, III, Resolutions, UN-doc. A/810, p. 71.

¹⁰⁵ See note 104.

¹⁰⁶ Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg 2000, pp. 45-47.

¹⁰⁷ “(...) *accord de la liberté privée et individuelle, avec l'exercice du pouvoir social, c'est-à-dire des rapports entre la loi de l'état et les prérogatives de l'individu, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive*”. P.S. Mancini, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal du Droit International*, vol. 1, 1874, pp. 221-239 and pp. 284-304, p. 292; English translation here provided by the author.

¹⁰⁸ “(...) *parce qu'on doit respecter sa liberté en tant qu'elle est inoffensive, et que l'État n'a d'ailleurs aucun intérêt à en empêcher l'exercice*”, P.S. Mancini (note 107), p. 295; translation here provided by the author.

¹⁰⁹ See E. Jayme, “Rapport définitif, in Institut de Droit International”, *Annuaire*, vol. 64, t. I – Session de Bâle, 1991, Paris, 1991, pp. 62-65 ss., approved by F. Vischer, “General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, pp. 9-256, at p.126.

¹¹⁰ “(...) *que l'autonomie de la volonté des parties est un des principes de base du droit international privé (...) la liberté de l'individu, telle qu'elle est reconnue par des conventions et des résolutions des Nations Unies*”. See Institut (note 109), p. 77; english translation provided by the author.

¹¹¹ “(...) *sont inspirées et intégrées par des principes provenant de sources de caractère international telles que les conventions sur les droits de l'homme et les conventions et les résolutions de l'ONU concernant les droits civils et politiques. La légitimation de l'autonomie de la volonté des partis est la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnues par les états*”. See E. Jayme (note 109), p. 64; english translation provided by the author. On a similar note, P. Nygh, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 269-400, argues at p. 295: “(Autonomy) is not derived from municipal law, it is supranational. (...) It is an axiom grounded in universal practice”.

¹¹² See above at note 68.

¹¹³ See above Sections II and III. 1. c).

¹¹⁴ For private arrangements relating to international transactions and their regulation by private agencies see J. Basedow, “The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, pp. 703-721, with detailed empirical findings.

Resumen

La autonomía privada conquistó en algunos de los más importantes instrumentos internacionales de unificación o armonización del Derecho de los contratos, como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el Proyecto de Marco Común de Referencia, una amplísima y aparentemente consensual consagración. Este estudio se ocupa de la cuestión de saber si esa orientación corresponde a un concepto de autonomía privada común a los sistemas jurídicos contemporáneos, que se examinan aquí desde el punto de vista del derecho comparado, o si, por el contrario, el significado de la autonomía privada sigue siendo eminentemente variable, en razón de los diferentes límites a los que su ejercicio se encuentra sometido en esos sistemas y de su articulación con otros principios que concurren con ella en la regulación de los contratos.

Sumario

- I. Planteamiento del problema.** 1. La autonomía privada en los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos. 2. ¿Triunfo de un ideal?
- II. La autonomía privada bajo el prisma de los derechos nacionales.** 1. Consagraciones y límites de la autonomía privada en los sistemas romano-germánicos. 2. La cuestión en el derecho chino contemporáneo. 3. La cuestión desde el punto de vista del derecho musulmán. 4. La autonomía privada en los sistemas de Common Law. 5. Los distintos significados de la autonomía privada en los derechos contemporáneos.
- III. Viabilidad y límites de una unificación internacional del derecho de los contratos bajo el principio de la autonomía privada.** 1. Los reflejos de los límites nacionales a la autonomía privada en los instrumentos internacionales de armonización e unificación del derecho de los contratos. 2. La insuficiencia de los instrumentos de soft law en la regulación de los contratos internacionales. Autonomía y heteronomía. 3. Conclusión*.

La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado

Dário Moura Vicente**

I. Planteamiento del problema

1. La autonomía privada en los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos

Nos proponemos examinar en este estudio los distintos significados del concepto de autonomía privada a la luz del derecho comparado. Nos interesa averiguar, en especial, si la autonomía privada puede considerarse dotada, en las familias jurídicas contemporáneas, de un significado unívoco y si constituye en ellas el fundamento exclusivo de la fuerza obligatoria de los contratos de derecho privado.

Un breve repaso sobre los más recientes instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos – entre los cuales sobresalen los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante Principios

UNIDROIT),¹ los Principios de derecho europeo de los contratos (en adelante PECL),² el Proyecto de marco común de referencia (en adelante DCFR)³ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común europea de compraventa (en adelante CESL)⁴ – nos permite verificar que el principio de la autonomía privada conquistó en ellos una muy amplia (y aparentemente consensual) consagración. Veamos por qué.

Los Principios UNIDROIT establecen, en su artículo 1.1, con el título “libertad contractual”, lo siguiente: “Las partes son libres de celebrar un contrato y de estipular su contenido”.

El artículo 1:102 (1) de los PECL declara, a su vez, en el epígrafe “libertad contractual”: “Las Partes son libres de celebrar un contrato y de estipular su contenido, sin perjuicio de las exigencias de la buena fe y de las reglas imperativas establecidas por estos Principios”.

En la misma línea general de orientación, el DCFR prevé en el artículo II-1:102 (1) la regla siguiente: “Las Partes son libres de celebrar un contrato u otro acto jurídico y de estipular su contenido, sin perjuicio de cualesquiera reglas imperativas aplicables”.

Y el CESL, adjunto a la mencionada propuesta de reglamento europeo, establece en el artículo 1, n° 1: “Las partes serán libres de celebrar un contrato, así como de determinar su contenido, sin perjuicio de las normas imperativas aplicables”.

Además de establecer, en dichos términos, el principio de la libertad de celebración y estipulación del contenido de los contratos, los instrumentos en análisis – que algunos llevan a la noción, bien conocida de los internacionalistas, de *soft law*⁵ – acogen reglas que someten a la voluntad de las partes la propia aplicabilidad de las respectivas disposiciones.

En este sentido, podemos leer en el preámbulo de los Principios UNIDROIT que estos “enuncian reglas generales destinadas a regular los contratos mercantiles internacionales” y que “serán aplicables siempre que las partes estén de acuerdo en someter el contrato a estos Principios”.

Los PECL declaran, a su vez, en el artículo 1.101 (2), que sus disposiciones se aplican cuando las partes hayan acordado incorporarlos a su contrato o que este contrato se regirá por ellas.

En la introducción al DCFR también se plantea su aplicabilidad como instrumento opcional, ahí definido como “un conjunto adicional de reglas jurídicas que las partes pueden elegir para regular sus derechos y obligaciones recíprocos”. Se afirma aun en el mismo sobre esta materia: “El presente DCFR es intencionalmente redactado de tal forma que, existiendo voluntad política en ese sentido, pueda proporcionar la realización de progresos con la finalidad de crear un tal instrumento opcional”.

La misma orientación está en la base de la mencionada propuesta de reglamento de la Unión Europea, que establece en el artículo 3: “Las partes pueden acordar que la normativa común de compraventa europea sea aplicada en sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios conexos, que se encuadren en el ámbito territorial, material y personal establecido en los artículos 4 a 7”.

2. ¿Triunfo de un ideal?

Según estas disposiciones, se diría que la autonomía privada conquistó, en los instrumentos jurídicos en análisis, su máxima extensión posible: se establece en ellos no solo la libertad de celebración y determinación del contenido de los contratos internacionales, pero también la libertad de conformación del propio régimen normativo aplicable a estos contratos, el cual puede ser, de acuerdo con sus disposiciones, elegido por los interesados sin obediencia necesaria a cualquier derecho estatal.⁶

De ser así, la autonomía privada constituiría en este dominio una verdadera facultad de autorregulación (“*self-governance*” o “*self-regulation*”) por los propios interesados de las relaciones jurídicas de que éstos son partes. El contrato tendría, así, la fuente exclusiva de su eficacia jurídica en la voluntad de las partes.

¿Pero será realmente así?

La respuesta a esta cuestión presupone una breve digresión por los principales sistemas jurídicos nacionales, de cuyos principios comunes los instrumentos internacionales a que aludimos se presentan como una especie de *restatements*. Es lo que haremos a continuación.

II. La autonomía privada bajo el prisma de los derechos nacionales

1. Consagraciones y límites de la autonomía privada en los sistemas romano-germánicos

a) De conformidad con la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, el reconocimiento de efectos a los contratos de carácter oneroso se explica, en primer lugar, por el principio de la autonomía privada, de que la libertad contractual constituye el elemento nuclear: los privados son libres de contratar, perteneciéndoles, en el caso de que decidan hacerlo, el poder de fijar, de forma vinculante, la disciplina aplicable al contrato.⁷

Ese principio está en estrecha conexión con la economía de mercado, puesto que presupone, y es instrumento necesario, del ejercicio de la libertad de empresa y de la propiedad privada, postuladas por aquella; pero constituye también una proyección en el dominio contractual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que las Constituciones de diversos países, incluyendo Alemania⁸ y Portugal,⁹ consagran hoy.

Pocos sistemas jurídicos habrán ido tan lejos en la exaltación de la voluntad humana como fuente de efectos jurídicos como el francés: de conformidad con el artículo 1134 del *Code Civil*, las convenciones “valen como ley” entre aquellos que las celebren;¹⁰ una fórmula que fue posteriormente replicada en los códigos español e italiano.¹¹ El contrato sería así, según cierto entendimiento, una especie de *lex privata* de los respectivos sujetos: una fuente creadora de reglas jurídicas, que se encuentra en el mismo plano que la propia ley.¹²

Sin embargo, como se deduce del mencionado precepto del Código francés, los contratos solo son efectivos desde que se hayan “formado legalmente”. Se requiere en la ley francesa, además, que exista subyacente a ellos una “causa real y lícita”;¹³ y “la obligación sin causa, basada en una falsa causa o en una causa ilícita, no produce cualquier efecto”.¹⁴ Por otra parte, como resulta del artículo 1135 del mencionado Código, los contratos obligan no solo a lo que en ellos está establecido, pero también a las consecuencias que la equidad, los usos y la ley atribuyan a las obligaciones acordadas por las partes.¹⁵ Y el orden público limita, en cualquier caso, la libertad contractual.¹⁶

No falta por eso quien observe, refiriéndose a las disposiciones del Código francés, que “los propios textos que parecen consagrar la autonomía de la voluntad, en la realidad la restringen”.¹⁷ En Francia, la voluntad de las partes no constituye, en resumen, la única medida de las obligaciones derivadas del contrato.¹⁸

Modernamente, el advenimiento de contratos colectivos, de contratos de adhesión e incluso de contratos obligatorios evidencia, en todo caso, un cierto declive de la concepción de contrato que inspiró el precepto del Código francés mencionado al principio.¹⁹ En el mismo sentido concurre la *vision morale du contrat* que, bajo influencia especialmente de Georges Ripert,²⁰ logró afirmarse en el derecho francés contemporáneo, bien patente en el *favor debitoris* por este ampliamente acogido y en las obligaciones de información impuestas a los profesionales en las relaciones contractuales con consumidores.

También en Italia el contrato se diferencia de las demás formas de constitución, regulación o extinción de relaciones patrimoniales por el papel en él desempeñado por la autonomía privada.²¹ Tal como en Francia se consagra en el sistema jurídico transalpino

el principio de la fuerza vinculante de los contratos.²² Pero también se entiende en el mismo que para la producción de un tal efecto jurídico no es suficiente el acuerdo de las partes: se exige aún una justificación económico-social: una causa.²³ Está previsto, por este motivo, un control jurisdiccional del uso hecho por los privados de su autonomía, tendiente a verificar, *inter alia*, si los intereses perseguidos a través del contrato son “*meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*”,²⁴ control que, según Francesco Galgano, tiene como objetivo proteger los propios contratantes, en particular el más débil.²⁵ En cuanto a los contratos celebrados por consumidores, esa protección es además llevada a cabo mediante la conminación de ineficacia de las cláusulas dichas *vessatorie*.²⁶ En el derecho italiano, la intangibilidad de la voluntad individual cede, pues, como subraya Bianca,²⁷ ante la exigencia de justicia social.

Ante el derecho alemán contemporáneo, se acentúa igualmente en la doctrina el papel del contrato como medio de conformación autónoma de las relaciones jurídicas.²⁸ La consagración de la libertad contractual habrá incluso constituido, según el historiador del derecho Uwe Wesel, la más importante modificación ocurrida en

el derecho Civil alemán durante el siglo XIX: por fuerza de ella, se subordinó la contratación privada al libre juego de las fuerzas del mercado.²⁹

El concepto de contrato y las respuestas dadas por la ley a los problemas planteados son, de acuerdo con aquél entendimiento doctrinal, esencialmente determinados por su función de instrumento de la autonomía privada.³⁰ En este sentido, escribió Werner Flume:³¹ “El contrato es la principal expresión de la autonomía privada. La idea del contrato es que lo que ha sido contractualmente establecido vale porque los contratantes, en el ejercicio de su autonomía, acordaron que así deberá ser.”

Pero también en Alemania se reconoce hace mucho la necesidad de complementar esa doctrina, en la definición del fundamento de la eficacia de los contratos, con otros puntos de vista, especialmente la tutela de la confianza y la justicia conmutativa traducida en el equilibrio de las prestaciones a cargo de las partes.

Se alude a este respeto, en la literatura más reciente, con destaque para la obra de Claus-Wilhelm Canaris,³² a una “materialización” de la autonomía privada, reflejada sobretudo en la

mayor preocupación de la ley y de la jurisprudencia con la libertad fáctica de tomar las decisiones subyacentes a la contratación. Se revela en esta la evolución de una *Weltanschauung* liberal, que inspiró la redacción originaria del Código Civil alemán, para el contemporáneo Estado social de derecho.

En buena medida, esa evolución se produjo con apoyo en las cláusulas generales consagradas en el propio Código Civil, como las que establecen la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres (§ 138) y el principio de la buena fe (§ 242). Por otra parte, la garantía constitucional de la autonomía privada, tal como el principio del Estado social, reclamarían, como entendió el Tribunal Constitucional Federal en la *Bürgerschaftsentscheidung*,³³ que los tribunales civiles verifiquen si un “contrato inusitadamente oneroso para una de las partes”, que consagre una “composición de intereses manifiestamente inapropiada”, refleja una diferencia estructural en el poder de negociación de las partes; y que, siendo este el caso, los tribunales la corrijan con arreglo a dichas cláusulas generales. Se declara aun en aquella decisión: “La ciencia del derecho civil confluye en el sentido de que o principio de la buena fe representa un límite intrínseco a la libertad

de conformación de los contratos y legitima el control judicial del contenido de los mismos”.

En otros casos, la “materialización” de la autonomía privada se produjo sobre la base de legislación dispersa, como es el caso de la ley de las cláusulas contractuales generales y de los diplomas legales de protección del consumidor.³⁴

La libertad contractual tiene en Alemania como corolarios los principios de la fidelidad al contrato (“*Vertragstreue*”) y de la eficacia relativa de las relaciones obligacionales (“*Relativität der Schuldverhältnisse*”). Pero también estos principios consienten ahí, como veremos a continuación, importantes desviaciones, dictadas especialmente por consideraciones de justicia conmutativa y por el respeto debido al valor de la confianza legítima: el primero, a través de la relevancia atribuida a la desaparición de la “base del negocio” (“*Geschäftsgrundlage*”); el segundo, a través de la sujeción de los contratantes, en determinadas condiciones, a deberes de protección (“*Schutzpflichten*”) relativamente a terceros.

El derecho vigente en Portugal confiere también un lugar central a la voluntad de las partes en la producción de los efectos del contrato – el cual,

en su expresión mínima, se traduce en la exigencia de consciencia de la declaración, consagrada en el artículo 246° del Código Civil, sin la cual esta no tiene cualquier efecto.

Por sí sola, la voluntad humana no produce, todavía, efectos jurídicos; antes es el derecho que se impone a las personas, solo de él derivando tales efectos. Ninguna voluntad, por más esclarecida que sea, puede, además, ponderar y querer todos los efectos jurídicos de ella derivados.³⁵ E incluso en cuanto a los efectos jurídicos establecidos por las partes, la circunstancia de que ellos se producen más allá del momento de la celebración del contrato e independientemente de la voluntad de los contratantes de mantenerse vinculados demuestra que no es solamente la voluntad que obliga en los contratos.

A la misma conclusión llegaremos, llevando en cuenta que, a través de la interpretación y de la integración, se atribuyen, en el derecho portugués, a la voluntad de los contratantes consecuencias de sus declaraciones que no fueron rigurosamente deseadas por ellos.³⁶ Y lo mismo se infiere del hecho de que la usura y la modificación de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar confieren

a la parte perjudicada el derecho a la modificación del contrato según juicios de equidad.³⁷

La libertad contractual se ejercita, además, “dentro de los límites de la ley”,³⁸ máxime de las normas imperativas a través de las cuales el Estado busca desempeñar sus incumbencias en el dominio social y económico.

Más recientemente, se admitió en Portugal el control judicial del contenido de los contratos a la luz de los principios constitucionales de la igualdad entre los sexos y de la no discriminación, los cuales de igual forma contienen restricciones a la libertad contractual.³⁹

Suponemos no ser fundamentalmente diversa de esta la orientación que prevalece en el moderno derecho brasileño, especialmente después de la publicación del actual Código Civil. También en Brasil, efectivamente, la libertad contractual se ejercita “en razón y en los límites de la función social del contrato” (artículo 421 del Código Civil);⁴⁰ y también en la *laesio enormis* (a que se refiere el artículo 157 del Código)⁴¹ y la “onerosidad excesiva” de la prestación (disciplinada en el artículo 478)⁴² constituyen fundamentos de exoneración del deudor, o por lo menos de modificación del contrato.

Lo expuesto hasta ahora es suficiente para que uno pueda concluir que en los sistemas romano-germánicos la autonomía privada, aunque constituya la base de la contratación entre privados, no puede hoy aspirar a la condición de fundamento exclusivo de la fuerza obligatoria de los contratos.⁴³

b) En verdad, los efectos del contrato se fundamentan también en esos sistemas jurídicos en la tutela de la confianza: cada contratante debe responder por las expectativas dignas de tutela jurídica que pueda generar en la contraparte a través de su declaración.

“El contrato”, escribe Manuel Carneiro da Frada,⁴⁴ “representa un importantísimo *Tatbestand* de confianza: además de acto de autonomía privada, creador de normas de comportamiento que se imponen a las partes, él configura indiscutiblemente un elemento de confianza y estabilización de expectativas”.

El valor de la confianza se manifiesta en el derecho portugués, especialmente, en la reglamentación de los problemas de la formación del negocio jurídico,⁴⁵ de la interpretación de la declaración de negociación⁴⁶ y de la falta de vicios de la voluntad y de la declaración.⁴⁷ En él se basa, además, el amplio

acervo de deberes precontractuales de conducta que vinculan recíprocamente a las partes en la negociación y en la conclusión de los contratos,⁴⁸ así como determinados deberes de protección y cuidado relativamente a los intereses de terceros.

Otro tanto sucede en el derecho brasileño,⁴⁹ que protege igualmente la confianza legítima, *inter alia*, a través de las reglas relativas a la interpretación de la declaración de voluntad,⁵⁰ al dolo por omisión informativa,⁵¹ a la ilicitud en el ejercicio de los derechos⁵² y a la responsabilidad precontractual.⁵³

En la doctrina alemana, no falta quien tenga buscado fundamentar en la confianza la eficacia de la declaración de voluntad⁵⁴ o del contrato en general.⁵⁵ Una orientación más matizada ve en los principios de la autonomía y de la protección de la confianza el fundamento de la eficacia obligatoria del contrato.⁵⁶ La tutela de la confianza encontró acogimiento normativo expreso en la cláusula general de la buena fe consignada en el apartado 242 del BGB.⁵⁷ En ella se fundamenta la substancial ampliación del ámbito obligatorio del contrato llevada a cabo por la jurisprudencia alemana a lo largo de un siglo y acogido en el Código Civil a través de la Ley de modernización del derecho

de obligaciones: es la tutela de la confianza que justifica, especialmente, la imposición a los contratantes de ciertos deberes accesorios de conducta ante la contraparte, tanto en los preliminares como en la ejecución de los contratos, así como la inclusión de terceros en la esfera de protección del contrato.⁵⁸

c) Sobresale aun en este dominio una idea de justicia conmutativa, expresa especialmente en las reglas que tratan de asegurar el “equilibrio de las prestaciones”: en los contratos de carácter oneroso conmutativos, a la prestación de cada uno de los contratantes debe corresponder, por parte del otro contratante, una prestación de valor proporcional.

Aunque la concepción que estuvo en la raíz del BGB colocara el acento tónico en la denominada “justicia procesal” o “formal” del contrato, traducida, *v.g.*, en la ausencia de vicios de la voluntad, la evolución registrada en el derecho civil alemán a lo largo del siglo XX, culminando en la modernización del derecho de obligaciones, denota una creciente preocupación con la “justicia material”, o “sustantiva”. De ella son expresiones, por ejemplo, la consagración de la figura de la “perturbación de la base del negocio” (“*Störung der Geschäftsgrundlage*”) en el apartado 313

del BGB⁵⁹ y el control del contenido de las cláusulas contractuales generales bajo el prisma de la ocurrencia de una “pérdida desproporcionada” para una de las partes previsto en el apartado 307(1) del BGB.⁶⁰ También en ello se refleja dicha “materialización” del derecho de los contratos.

Se comprende así que, como notó Karl Larenz,⁶¹ el derecho alemán de los contratos se base hoy en la conjugación de los principios de la autonomía privada y de la confianza con el del equilibrio de las prestaciones. Escribió sobre esto dicho autor en su Parte general del derecho civil alemán:⁶² “El derecho de los contratos del BGB no puede ser entendido sobre la base del principio de la autonomía privada – por más central que este sea – ni del principio de la confianza, ni de la justicia contractual conmutativa, pero antes de la interacción de estos principios”.

En el derecho portugués, en parte por influencia alemana, la idea de justicia contractual está subyacente a las reglas, mencionadas arriba, que disciplinan la usura y la modificación de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar.⁶³ Otro tanto sucede en Brasil en razón de la norma del Código Civil relativa a la lesión, a que hicimos referencia arriba.⁶⁴

También en Francia se entiende hoy que la justicia contractual, traducida en un determinado equilibrio entre las prestaciones de las partes en los contratos de carácter oneroso, es fundamento de la fuerza obligatoria reconocida al contrato. “El contrato”, subraya Jacques Ghestin, “no es vinculante sino en la medida en que sea justo”.⁶⁵ Es cierto que únicamente el desequilibrio originario de las prestaciones contractuales, y no el superviniente, tiene relieve en el derecho civil francés. Pero actualmente estamos muy lejos de la idea, sostenida por Alfred Fouillée a inicios del siglo XX, según la cual “*qui dit contractuel dit juste*”.⁶⁶

2. La cuestión en el derecho chino contemporáneo

En esta materia, el derecho chino presenta significativas diferencias relativamente a los derechos occidentales. La idea de libertad contractual es ajena, de hecho, a la tradición jurídica china. Esta se basa, todavía hoy, en el pensamiento Confucio, que es fundamentalmente adverso a esa idea.⁶⁷ Y con ella son en gran medida incompatibles ciertos postulados en que de alguna manera se basa la economía china, especialmente la planificación central de la economía.⁶⁸

Los Principios generales de derecho civil de la República Popular de China, adoptados en 1986, consagraron, es cierto, en el artículo 4, el principio de la autonomía de la voluntad. A su vez, la Ley de los contratos de la República Popular de China, adoptada en 1999, estableció en el artículo 4: “Una parte tiene el derecho de celebrar un contrato voluntariamente de conformidad con la ley y ninguna entidad o individuo puede interferir ilícitamente con ese derecho”.

Estos preceptos reflejan la evolución de China, desde los años 80, para la denominada “economía socialista de mercado”. La consagración, hecha en los mismos, de la libertad contractual, es, sin embargo, limitada, puesto que solamente se refiere a la celebración del contrato, y no a la selección del co-contratante, ni a la estipulación del contenido del contrato, a su modificación o cesación y a la definición de la respectiva forma.

Los mencionados Principios generales de derecho civil establecen, de hecho, la nulidad de todos los contratos económicos que violen los planes imperativos del Estado (artículo 58, n° 6); y la Ley de los contratos prevé diversas restricciones adicionales a la libertad contractual. Entre estas sobresalen

las que resultan de los principios de justicia, de la buena fe y de la legalidad.

Las partes deben, de conformidad con el artículo 5 de la ley, conformarse con el principio de la justicia en la estipulación de sus derechos y deberes, *u.g.* observando cierta proporción en lo que se refiere al valor de las respectivas prestaciones y a la distribución de los riesgos contractuales; lo que está en conformidad con el concepto de rectitud (“*y?*”) proclamado por el Confucionismo como virtud moral esencial.⁶⁹

Las partes deben, por otra parte, según el artículo 6, observar el principio de la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones que sobre si recaen, solución que es exigida por otra virtud cardinal proclamada por el Confucionismo: la benevolencia (“*ren*”), que implica igualmente la noción de fiabilidad o de lealtad.⁷⁰

Finalmente, en la conclusión y en la ejecución del contrato, las partes deben, como establece el artículo 7 de la Ley de los contratos, observar las leyes y los reglamentos administrativos relevantes, así como la ética social, y no pueden perturbar el orden social y económica, ni perjudicar el interés público (concebido, este último, de forma muy amplia). Para asegurar el

cumplimiento de esta disposición, el artículo 127 atribuye a la autoridad de la industria y del comercio, así como a otras autoridades relevantes, la incumbencia de “monitorear y hacer frente a cualquier acto ilegal que, por la celebración de un contrato, perjudique los intereses del Estado o los intereses públicos”.

Siempre que el Estado determine, en función de sus necesidades, la adquisición de bienes, las personas jurídicas y organizaciones interesadas celebraran los correspondientes contratos de conformidad con los derechos y deberes establecidos en las leyes y en los reglamentos administrativos aplicables (artículo 38 de la Ley de los contratos). La planificación central de la economía sigue, así, condicionando la celebración de contratos.

Son, de todas formas, nulos, de conformidad con el artículo 52 de la misma ley, todos los contratos que: a) sean celebrados mediante dolo o coacción de cualquiera de las partes en perjuicio de los intereses del Estado, de la colectividad o de un tercero; b) buscan ocultar una finalidad ilícita legítimamente; c) perjudiquen el interés público; o d) violen disposiciones imperativas de la ley o de reglamentos administrativos.⁷¹

Aunque haya transpuesto para su sistema jurídico ciertas nociones fundamentales del derecho de los contratos de los países occidentales (sobre todo bajo la influencia de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías y de los Principios UNIDROIT, que inspiraron visiblemente la mencionada ley de los contratos),⁷² China se mantuvo, así, fiel a la tradición confucionista, especialmente a través de las limitaciones impuestas en la ley a la autonomía privada.⁷³

3. La cuestión desde el punto de vista del derecho musulmán

Una breve mirada por el derecho musulmán nos muestra que tampoco existe en él un principio de libertad contractual como el que se encuentra consagrado en los sistemas jurídicos occidentales.⁷⁴ El derecho musulmán se basa, de hecho, según las Escuelas Zahirita y Hanifita, en un principio de tipicidad de los contratos (dichos *uqud*, plural de *aqd*).⁷⁵ Incluso dentro de los tipos contractuales permitidos por el derecho musulmán, existen restricciones a la libertad contractual, relativas, especialmente, a los bienes susceptibles de ser comercializados.⁷⁶

La filiación del derecho musulmán en el pensamiento religioso explica las restricciones por él impuestas a la libertad contractual, puesto que esta, tomada en la acepción occidental, sería incompatible con el control ético de las transacciones postulado por el Islam.

El Corán exige, es cierto, en el versículo 5:1, el cumplimiento de los contratos por los fieles. Dice: “¡Vosotros que creéis! Cumplid todos los contratos”.

Pero se proscribe en él el enriquecimiento injustificado consistente en el recibimiento de una ventaja monetaria de alguien sin el pago de una contrapartida (denominado “*riba*”), así como la especulación (“*gharar*”). Declara a este respecto el versículo 2:275: “Quienes usurean no se levantarán de sus túmulos sino como se levanta aquél a quien el demonio ha poseído, dejándolo trastornado, y eso porque dicen que el comercio es como la usura, sin embargo, Allah ha autorizado el comercio y prohibido la usura”.⁷⁷

De aquí proviene, especialmente, la prohibición de cobrar intereses en el derecho musulmán.⁷⁸ Un contrato celebrado en contravención a estas reglas es anulable (“*fasid*”). La autonomía privada tiene aquí su expresión más limitada.

Aunque haya transpuesto para su sistema jurídico ciertas nociones fundamentales del derecho de los contratos de los países occidentales (sobre todo bajo la influencia de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías y de los Principios UNIDROIT, que inspiraron visiblemente la mencionada ley de los contratos),⁷² China se mantuvo, así, fiel a la tradición confucionista, especialmente a través de las limitaciones impuestas en la ley a la autonomía privada.⁷³

3. La cuestión desde el punto de vista del derecho musulmán

Una breve mirada por el derecho musulmán nos muestra que tampoco existe en él un principio de libertad contractual como el que se encuentra consagrado en los sistemas jurídicos occidentales.⁷⁴ El derecho musulmán se basa, de hecho, según las Escuelas Zahirita y Hanifita, en un principio de tipicidad de los contratos (dichos *uqud*, plural de *aqd*).⁷⁵ Incluso dentro de los tipos contractuales permitidos por el derecho musulmán, existen restricciones a la libertad contractual, relativas, especialmente, a los bienes susceptibles de ser comercializados.⁷⁶

La filiación del derecho musulmán en el pensamiento religioso explica las restricciones por él impuestas a la libertad contractual, puesto que esta, tomada en la acepción occidental, sería incompatible con el control ético de las transacciones postulado por el Islam.

El Corán exige, es cierto, en el versículo 5:1, el cumplimiento de los contratos por los fieles. Dice: “¡Vosotros que creéis! Cumplid todos los contratos”.

Pero se proscribe en él el enriquecimiento injustificado consistente en el recibimiento de una ventaja monetaria de alguien sin el pago de una contrapartida (denominado “*riba*”), así como la especulación (“*gharar*”). Declara a este respecto el versículo 2:275: “Quienes usurean no se levantarán de sus túmulos sino como se levanta aquél a quien el demonio ha poseído, dejándolo trastornado, y eso porque dicen que el comercio es como la usura, sin embargo, Allah ha autorizado el comercio y prohibido la usura”.⁷⁷

De aquí proviene, especialmente, la prohibición de cobrar intereses en el derecho musulmán.⁷⁸ Un contrato celebrado en contravención a estas reglas es anulable (“*fasid*”). La autonomía privada tiene aquí su expresión más limitada.

4. La autonomía privada en los sistemas de *Common Law*

a) Otra, bien distinta de las anteriores, es la concepción que prevalece a este respecto en el derecho inglés contemporáneo, así como en el norte americano. Estos permanecieron fundamentalmente ajenos a la idea, que triunfó en el continente europeo, de que a los tribunales sería dado el escrutinio del ejercicio de la autonomía privada, especialmente a través de las nociones de causa, *laesio enormis* y onerosidad excesiva de la prestación. Por otra parte, la adecuación de la denominada *consideration* – que es, en esos sistemas jurídicos, un elemento constitutivo de la generalidad de los contratos⁷⁹ – está excluida de ellos a cualquier control jurisdiccional.⁸⁰

A eso no será extraña la circunstancia de que los juristas ingleses hayan recibido de los economistas liberales, con destaque para John Stuart Mill, la idea de que el ejercicio, libre de cualesquiera limitaciones, de la autonomía privada posibilitaría por sí solo un adecuado equilibrio de los intereses de las partes en el contrato. Este autor lo justificó en los términos siguientes: “la libertad del individuo, en cosas que sólo a él conciernen, implica la libertad análoga para cualquier número de individuos,

de regirse de mutuo acuerdo en todo aquello que conjuntamente les ataña, y que no ataña a nadie más que a ellos (...). El motivo para no interferir en las acciones voluntarias de un individuo, a menos que sea un beneficio de otras personas, estriba en el respeto o consideración de su libertad. Su elección, por ser voluntaria, prueba que lo que él elige es deseable, o al menos soportable para él, y de una forma general, no hay modo mejor de asegurar a nadie su dicha que el de permitirle que elija lo que desea”.⁸¹

No faltó, es cierto, quien pudiera ver en la evolución del derecho de los contratos ocurrida en Inglaterra a lo largo del siglo XX un declino progresivo de la libertad contractual: este es el cernie de la tesis de Patrick Atiyah originariamente publicada en 1979.⁸² Y en Estados Unidos llegó a ser anunciada, también en los años 70, la “muerte del contrato”: en este sentido se pronunció Grant Gilmore.⁸³

La verdad, sin embargo, es que en su esencia el derecho inglés se mantuvo fiel – especialmente en el dominio comercial – a una perspectiva marcadamente liberal de los contratos; y otro tanto se dirá del derecho norteamericano. Su *ex libris* es el principio de la *sanctity of contracts*, en virtud del

cual solo en situaciones excepcionales se permite al deudor exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.⁸⁴ Por otra parte, la imputación de efectos al contrato no expresa o tácitamente queridos por las partes, como aquellos que en Alemania o en Portugal derivan de los deberes accesorios de conducta fundados en la buena fe, solo en limitada medida se admite en la ley y en la jurisprudencia, que buscan así preservar lo más posible la voluntad de los contratantes.

Podemos, bajo esta luz, decir que la autonomía privada encuentra contemporáneamente su consagración más amplia en los derechos inglés y norte americano.

b) Es cierto que también en esos derechos tuvieron eco las teorías que buscan fundamentar la fuerza vinculante de los contratos en la idea de tutela de la confianza. Ésta es considerada en ellos como esencial al funcionamiento regular de una economía basada en el crédito, que necesariamente depende de que las expectativas inducidas en los agentes económicos a través de promesas contractuales no sean frustradas.⁸⁵ Es, especialmente, en la tutela de la confianza que se fundamenta al reconocimiento, en el derecho norteamericano, de ciertos hechos a las

promesas contractuales no negociadas (“*unbargained-for promises*”) a través del denominado *promissory estoppel*, a que el § 90(1) del *Restatement (Second) of Contracts* dio acogida.⁸⁶

Pero la tutela de la confianza está muy lejos de haber generado en los sistemas de *Common Law* los desarrollos que le son atribuibles en los derechos romanistas, en particular aquellos que se traducen en la constitución de una relación jurídica obligacional por el simple establecimiento de negociaciones contractuales, integrada por deberes de información, lealtad y protección fundados en la salvaguardia de las expectativas legítimas de la contraparte.⁸⁷ Lo reconoció, por ejemplo, Lord Ackner en la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en 1992 sobre el caso “*Walford v. Miles*”,⁸⁸ que dice: “El concepto de un deber de mantener negociaciones de buena fe es intrínsecamente repugnante a la posición adversaria de las partes involucradas en negociaciones. Cada una de las partes en las negociaciones tiene derecho a proseguir su propio interés, desde que evite hacer declaraciones falsas”.

A lo que no será extraña una cierta reserva del pensamiento liberal relativamente a la protección irrestricta de expectativas no contractuales,

considerada como fundamentalmente incompatible con el funcionamiento libre del mercado.⁸⁹

c) Tampoco es el equilibrio de las prestaciones, en los derechos anglosajones, requisito de eficacia del contrato y criterio de interpretación de este. Es lo que resulta, especialmente, de la ya mencionada irrelevancia de la “adecuación” de la *consideration*. Las figuras del *Common Law* que, en situaciones puntuales, permiten dar alguna protección a la parte perjudicada en virtud de un contrato inicuo (como la *undue influence* y la *unconscionability*) están, bajo este punto de vista, muy lejos de las reglas continentales sobre el daño y la usura.

Por otra parte, la onerosidad excesiva de la prestación debida por una de las partes, aunque derivada de una alteración anómala de circunstancias, sólo constituye fundamento de modificación o resolución del contrato (salvo en los casos en que las partes le hayan especialmente atribuido relevancia en el marco de una cláusula de *hardship*) dentro de las estrechas hipótesis en que opera la doctrina de la *frustration of contracts*. Esta se considera verificada, como declaró Lord Radcliffe en “*Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*”,⁹⁰ juzgado por la Cámara de los Lores en

1956, “siempre que el orden jurídico reconoce que, sin que exista incumplimiento de cualquiera de las partes, una obligación contractual se volvió insusceptible de ser ejecutada, porque las circunstancias en que su ejecución tendría lugar la transformarían en algo radicalmente diferente de lo que había sido establecido en el contrato. *Non haec in foedera veni*. No he prometido hacer esto”.

No sorprende así que para algunos sea el “interés” –y no la justicia o el equilibrio sinalagmático de las prestaciones– la razón de ser esencial la vinculación al contrato en el derecho inglés.⁹¹

5. Los distintos significados de la autonomía privada en los derechos contemporáneos

a) El contrato es un instrumento de realización de opciones individuales voluntariamente asumidas; pero es también un importante factor de creación y consolidación de expectativas y un mecanismo a través del cual las sociedades que no se basan en la planificación central de la actividad económica disciplinan los intercambios de bienes y servicios, asegurando su conformidad con las concepciones de justicia en ellas prevalecientes.

Los efectos jurídicos del contrato pueden, como acabamos de verificar, ser explicados a partir de cualquiera de estas perspectivas. En última instancia, su régimen puede reflejarlas todas; pero ha variado en el tiempo y en el espacio la relevancia atribuida a cada una de ellas. Esas perspectivas tienden, en verdad, a atribuir un alcance desigual, en la disciplina del contenido y de los efectos del contrato, a las intenciones de las partes, a las expectativas generadas por las declaraciones de cada una de ellas en el espíritu de la otra y al equilibrio de intereses del mismo derivado.

Así, una concepción que busque salvaguardar al máximo la libertad de vinculación y la seguridad del tráfico jurídico propenderá a atribuir mayor relevancia al primer de estos aspectos; una concepción que valore más las expectativas generadas en la contraparte o en terceros o la justicia conmutativa en los intercambios entre privados admitirá con mayor facilidad la intervención del Estado en la relación contractual, a través de la ley o de los tribunales, atribuyéndole o negándole efectos en la medida de lo necesario para salvaguardar aquellos fines.

El análisis realizado arriba demuestra que estas concepciones obtuvieron

acogida diferente en los sistemas jurídicos contemporáneos. No se puede, así, atribuir a la autonomía privada un significado unívoco en esos sistemas jurídicos.

En los sistemas romano-germánicos, el fundamento de la eficacia del contrato es, como se ha visto arriba, la voluntad de las partes; pero ella se basa también en una idea de equidad, traducida en la preservación de cierto equilibrio entre las prestaciones contractuales. Esta puede implicar que a los contratos sean atribuidos efectos en rigor no queridos por las partes. Se admite, entonces, con cierta amplitud, la intervención de los tribunales en la conformación del contenido del contrato, mediante la atribución a este de efectos no acordados por las partes.

Por otra parte, la relación contractual se expande, en esos sistemas, sea para la fase que lo antecede, dando origen a deberes de conducta funcionalmente asociados al contrato, cuya violación hace que el infractor incurra en culpa *in contrabando*, sea relativamente a terceros, en especial mediante contratos con eficacia de protección de terceros.

Estos fenómenos no tienen paralelo en los sistemas de *Common Law*, que se mantuvieron más estrictamente fieles a

los principios de la autonomía privada y de la relatividad de los contratos y que se muestran, por consiguiente, mucho más reluctantes en admitir la sujeción de las partes a deberes de conducta por ellas no expresa o implícitamente acordados. Para tanto, ha contribuido decisivamente la ausencia en esos sistemas jurídicos, en particular en el inglés, de una cláusula general de buena fe como la que vigora hoy en la mayoría de los derechos continentales. Esta circunstancia se refleja también en la ausencia de una regla que prevea la adaptación de los contratos con fundamento en *hardship* siempre que falte una estipulación de las partes en ese sentido.

En los sistemas de *Common Law*, el fundamento de la eficacia del contrato es así, sobretodo, la voluntad de las partes: las desviaciones a la estabilidad y a la relatividad de los contratos fundados en la idea de equivalencia de las prestaciones son mucho más limitados, puesto que los tribunales están en principio prohibidos de evaluar la *fairness* de las transacciones entre privados; la *frustration of contracts* sólo tiene lugar en muy pocos casos; y la *privity of contracts* impide, en principio, la vinculación de terceros por contratos de que no sean partes. Si los contratantes se vinculan

por su propia voluntad, deben ellos, y sólo ellos, quedar adscritos a sus estipulaciones.

En el derecho chino, la celebración del contrato es también, en principio, fruto de la voluntad de las partes; pero son establecidas por la ley fuertes restricciones a la libre conformación de su contenido y a la propia libertad de celebración de los contratos, que tienen de conformarse con los planes estatales.

El Islam consiente, a su vez, la celebración de contratos, pero solamente los que *Xaria* tipifica, entre los cuales sobresalen los de compraventa. E incluso en relación a estos, con sujeción a estrictas exigencias en relación a la equivalencia de las prestaciones acordadas por las partes.

b) Estas diferencias de régimen no son reconducibles a simples aspectos de técnica jurídica, antes radican en razones más profundas, de índole histórica y filosófica.

El derecho de los contratos de los sistemas romano-germánicos es, de hecho, en larga medida, tributario de la ética contractual formulada por San Tomás de Aquino, la cual

postula, como corolario de la justicia conmutativa, que se observe una cierta proporción en el valor de las prestaciones contractuales.⁹² Subyace a esos sistemas, así, una visión moral del contrato,⁹³ que explica no solamente la preocupación con el equilibrio de las prestaciones, pero también el *favor debitoris* y las demás manifestaciones de solidarismo contractual mencionado arriba.

Pues bien, los juristas anglosajones del siglo XIX, como Anson y Pollock, que lanzaron las bases del actual derecho de los contratos de los sistemas de *Common Law*, no fueron receptivos de esa concepción sobre las relaciones entre los contratantes, la cual se consideraba demasiado paternalista al pensamiento dominante en la época.⁹⁴ En el mismo sentido contribuyó, en los Estados Unidos, el pensamiento marcadamente hostil a toda fundamentación del sistema jurídico en principios éticos, que aflora especialmente en la obra de Oliver Wendell Holmes⁹⁵ y de Roscoe Pound,⁹⁶ dos exponentes del denominado realismo jurídico norteamericano según el cual el derecho es sobre todo la expresión normativa de necesidades sociales, tal como los jueces las interpretan.

En China, es el pensamiento confucionista y su tradición de autoridad que justifica el alcance fuertemente restrictivo con el que el principio de la libertad contractual está acogido por la ley. Pero es también ese pensamiento que explica la concepción altamente flexible de las relaciones contractuales que tienden a prevalecer en este país, según la cual el contrato no es visto como una expresión definitiva de los derechos y obligaciones de las partes, pero antes como el punto de partida de una relación de negocios en permanente adaptación, pudiendo el mismo, especialmente, ser renegociado siempre que las circunstancias en las que fue celebrado se modifiquen.

En los sistemas musulmanes, las restricciones impuestas a la libertad contractual se fundan en la naturaleza revelada de la *Xaria* y en la visión teocéntrica de la vida en sociedad que le subyace, a la cual es ajena la noción occidental de que los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses y de que les pertenece, por consiguiente, una cierta esfera de autodeterminación. En el mismo sentido concurre la ética de solidaridad propia del Islam, que proscribiera cualquier ganancia injusta a expensas de otros.

III. Viabilidad y límites de una unificación internacional del derecho de los contratos bajo el principio de la autonomía privada

1. Los reflejos de los límites nacionales a la autonomía privada en los instrumentos internacionales de armonización e unificación del derecho de los contratos

Si volvemos ahora otra vez nuestra atención para los instrumentos internacionales de armonización y unificación del derecho de los contratos que mencionamos arriba, verificaremos que los límites a la autonomía privada establecidos en los sistemas jurídicos nacionales que aquí examinamos no son en ellos totalmente desprovistos de consecuencias. Eso sucede especialmente en relación a tres puntos que importa estudiar: la obtención de ventajas excesivas a expensas de otros, la modificación de circunstancias y la eficacia de las normas imperativas. Veamos.

a) En cuanto al primero, merece especial referencia el artículo 3.2.7 de los Principios UNIDROIT, que -haciéndose eco de la tendencia, mencionada arriba, para la materialización de los

contratos acogida en algunos sistemas jurídicos romanistas- admite la anulación del contrato o de una de sus cláusulas por una de las partes cuando, en el momento de la respectiva celebración, el contrato o la cláusula atribuyeran injustamente una ventaja excesiva a la otra parte. Para tanto, añade el mismo precepto, hay que llevar especialmente en cuenta la circunstancia de que la otra parte ha beneficiado de forma desleal del “estado de dependencia, de carencia económica, de la urgencia de las necesidades, de la imprevisión, de la ignorancia, de la inexperiencia o de la inhabilidad para la negociación de la primera”, así como la naturaleza y los fines del contrato. El tribunal puede, a instancia de la parte perjudicada, adaptar el contrato o la cláusula para que el mismo se vuelva conforme a las exigencias de la buena fe en materia comercial.

En la misma línea fundamental de orientación se insieren los PECL, cuyo artículo 4:109 admite la anulación o la adaptación del contrato si durante la respectiva celebración una de las partes fuera dependiente de la otra o tuviera con ella una relación de confianza, si estuviera en situación de necesidad económica o sufría de imprevisión, ignorancia, inexperiencia o carencia de *bargaining skills* y la otra, sabiendo

o debiendo estar enterado de ello, se haya aprovechado de esa situación de forma groseramente injusta o haya sacado para sí misma un provecho excesivo. El DCFR consagra en el artículo II.-7:207 una regla fundamentalmente coincidente con esta.

El CESL prevé también en el artículo 51° que una parte puede anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra parte, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes, o sufría de imprevisión, ignorancia o inexperiencia; y b) la otra parte conocía o se podía esperar que conociera dicha situación y, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio o una ventaja injusta.

Estas disposiciones están en la línea de las reglas de los sistemas romanistas mencionadas arriba en materia de usura. Ellas van, sin embargo, considerablemente allá de lo que los sistemas de *Common Law* permiten de conformidad con las doctrinas de la *undue influence* y de la *unconscionability*.

b) Consideremos ahora el cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar.

Los Principios UNIDROIT se ocupan de la materia de los artículos 6.2.1 a 6.2.3, que disciplinan la denominada *hardship*. El primer de estos preceptos empieza por afirmar que las partes están adscritas al cumplimiento de sus obligaciones, aunque la ejecución de ellas se haya vuelto más onerosa. Se exceptúa sin embargo la ocurrencia de *hardship*, que el artículo 6.2.2 define como la situación en que sobrevienen hechos que “modifican fundamentalmente el equilibrio del contrato”, sea porque el coste de la realización de la prestación a cargo de una de las partes aumentó, sea porque el valor de la contraprestación a que tiene derecho disminuyó, y en que, además, se cumplan las siguientes disposiciones: a) los hechos en cuestión ocurrieron o se volvieron conocidos de la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) tales hechos no podrían haber sido razonablemente llevados en cuenta por la parte en desventaja en el momento de la celebración del contrato; c) esos hechos están fuera del control de la parte en desventaja; y d) el riesgo de la respectiva ocurrencia no ha sido asumido por la parte en desventaja. En caso de *hardship*, la parte perjudicada puede, según el artículo 6.2.3, exigir la renegociación del contrato. En caso de falta de acuerdo en relación a esta dentro de un plazo razonable,

cualquiera de las partes puede someter la cuestión al tribunal. Éste, en caso de que llegue a la conclusión de que se ha producido *hardship*, puede, si lo estima razonable, terminar el contrato o adaptarlo para restablecer el equilibrio de las prestaciones. Los PECL se ocupan del tema en el artículo 6:111, donde se establece una regla análoga.

Estos instrumentos prevén, por tanto, una obligación de renegociación del contrato, a cargo de las partes, en caso de cambio de circunstancias. El incumplimiento de esa obligación sujeta a la parte incumplida al deber de indemnizar la otra por el perjuicio derivado de ello. Sólo si esa renegociación falla el tribunal puede intervenir, adaptando o poniendo fin al contrato, si fuera el caso. La carga de la prueba de la ocurrencia de los presupuestos de una situación de *hardship* es, en todo caso, de la parte perjudicada. El tribunal goza de considerable discrecionalidad en la concesión de la providencia requerida.

También el DCFR admite, en el artículo III.-1:110, la modificación y la resolución judicial del contrato si la ejecución de una obligación derivada de este se vuelve tan onerosa, en virtud de un cambio excepcional de circunstancias, que sería manifiestamente injusto mantener al deudor vinculado

a la obligación. En este instrumento el establecimiento de negociaciones para la revisión del contrato no constituye una obligación de cualquiera de las partes, pero tan sólo una carga de la parte que pretenda obtener la modificación o la resolución *ope judicis* del contrato. La preferencia por la negociación es, pues, menos clara en él.

De todas formas está claro que, tanto en este instrumento como en los que le antecedieron, se ha ido mucho más allá de lo que los sistemas de *Common Law* consienten con arreglo a la doctrina de la *frustration of contracts*.

c) Una palabra, por último, sobre la eficacia de las normas imperativas. La materia es objeto del artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT, según el cual: “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes del derecho internacional privado”.

A su vez, los PECL establecen, sobre este tema, en el artículo 1:103 (1): “Cuando la ley de otro modo aplicable lo permite, las partes pueden acordar que su contrato se rija por los principios, con el efecto de que

las normas imperativas nacionales no serán aplicables. (2) Deben sin embargo ser reconocidos efectos a las normas imperativas de derecho nacional, supranacional e internacional que, conforme a las normas relevantes de derecho internacional privado, sean aplicables independientemente de la ley reguladora del contrato”.

Se exceptúa así, en los casos en que los Principios bajo análisis constituyan la *lex contractus*, la aplicabilidad de las denominadas “normas internacionalmente imperativas”, o de “aplicación inmediata”, de los sistemas jurídicos nacionales, así como del derecho internacional o del derecho de la Unión Europea, conexos con el contrato.⁹⁷ Están en este caso las normas sobre los controles cambiarios o la defensa de la competencia que entren en conflicto con la validez o la susceptibilidad de cumplimiento de los contratos. Tales normas se deben aplicar, en la medida que las reglas pertinentes de derecho internacional privado así lo determinen.

El CESL no consagró, es cierto, una regla análoga. Por el contrario, en el artículo 11 de la propuesta de reglamento que buscaba adoptarlo se decía: “Cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para

regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas son regidas exclusivamente por dicha normativa”. La circunstancia, sin embargo, del artículo 6, n° 2, del Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁹⁸ establecer que la elección por las partes de la ley aplicable al contrato no puede tener como consecuencia privar al consumidor de la protección que le proporcionan las disposiciones no derogables por acuerdo de la ley del país donde el consumidor tiene su residencia habitual implica que las disposiciones del CESL no serían aplicables a los contratos celebrados por consumidores siempre que ofreciesen a estas una protección inferior a la de la ley del país de su residencia habitual.⁹⁹ Y aunque no fuera así, el CESL solamente sería aplicable mediante una elección expresa de las partes (por cierto de dudosa plausibilidad tanto en relación a los consumidores como relativamente a las empresas),¹⁰⁰ a falta de la cual los derechos de los Estados-Miembros de la Unión Europea permanecerían aplicables a los contratos de compraventa internacionales abarcados por ese instrumento, lo que retiraba a esa disposición mucho de su aparente alcance uniformizador. Justamente por eso, el sistema de *opting-in* adoptado en el proyecto mereció severas críticas en

la doctrina europea,¹⁰¹ a las cuales no habrá sido ajeno su abandono por la Comisión Europea.¹⁰²

2. La insuficiencia de los instrumentos de *soft law* en la regulación de los contratos internacionales. Autonomía y heteronomía

Lo que hemos dicho nos permite concluir que la autonomía privada conoce también, en los instrumentos jurídicos en análisis, límites a su eficacia, derivados sea de ciertos preceptos previstos en esos instrumentos, sea de los sistemas jurídicos que el contrato pueda estar de alguna manera asociado.

Esos instrumentos terminan, así, por reconocer que la facultad de las partes de establecer para sí mismas un ordenamiento que discipline el respectivo contrato no es irrestricta. Autonomía y heteronomía se entrelazan inevitablemente, incluso en la regulación del contrato internacional. La idea de un contrato sin ley, exclusivamente regido por sus propias estipulaciones o por principios generales incluidos en el mismo por voluntad propia de las partes, se muestra por eso inevitable.

No se puede, por otra parte, decir que las normas previstas e incluidas en los

mencionados textos internacionales correspondan, tan siquiera en el espacio europeo, a un *jus commune*. El significado de la autonomía privada, y la forma como esta se articula con otros principios que con ella concurren en la regulación de los contratos -como la tutela de la confianza y la equivalencia de las prestaciones- varía muy significativamente, como hemos visto, entre los sistemas jurídicos nacionales mencionados arriba.

Las soluciones al respecto consagradas en los Principios UNIDROIT y en los demás textos mencionados se aproximan sobretodo de las que están previstas en los derechos de Europa continental; están, en contrapartida, muy lejos de las que hemos visto acogidas en los derechos anglosajones, en el derecho chino y en el derecho musulmán.

3. Conclusión

No hay, en suma, en la materia planteada, un “modelo único”, ni los textos de fuente internacional que aquí hemos examinado representan cualquier “mínimo denominador común” entre las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Por el contrario: el significado de la autonomía privada varía, siempre ha variado y seguirá muy

probablemente variando en el tiempo y en el espacio, no obstante todos los esfuerzos hechos, a los más variados niveles, en el sentido de unificar el derecho de los contratos.

Y esto nada tiene de sorprendente: la diversidad de los significados posibles de este concepto -tan caro al derecho contractual de tradición occidental, pero tan extraño al de las demás tradiciones jurídicas- no es sino la expresión, en este dominio específico, de la inmensa diversidad de los derechos

a través de las fronteras. Esta diversidad es, a su vez, una consecuencia inevitable de la naturaleza cultural del derecho, enfatizada en Brasil por el Profesor Miguel Reale,¹⁰³ y de la intrínseca variabilidad de todas las manifestaciones de cultura humana.

En una época, como la actual, en que todo tiende para la nivelación y para la uniformización -para cuyos peligros advirtió Benedicto XVI¹⁰⁴- no será demasiado recordar ese rasgo indeleble del derecho.

* Texto que fue la base de la conferencia proferida el 22 de agosto de 2015 en el Seminario sobre Autonomía privada promovido por el Instituto de Estudios Culturalistas en Canela, Rio Grande do Sul.

** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidade de Lisboa.

¹ Ver International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3^o ed., Roma, 2010. Existe traducción del texto en castellano, disponible en <http://www.unidroit.org>.

² Ver Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague / London / Boston, 2000; Part III, The Hague / London / New York, 2003.

³ Ver C. von Bar / E. Clive / H. Schulte-Nölke (orgs.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, 2009.

⁴ Documento COM, 2011, 635 final, 11/10/2011, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵ A través de la cual se quieren generalmente mencionar ciertos instrumentos reguladores de las relaciones económicas internacionales sin carácter normativo, pero no desprovistos de eficacia. Esta derivaría, principalmente, de su incorporación en contratos de derecho privado y de la aplicabilidad de sanciones informales a su cumplimiento. Sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos mencionados en el texto, véanse, con posiciones muy distintas, C-W. Canaris, “Die Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquellen”, in: J. Basedow (org.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tubinga, 2000, pp. 5 ss.; M.J. Bonell, “Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?”, *Unif. L. Rev.*, 2007, pp. 233 ss.; y F. Dessemontet, “The application of soft law, Halakha and Sharia by International Arbitral Tribunals”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 23, 2012, pp. 545 ss.

⁶ Se alude, a este propósito, a la doctrina del “contrato sin ley” o “sin ley estadual”, de cuyas incidencias en arbitraje internacional nos hemos ocupado en *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, pp. 190 ss.

⁷ Sobre el contrato como acto de autonomía privada véanse, en la doctrina portuguesa, J. de Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, 2^o ed., Coimbra, 2003, pp. 77 ss.; L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5^o ed., Lisboa, 2010, pp. 32 ss.; N. Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 147 ss.; y A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 4^o ed., Coimbra, 2014, pp. 56 ss.

⁸ Cfr. el artículo 2 (1) de la Ley Fundamental alemana, según la cual: “Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad, desde que no violen derechos de otros y no atenten contra el orden constitucional o la ley moral”. En el sentido del texto, véanse las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12/11/1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 8, pp. 274 ss. (especialmente p. 328), y de 13/05/1986, *ibidem*, 72, pp. 155 ss. (especialmente p. 170). Entienden que la libertad contractual está comprendida en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad H. Brox / W.D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^o ed., Munique, 2015, p. 28.

⁹ En base al artículo 26^o, n^o 1, de la Constitución, según el cual: “A todos son reconocidos los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de

la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación”. Se pronuncian por la inclusión de la autonomía privada en el ámbito de la tutela conferida por este precepto J. de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pp. 145 ss., n° 350; y P. Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, en: *Portugal-Brasil ano 2000. Tema Direito*, Coimbra, 1999, pp. 149 ss. (especialmente p. 214). El Supremo Tribunal de Justicia portugués reconoció en la sentencia de 09/07/1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 479, pp. 580 ss., que el principio de la autonomía privada es tutelado constitucionalmente.

¹⁰ “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

¹¹ Cfr. los artículos 1091 del Código Civil español (según el cual: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”) y 1372, n° 1, del Código Civil italiano (que establece: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”).

¹² Ver, para una exposición y crítica de este entendimiento, G. Rouhette, “The Obligatory Force of Contract in French Law”, in: D. Harris / D. Tallon, *Le contrat aujourd’hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, 1987, pp. 38 ss.; y J. Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, 3° ed., Paris, 1993, pp. 31 ss.

¹³ Cfr. el artículo 1108 del Código Civil : “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation*”.

¹⁴ Artículo 1131 del Código Civil : “*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*”.

¹⁵ “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature*”.

¹⁶ Cfr. el artículo 6 del Código Civil : “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs*”.

¹⁷ G. Rouhette (nota 12), p. 31.

¹⁸ J. Ghestin (nota 12), pp. 41 ss.

¹⁹ Ver M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, vol. 1, Paris, 2008, pp. 55 ss.

²⁰ Ver G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.

²¹ En base al artículo 1322, n° 1, del Código Civil, que dispone: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”.

²² Artículo 1372 del Código Civil: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

²³ Cfr. el artículo 1325 Código Civil, según el cual: “*I requisiti del contratto sono: 1) l’accordo delle parti; 2) la causa; 3) l’oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*”.

²⁴ Artículo 1322, n° 2, del Código Civil.

²⁵ Cfr. *Diritto privato*, 16° ed., Pádua, 2013, p. 250.

²⁶ Aquellas cláusulas que “a pesar de la buena fe, implique, en perjuicio del consumidor, un significativo desequilibrio de los derecho y obligaciones derivados del contrato” (artículo 1469-bis do Código Civil).

La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado

Dário Moura Vicente

- ²⁷ *Diritto Civile, Il contratto*, vol. 3, 2ª ed., Milão, 2000, p. 33.
- ²⁸ Ver, por ejemplo, K. Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Munich, 1979, p. 60.
- ²⁹ Cfr. *Die Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3º ed., Munich, 2006, p. 457.
- ³⁰ Para una síntesis sobre el tema, ver H. Unberath, “Vertragsfreiheit”, en: J. Basedow / K.J. Hopt / R. Zimmermann (orgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, vol. II, Tubinga, 2009, pp. 1692 ss.
- ³¹ Cfr. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft*, vol. 2, 4º ed., Berlin, 1992, p. 4.
- ³² Ver “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung””, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2000, pp. 273 ss.
- ³³ Decisión de 19/10/1993, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 89, pp. 214 ss. (especialmente p. 234).
- ³⁴ Mientras tanto incorporados en el BGB. Véanse, especialmente, los apartados 305 a 310, 312a a 312f e 346 a 359.
- ³⁵ En este sentido, A. Menezes Cordeiro (nota 7), p. 54.
- ³⁶ Ver, especialmente, los artículos 236º y 239º del Código Civil.
- ³⁷ Cfr. los artículos 283º y 437º del Código Civil.
- ³⁸ Artículo 405º, nº 1, del Código Civil.
- ³⁹ Cfr. la ley nº 134/99, de 28 de agosto, que prohíbe las discriminaciones en el ejercicio de derechos por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnica; la ley nº 18/2004, de 11 de mayo, que aplica el principio de la igualdad de tratamiento entre las personas, sin distinción de origen racial o étnica, con el objetivo de establecer un marco jurídico para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnica, transponiendo para el orden jurídico interno la Directiva nº 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio; y la ley nº 14/2008, de 12 de marzo, que prohíbe y sanciona la discriminación en función del sexo en el acceso a bienes y servicios y su suministro, transponiendo para el orden jurídico interno la Directiva nº 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre.
- ⁴⁰ Ver, en el sentido de que la función social del contrato, en el caso particular de la autonomía privada, significa que “el reconocimiento y el ejercicio de ese poder, al realizarse en la promoción de la libre circulación de bienes y de prestación de servicios y en la autorregulación de las relaciones de eso derivadas, se condicionan a los efectos sociales que esa circulación pueda causar, llevando en cuenta el bien común y la igualdad material”, F. Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 8º ed., Rio de Janeiro, 2014, p. 93.
- ⁴¹ Ver A. Marteleto Godinho, *A lesão no novo Código Civil brasileiro*, Belo Horizonte, 2008; y F. Glitz, *Contrato e sua conservação. Lesão e cláusula de hardship*, Curitiba, 2012.
- ⁴² Ver, sobre el régimen brasileño de la onerosidad excesiva, J. de Oliveira Ascensão, “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil”, *Revista CEJ*, 2004, pp. 59 ss.; P. Roque Khouri, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, São Paulo, 2006; A. Borges de Carvalho Barros, “A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor”, en: G. Hironaka / F. Tartuce, *Direito contratual. Temas atuais*, São Paulo, 2007, pp. 315 ss.; L. Coradini Frantz, “Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ”, en: J. Martins-Costa (org.), *Modelos de Direito Privado*, São Paulo, 2014, pp. 215 ss.

⁴³ En sentido convergente, ver R. Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en: S. Sánchez Lorenzo (org.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2013, pp. 53 ss. (esp. p. 84).

⁴⁴ Cfr. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, p. 666.

⁴⁵ En base, especialmente, al artículo 230°, n° 1, del Código Civil, que consagra el principio de la irrevocabilidad de la propuesta de contrato.

⁴⁶ Cfr. el artículo 236°, n° 1, del Código Civil, que consagra en esta materia la doctrina de la impresión del destinatario.

⁴⁷ En el Código Civil, la tutela de la confianza explica, por ejemplo, la responsabilidad del declarante que haya culpablemente emitido una declaración sin consciencia de ella: artículo 246°.

⁴⁸ Ver, especialmente el artículo 227° del Código Civil.

⁴⁹ Ver J. Martins-Costa, *A boa fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*, São Paulo, 2015, pp. 230 ss., subrayando, a este propósito, la relación de interdependencia entre los principios de la autonomía privada y de la confianza.

⁵⁰ Artículo 112 del Código Civil.

⁵¹ Artículo 147 del Código Civil.

⁵² Artículo 187 del Código Civil.

⁵³ Artículo 422 del Código Civil.

⁵⁴ Cfr. H. Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens*, Tubinga, 1950, pp. 106 ss.; G. von Craushaar, *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, Munich, 1969, pp. 35 ss. y p. 58.

⁵⁵ K. Zweigert / H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3° ed., Tubinga, 1996, p. 318.

⁵⁶ Cfr. R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Munich, 1994, p. 220.

⁵⁷ Ver, en este sentido, M. Wolf / J. Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10° ed., Munich, 2012, p. 112.

⁵⁸ Lo declara expresamente el apartado 311 (3) del BGB, según el cual se puede constituir una relación obligacional integrada por los deberes de consideración por los derechos, bienes jurídicos e intereses ajenos mencionados en el apartado 241 (2) en relación a personas que no sean partes en el contrato, pero en quien haya sido depositada particular confianza y que, de esa forma, hayan influenciado considerablemente las negociaciones o la conclusión del mismo.

⁵⁹ Según el cual: “(1) Cuando las circunstancias que fueron la base del contrato cambian severamente después de la conclusión del mismo, y si las partes no lo hubieran celebrado o si lo hubieran celebrado con otro contenido en caso de que hubiesen previsto ese cambio, puede ser exigida la adaptación del contrato, desde que, llevando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, en especial la distribución contractual o legal del riesgo, no sea exigible a una de las partes la vinculación al contrato modificado. (2) Es equiparada a un cambio de circunstancias la situación en que se revelen equivocadas representaciones esenciales que tengan estado en la base del contrato. (3) Cuando la adaptación del contrato no sea posible o exigible a una de las partes, puede la parte perjudicada terminar el contrato. En las relaciones obligacionales duraderas, opera el derecho de denuncia en lugar del derecho de resolución”.

⁶⁰ Que dispone: “Son ineficaces las estipulaciones incluidas en las cláusulas contractuales generales que perjudiquen el cocontratante del predisponente de forma desproporcionada y contraria a las exigencias de buena fe”.

- ⁶¹ Ver K. Larenz (nota 28), p. 79.
- ⁶² Cfr. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7º ed., Munich, 1989, p. 48.
- ⁶³ Ver, en este sentido, R. Pinto Duarte, “El equilibrio contractual como principio jurídico”, en: *Escritos jurídicos varios 2000-2015*, Coimbra, 2015, pp. 685 ss., que observa a este respecto: “el principio no exige que los valores de las prestaciones sean iguales, pero antes limita la desigualdad, por una parte, en función de su grado y, por otro, en función de la correspondencia de estos valores con la voluntad de las partes”.
- ⁶⁴ Ver, en este sentido, T. Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, pp. 154 ss.
- ⁶⁵ Cfr. “Contrat”, en: D. Alland / S. Rials (orgs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, reimpressão, Paris, 2007, pp. 276 ss. (especialmente p. 280). Ver aún, en el mismo sentido, J. Ghestin, “La notion de contrat”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, pp. 147 ss. (esp. pp. 149 ss.); J. Ghestin (nota 12), pp. 42 y 203 ss.; J. Ghestin / C. Jamin, “Le juste et l’utile dans les effets du contrat”, en: A. Pinto Monteiro (coord.), *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, 1997, pp. 123 ss.
- ⁶⁶ Ver Alfred Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 5º ed., Paris, 1910, p. 410.
- ⁶⁷ En este sentido, J. Fu, “Towards a Social Value Convergence: a Comparative Study of Fundamental Principles of Contract Law in the EU and China”, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2009, p. 3.
- ⁶⁸ Ver H. Xie, “Contract Law in the Far East – China and Japan”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (capítulo 6), vol. XI, Tubinga / Haia, pp. 35 ss.
- ⁶⁹ Ver J. Fu (nota 67), p. 5.
- ⁷⁰ J. Fu (nota 67), p. 6.
- ⁷¹ Ver, sobre esta disposición, Y. Bu (org.), *Chinese Civil Law*, Munich, 2013, pp. 41 ss.
- ⁷² En este sentido, M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Pádua, 2004, p. 332.
- ⁷³ La conclusión es de J. Fu (nota 67), p. 17.
- ⁷⁴ En este sentido, J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, reimpresión, Oxford, 1982, p. 144. Ver también, sobre el tema, N. Yassari, *The Concept of Freedom of Contract in Western and Islamic Legal Cultures*, Innsbruck, 1999, pp. 109 ss.
- ⁷⁵ Ver F.E. Vogel, “Contract Law of Islam and the Arab Middle East”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, vol. VII, capítulo 7, Tubinga / Haia, pp. 28 ss.
- ⁷⁶ Está en ese caso, especialmente, la prohibición de la venta de bienes futuros, que el derecho musulmán consagra. Cfr. sobre el punto, N.C. Dau-Schmidt, “Forward Contracts. Prohibitions on Risk and Speculation Under Islamic Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, pp. 533 ss.
- ⁷⁷ Véanse aún los versículos 2:276, 2: 278, 3:130, 4:161 y 30:39.
- ⁷⁸ Ver, sobre el tema, M. Siddiqi, *Riba, Bank Interest and the Rationale of its Prohibition*, Jeddah, 2004.
- ⁷⁹ Cfr. la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en 1778 en el caso “*Rann v. Hughes*”, 1778, 101 E.R. 1014, en la que Lord Skynner afirmó: “the law of this country supplies no means nor affords any remedy to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration”.

⁸⁰ Consagra esta idea el § 79 do *Restatement (Second) of Contracts* cuando establece: “If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or (b) equivalence in the values exchanged (...)”.

⁸¹ Cfr. *On Liberty*, Londres, 1859, pp. 194 ss.

⁸² Cfr. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 3º ed., Oxford, reimpresión, 1988. El autor reconocería posteriormente una cierta recuperación de la libertad contractual durante el consulado de Margareth Thatcher como Primera Ministra. Ver *An Introduction to the Law of Contract*, 5º ed., Oxford, 1995, p. 27.

⁸³ Cfr. *The Death of Contract*, 2º ed., Columbus, 1995.

⁸⁴ Sobre la *sanctity of contracts* como idea fuerza de una concepción individualista del derecho de los contratos ver J.N. Adams / R. Brownsword, “The Ideologies of Contract”, *Legal Studies*, 1987, pp. 205 ss., especialmente pp. 208 ss.

⁸⁵ El la doctrina norteamericana, destaca sobre esta cuestión el influente estudio de L. Fuller / W. Pardue, publicado en 1936, “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale Law Journal*, 1936, pp. 52 ss. y pp. 373 ss. (sobre el cual se puede ver un análisis en idioma portugués por R. de Albuquerque, en: *Ciência e Técnica Fiscal*, 1962, pp. 544 ss.). En Inglaterra sobresale, en defensa de la relevancia de la confianza como fundamento de la eficacia de los contratos, S.A. Smith, *Azizab’s An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 6º ed., 2006, p. 35, que, repercutiendo y desarrollando las ideas de Fuller y Perdue, señala como primer propósito del derecho de los contratos “the desire to enforce promises and to protect the reasonable expectations which are generated both by promises and by other forms of conduct”.

⁸⁶ Establece ese precepto: “A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted may be limited as justice requires”.

⁸⁷ Y en la correlativa responsabilidad por la violación de tales deberes *in contrabendo*, conminada especialmente por los derechos alemán, italiano, portugués y brasileño: cfr. el nuestro *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 239 ss.

⁸⁸ 1992, 2 WLR, 174.

⁸⁹ Ver F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, reimpresión, vol. I, Londres, 1993, pp. 102 ss., y vol. II, 1993, pp. 124 ss.

⁹⁰ *All E.R.*, nº 2, 1956, p. 145.

⁹¹ En este sentido, S. Sánchez Lorenzo, *El derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, 2013, p. 27.

⁹² Cfr. *Summa Theologica*, parte II-II, cuestión 77, artículo 1: “si el precio excede la cantidad del valor de la cosa o si, inversamente, la cosa excede el precio, desaparece la igualdad de la justicia. Así, vender más caro o comprar más barato de lo que la cosa vale es en sí mismo injusto e ilícito”.

⁹³ En ese sentido ver R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, Paris, 2012, p. 23.

⁹⁴ Lo reconoce, por ejemplo, J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, pp. 146 ss. y 201 ss.

La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado

Dário Moura Vicente

⁹⁵ Cfr. *The Common Law*, reimpresión, Boston, etc., 1963, p. 5: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”; e p. 32: “*Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy*”.

⁹⁶ Cfr. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven / London, 1982, p. 47: “*I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants – the claims and demands and expectations involved in the existence of civilized society*”.

⁹⁷ Ver, sobre ese concepto, A. Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

⁹⁸ Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 Junio de 2008.

⁹⁹ En este sentido también G. Rühl, “The Common European Sales Law: 28° regime, 2° regime or 1° regime?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, pp. 148 ss.

¹⁰⁰ Conforme se dio cuenta, entre otros, E. Posner, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, Chicago, 2012, disponible en: <http://ssrn.com>.

¹⁰¹ Ver W. Doralt, “The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance”, *Max Planck Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible en: <http://ssrn.com>; H. Eidenmüller / N. Jansen / E.M. Kieninger / G. Wagner / R. Zimmermann, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *The Edinburgh Law Review*, 2012, pp. 301 ss.; H. Eidenmüller, “What Can Be Wrong With an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool”, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 69 ss.

¹⁰² La propuesta del CESL fue, de hecho, retirada por la Comisión Europea constituida en 2014 y anunciada su sustitución por una nueva propuesta destinada a potenciar el comercio electrónico en el “mercado digital único”: cfr. el anexo 2 al documento COM (2014) 910 final, de 16/12/2014, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>, que incluye el Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2015. A 09/12/2015, la Comisión Europea presentó dos propuestas de Directivas para la ejecución de este propósito: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales (COM (2015) 634 final) y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a ciertos aspectos relacionados con contratos de ventas en línea de bienes y otras ventas a distancia de bienes (documento COM (2015) 635 final).

¹⁰³ Cfr. *Filosofia do Direito*, 20° ed., São Paulo, 2002, pp. 217 ss. y 300 ss.

¹⁰⁴ Cfr. la Encíclica Papal, *Caritas in Veritate*, de 29/06/2009, n° 26.